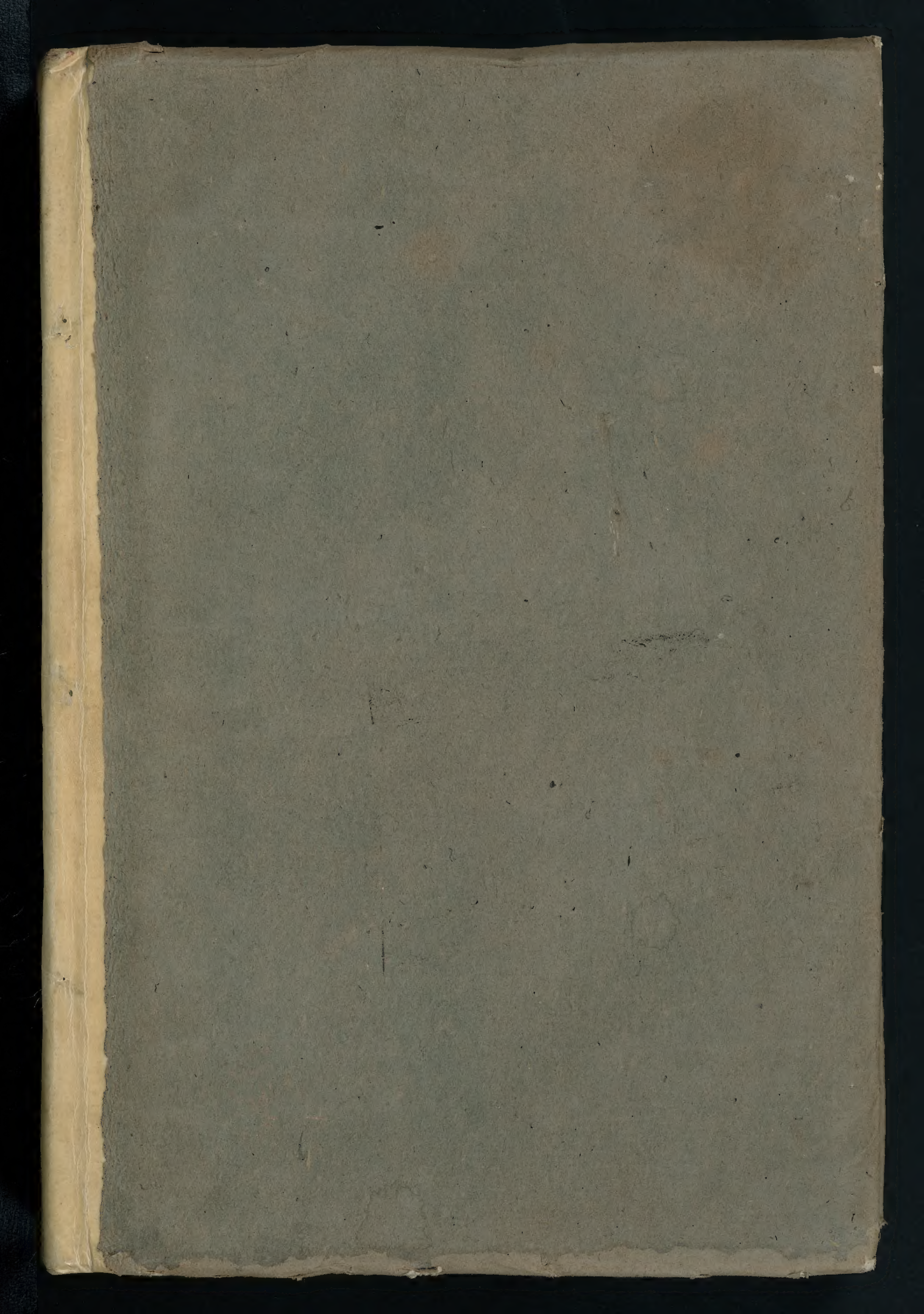


CUJACII OPERUM TOMUS NONUS.

JACOBI CUJACII

J. C. PRÆSTANTISSIMI

TOMUS NONUS VEL QUINTUS

OPERUM POSTUMORUM

Quæ de jure reliquit, sive CODEX JUSTINIANUS, *id est, ad Codicem Justinianum Recitationes solemnes, non solum emendatiores iis omnibus, quæ antea in lucem prodierunt; sed & auctiores a* CAROLO ANNIBALE FABROTO J.C. *dispositæ.*

ACCESSERE in hac novissima Editione ab eruditissimo Viro græcorum Versio locorum hactenus ab omnibus desiderata;

INDEX locupletissimus, ac perpetuus omnium omnino rerum, quæ his Operibus continentur;

PRÆTEREA dissertatio EMUNDI MERILLII, & Interpretatio ab eodem facta Variantium ex CUJACIO observatarum, quæ per totum opus suo quæque loco variante notantur;

POSTREMO Controversiæ JOANNIS ROBERTI ejusdemque Notæ in Responsiones a CUJACIO nomine ANTONII MERCATORIS editas; quæ majori Eruditorum commodo in ipsis Observationibus afferuntur, studio & diligentia LIBORII RANII J. C. Neap.



NEAPOLI MDCCLVIII.

EX TYPOGRAPHIA MORIANA

APUD VINCENTIUM PAURIA.

SUPERIORUM PERMISSU.

INDEX ALPHABETICUS TITULORUM EX NOVEM LIBRIS CODICIS A JACOBO CUJACIO EXPLICATORUM.

A

B

C

D

de

R

S

T

INDEX ALTER ALPHABETICUS
LEGUM, ET PARAGRAPHORUM
Ex præcitatis Titulis Codicis.

L. Ne-

§. *Is*

GRÆ-

GRÆCARUM DICTIONUM

Quæ continentur in hoc Quinto Tomo

CODICIS.

INTERPRETATIO HACTENUS DESIDERATA.

PAg. 1. τὰ γράμματα ἀπὸ τοῦ γραμματέως, τὰ ἀντίγραφα, ſcripta a ſcriba, exemplaria.
pag. 12. ἀντιβιβλίῳ, reſponſionis libello.
pag. 13. κατὰ περιγραφὴν, per circumſcriptionem ſtrictius. *pluries ead. pag.*
κατὰ πλάτος, latius. *pluries ead. pag.*
pag. 19. ἰδιόγραφα, propria inſtrumenta.
συγχωρητικὸν, remittens.
pag. 27. διαστολὴν, extenſionem.
pag. 29. τῶν ἐγγὺς ὄντων, &c. eorum quæ prope ſunt uti adventura.
pag. 34. τὸ οὗ ἕνεκα, id cujus cauſa.
τὸ διὰ τί, id propter quod.
ἐπὶ τῆς συνθήκης, ſub lege, cauſa.
pag. 41. ἀμείβειν τὴν φύσιν, καὶ μεταποιεῖν pro μετατυποῦν mutare naturam, & reformare.
pag. 43. βασιλικὰ ἐν τούτῳ Baſilica in hoc.
pag. 47. φιλοδικία, περίκαμψις, μελλισμὸς, litium amor circumflexio, cunctatio.
παλινδικίαν, litis reſtaurationem.
ἀπήτει παλινδικίαν petit reparationem.
παλινδικία ἡ ἐξ ἀρχῆς δίκη, reparatio, lis ab initio, denuo reſtituta.
pag. 49. μετὰ προκάταρξιν, poſt litis conteſtationem.
περὶ χρόνων, περὶ δέκα ἡμερῶν, de temporibus, de decem diebus.
pag. 55. δίκαιον, æquum.
pag. 60. ἄδοξον, inopinabile.
pag. 64. μορίτην, partiarium.
μορίται, partiarii.
περὶ μορίτου, de partiario.
μορίτης, partiarius.
οἱ ἑκτῷ μέρει, &c. qui ſextam partem inferentes terram colunt.
ἑκτημόριοι, ſextam partem inferentes.
pag. 67. χρήσιμός ἐστιν ὁ τῆς ἀπαιτήσεως λόγος, utilis eſt condictionis ratio.
χρήσιμον, utile.
pag. 37. μονομερῶς, ex una tantum parte.
pag. 74. μονομερείαν, unius partis præſentiam.
pag. 76. μονομερῶς, ex una tantum parte. *bis ead. pag.*
pag. 77. παμπόλλους ὁρισμοὺς ἔνεστι, &c. definitiones quamplurimas unius rei facere licet in vocabulis tantum, non in notionibus diverſas.
pag. 84. ἐπιτατικὸς, ad augendum poſita.
pag. 87. ἀντιδιαστολὴ, differentia.
pag. 94. ἐξουσίαν αὐτοπραγίας, libertatem, copiam faciendi quæ libuerit.
pag. 98. παίδων δοκιμαζομένων, adoleſcentium probatorum.
τῶν παίδων τὴν ἡλικίαν, puerorum ætatem probantium.
σωματικοὺς ὅρκους, corporalia juramenta.
pag. 99. ἀλληλέγγυον mutua fidejuſſio.
περὶ ἀλληλεγγύων, de duobus reis promittendi
ἀλληλεγγύη, mutua fidejuſſio.
ἀλληλέγγυοι, duo rei promittendi.
pag. 101. σύμπτωμα, caſus.
ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις, de manu in manum permutatio.
ἀγορὰ ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα, emptio de manu in manum.
ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα συναλλάξας, de manu in manum commutans.
pag. 111. αὐτολεξεὶ, iiſdem verbis.
pag. 113. αἱ ἀρχὴν λαβοῦσαι ἐν δικαστηρίῳ, quæ initium habuerunt in judicio.
μονομερῶς, ex una parte duntaxat.
ἐκ τῶν προκαθεζομένων, &c. ex Præſidibus, & adſeſſoribus, & litigantibus.
pag. 116. παραγραφὴ præſcriptio.
περὶ οὗ οὐδὲν, &c. de quo nihil definitum eſt a legibus.
οἱ νόμοι πλεονάκις, &c. leges pluries de iiſdem rebus contendere non permittunt.
pag. 118. συνοχὴ, περιοχὴ, continuatio, complexio, continentia.
ἀπολουθίαν congruentiam, tenorem.
pag. 124. ἐπὶ παντὸς πράγματος, &c. in omni re æquitas ſummo juri præferatur.
δίκαιον, æquitas.
pag. 125. ἐπιείκεια δικαίου συνετὴς οὖσα, æquitas juſta intelligens, interpres eſt.
ἐπιεικὲς, conveniens.
pag. 126. ἐν τοῖς ἔξω, in extrinſecis.
μονομερῶς, altera tantum parte præſente. *bis ead. pag.*
pag. 135. ἐρήμη δίκη, lis, in qua altera pars abeſt.
pag. 137. ἐρήμη δίκη, μονομερὴς δίκη, lis quæ ſola, unave tantum parte præſente.
μονομερῶς, ex una parte duntaxat.
ἐρήμη, μονομερὴς δίκη, ὅταν μὴ ἀπαντήσῃ, lis una tantum parte præſente agitur, cum non concurrit.
ἐρήμην δίκην, litem in qua altera pars non adeſt.
pag. 138. μονομερῶς, una parte præſente.
pag. 139. μονομερῶς, una parte præſente.
pag. 146. μὴ ἔχοντος, &c. non habente licentiam litigatore alium patronum ſibi parare.
pag. 148. ὑποβολὴ, καὶ ἀπόληξις κριτῶν, rejectio, & terminatio judicum.
pag. 158. περὶ δεσποτείας, de dominio.
pag. 175. ἐκ τῶν προσόντων αὐτῷ, ex juribus quæ ipſi ſunt.
pag. 178. μετὰ τὴν τοῦ ἐνάγοντος ἀπόδειξιν, poſt actoris probationem.
pag. 185. περὶ ὅρκου ἐπάκτου, de jurejurando quod refertur.
pag. 188. τοῦ νόμου φωνὴ, legis vox.
προπετῶς, temere.
pag. 200. σχηματικῶς, figurate.
σχήματα, figuras.
pag. 202. μονομερῶς, una tantum parte præſente. *pluries ead. pag.*
μονομερῆ ὅρκον, jusjurandum quod altera parte non vocata præſtatur.
pag. 203. ὁ ἀπαιτητικὸς, &c. repetendi ratio ſui mutui.

pag. 207.

Græcarum Dictionum

pag.207. πρόξενος, publicus hoſpes.
pag.212. παρασυναπτικῶς, ſubcontinuate.
ἐπὶ τῶν δανειζόντων, καὶ δανειζομένων, in dantes, & accipientes mutuo.
pag.217. ἐν μεσυτείᾳ, in medio.
pag.229. ἐξ ὧν ἁρμόζει, &c. ex quibus condictitia aptatur, convenit.
pag.234. ἀναγκάζεται, cogitur.
pag.261. ἀπροσώπως, ſine perſona.
pag.274. οὐκ ἔστιν, &c. non licet indicia falſa efficere.
pag.178. ἐπὶ τῆς καταθέσεως, in depoſitione.
pag.279. ἐπὶ τῶν συμβεβηκότων, καὶ περιστατικῶν, in fortuitis, & circum exiſtentibus.
pag.286. ἀπόδειξις, ἀμεριμνία, ἀσφάλεια, probatio, ſecuritas, certitudo.
ἀκυρωσία, abrogans.
pag.287. ἰδιοκτητορεῖν, proprio jure poſſidere.
αὐτόχειρα, & ἰδιόχειρα, privata, propria.
ἀγωραῖα forenſia.
παραθέσεις, &c. comparationes, & collationes.
pag.289. ἀρχεῖα, archia.
ἑρμηνευτικὸν, interpretationi inſerviens.
pag.296. ἀντιχρησις, antichreſis, ἀντίχρησιν, antichreſim, ἀντιχρησέως, antichreſeos, ἀντιχρήσει, antichreſi.
pag.304. ἄθροα τὰ φόρτια πεπρᾶσθαι, confertim onera vendere, acervatim.
κοτυλίζειν, τεμαχίζειν, particulatum, minutatim vendere.
τέμαχοι, ſectiones, fruſta.
pag.312. ἀντίχρησιν, antichreſim.
ἀντίχρησις, antichreſis.
pag.218. ἐπὶ τῶν ἐπ', &c. in hominibus, qui ſub fidejuſſione ſunt.
γένεσθαι ἐν νομῇ, factus eſſe in poſſeſſionem.
pag.328. ὁμολογίαν ἀποληπτικὴν, profeſſionem acceptæ pecuniæ.
pag.332. ἑρμηνευτικὸν, ad interpretandum poſita.
εἰσαγωγικὰ, & ἐξαγωγικὰ, vectigalia, quæ pro importandis, & exportandis mercibus, perſolvuntur.
Σιτῶναι, frumenti coemendi curam habentes.
Ἐλαιῶναι, olei coemendi curam habentes.
pag.338. ἀντιχρήσεως, antichreſeos.
ὑπερβολὴν, exuperantiam.
τῶν καρπῶν, fructuum.
pag.339. Ἀντίχρησιν, antichreſim. Αντίχρησις, antichreſis.
pap.343. ἀντιχρήσει, antichreſi., ἀντίχρησις, antichreſis. *pluries ead. pag.*
pag.346. ὁμομέρους ἡμιολίου, integri hemiolii .i. ſemiſsis & ipſius dimidii.
ἡμιόλιος τόκος, uſura dodrans, ἡμιολίαι, uſuræ dodrantes. *bis ead. pag.*
pag.347. αἰσχρὸν κέρδος, turpe lucrum.
pag.348. ἐγγαῖα, terreſtris.
περὶ δανείσματος, de fœneratitia pecunia.
χρεωκοινωνία, debiti & crediti, damni & commodi communio.
pag.349. τάξιν ἀντιδώρου, ordinem mutui doni.
ἀντίδωρον, remuneratio, donum pro dono.
ἀναιδεστέρα, inverecundior.
pag.353. μεῖζον τὸ ἀδίκημα, major perfidia.
pag.364. προτιμήσεως, prælationis.
pag.369. σηρικὰ ὑφάσματα, ſericæ telæ.
pag.373. ἀπὸ ἐπιβουλῶν, ex inſidiis.
pag.387. προτιμήσεως, prælationis.
pag.393. αὐτομάτως, ſponte.
pag.397. κτενίου, ἢ ἐχίνου, pectunculi, vel echini.
pag.398. εἰσαγωγικὰ ἐξαγωγικὰ, vectigalia, quæ pro importandis, exportandiſque mercibus perſolvuntur.
pag.400. κλεπτοτελώνημα, fraudati vectigalis crimen.
προεστῶτες ἀλαβαρχίων, qui præſunt Alabarchiæ.
ἄλαβα, atramentum ſcriptorium.
pag.401. ἐπ' ὄψεσι τοῦ ἄρχοντος, in Præſidis conſpectu.
τοῦ ἐπάρχου, Præfecti Prætorio.
ἄρχοντας, Præſides.
τὸ κοινὸν κλεπτοτελωνῆσαι πρᾶγμα, commune negotium vectigal ſubripere.
κλεπτοτελώνημα, fraudati vectigalis crimen.
pag.404. λόγος κονδικτίκιος, condictitia ratio, actio.
pag.406. μίσθωμα ἐνοίκιον, penſio domus conductæ.
pag.409. θεοῦ βίαν, Divinam vim.
θεοπενίαν, iram divinam.
ὄλισθον, caſum.
χάσμα, hiatus.
pag.410. χάσμα, hiatus.
ἐρυσίβη, uredo, rubigo.
pag.411. περὶ διαφορᾶς σφυγμῶν, de pulſuum differentia.
σύμβολον, ſignum.
σύμβολον τῆς ἀλλαγῆς, mutationis ſignum.
pag.412. παρασυνταπτικῶς, diſcretive, disjunctim.
ἐν προχρείᾳ, in promutuo, ἐπὶ προχρείαν, in promutuum.
pag.416. ἐμβατευτικὸν, ἐμβατικὸν, ſuperficiarium.
ἐμβατεύειν, pedem ponere.
pag.418. διακατοχὸς, poſſeſſor.
διακατοχῆς, poſſeſsionis.
παροικικὸν, ſuperficiarium.
παροικικῷ λόγῳ, ſuperficiario modo, ſecundum ſuperficiem.
εἰσδεκτικὸν, quod præſtatur, ut emphyteuticarius immittatur, laudimium.
pag.420. εἰσδεκτικὰ, quæ dantur ut immittatur emphyteuticarius, laudimia.
pag.422. ἐμπονήματα, meliorationes. *pluries ead. pag.*
βελτιώσεις, idem.
ἑρμηνευτικὸν, ad interpretationem poſita.
pag.427. προτιμήσεως, prælationis. *bis eadem pag.*
εἰσδεκτικον, laudimium. *pluries ead. pag.*
pag.437. προσήκοντες, pertinentes.
προπράτορας πρόπρατας, προπωλὰς, προπωλοῦντας, Pararios, venditoris inſtitores.
pag.439. ἀντιφέρνα, contraria dos, quæ a viro dantur vice dotis.
pag.447. συνουσίαν, commixtionem.
pag.451. ἀώρους, immaturas, ὀψίμους, feras.
pag.456. ἁγνείαν, caſtum, abſtinentiam.
pag.457. εὐπρεπὴς μοιχεία, decens intemperantia.
pag.470. ἀπαιδίας, orbitatis.
pag.473. ἀπαιδίας, orbitatis.
pag.475. ἀμφίβολον, dubium.
pag.476. ἓν διὰ δυοῖν, unum pro duobus.
pag,482. σύλληψις, comprehenſio.
pag.486. ἀπαιδίας, orbitatis.
pag.489. ἀλληλοκληρονομίαν, mutuæ ſucceſſionis conventionem, ſive mutuam ſucceſſionem.
pag.491. κατὰ πρόληψιν, per anticipatam opinionem, præſumptionem.
pag.504. παραγινομένη, adventitia, ἀποδημητικὴ, profectitia.
pag.544. τοῦ μέρους ἀνδρὸς, a parte mariti.
ἐναντίον μέρος, pars diverſa.
pag.551. ἀντιπελαργεῖν, beneficia rependere.
πάρεργον ἐρωτικὸν ἐπιδήμιον, amatoria acceſſio familiaris.
pag.562. πρόκριτοι, electi per ſortem.
pag.603. παίδων δοκιμαζομένων, puerorum probatorum.
pag.616. μετὰ ἄλλου δούλου, cum alio liberto.
δοῦλος, ſervus, & libertus.
περὶ ὁμωνυμίας, de cognominitate, nominis communitate.
pag.617. τοκεὺς, parens.
pag.620. ἀκολάστως, intemperanter.
pag.627. οὐκ ἡμισείᾳ γνώμῃ, ἢ μιᾷ χειρὶ, non dimidio pectore, unave manu.
pag.629. δοῦλος, ſervus.
ἀντίδουλος, vice ſervi, tanquam ſervus.
pag.642. χρέος, debitum.

Interpretatio hactenus desiderata.

pag.644. ῥαχυλιᾷν, ſuperbire, erigere cervicem.
pag.645. ἀσεβείας, impietatis.
pag.651. Α᾽γροιον ὄντα, &c. ruſticum neque jura bene doctum, neque leges.
κατὰ πόδας, e veſtigio.
ἐὰν ἀγροικίαν, &c. ſi ruſticitatem, vel ignorantiam, vel aliam quamcunque rationem.
pag.654. ἐπὶ ξένης διάγοντας, peregri natos, qui apud exteros verſantur.
pag.667. ἐπανάβασις, aſcenſus.
pag.671. τῶν πρός τι, eorum, quæ ſecundum quid. *bis ead. pag.*
pag.680. ἀμάρτυρα λαλεῖν, καὶ ἄλογα, ſine teſte loqui, & ſine ratione.
pag.712. ἐμμένειν, στοιχεῖν, πληροῦν, πάντα ποιεῖν, δίδοναι, manere, incedere, implere, quæcunque facere, dare.
pag.715. γενικον, generalem.
τῶν νόμων ἐπάνω, ſupra leges.
pag.726. ἐφ᾽ ἡμῖν, in nobis.
pag.730. προσεξάδελφοι, conſobrini, δεύτεροι ἐξάδελφοι, ſecundi conſobrini, τρισεξάδελφοι, tertii conſobrini.
pag.737. ἓν διὰ δυοῖν, unum pro duobus.
pag.752. παχυμερέστερον, craſſius, minus exacte.
pag.758. προβληματώδης, addubitata, in quæſtione poſita.
pag.767. Ω῾ς δ᾽ ὅτε τις κόρη, &c. quemadmodum virgo circa decimum menſem lunæ primipara in partus doloribus incidens.
pag.772. ἀναφάνσεως, exiſtentiæ.
pag.808. ἐπὶ πάσης ἐξουσίας, quacunque ratione.
pag.811. μιξοβάρβαρον, ſemibarbarum.
pag.826. ἐνθῆκαι, enthecæ.
pag.829. παραδιάζευξις, ſubdisjunctio.
παραδιαζευκτικοὶ λόγοι, ſubdisjuncti ſermones.
pag.839. τὸ πλάτος, latitudo.
ἐνορκῶ, adjuro.
pag.853. σιωπηρὰν αἵρεσιν, tacitam conditionem.
ἐξ ἀντιδιαστολῆς, ex differentia.
pag.870. ἀμηχανίᾳ, difficultate, ſive rerum anguſtiis.
pag.875. ἀπαιδία, orbitas.
pag.888. ἀναφαίνεσθαι, exiſtere.
pag.892. ὑπερβιβασμοὶ τῶν στοιχείων, traductiones, tranſlationes literarum.
pag.895. ὅθεν οὐ, &c. unde transferri, delegari interim nequeunt.
pag.906. ἀδέσποτα πίπτειν, bona ſine domino Principi deferri.
pag.917. παράλογον, rationi non conſentaneum.
pag.920. δείγματα, ſpecimina.
pag.924. ἀνοικτὸς, &c. aperta utero ad ſemen ſuſcipiendum.
pag.937. οἱ τῶν ὅπλων δημιουργοὶ, publici armorum opifices.
pag.942. κάρφος, palea.
στρέφειν περιστρέφειν, circumducere.
πορεύομαι, &c. eo, quo volo, venio quocumque libuerit, & unde libuerit.
pag.943. ῥαπισμάτων, alaparum.
ἐστρέψεν δοῦλον, καὶ, &c. circumduxit ſervum, & viceſimam pro ipſo pendere tenetur.
pag.948. φιλάνθρωπον, καὶ εὐεργεσίας, humanitas, & beneficium.
pag.967. πρὸς περιγραφὴν τῶν δανειστῶν, in fraudem creditorum, fœneratorum.
pag.968. τῷ πράτῃ, venditori.
ἐκ τῶν στρατηγῶν, ex municipalibus magiſtratibus.
στρατηγοὺς, magiſtratus municipales.
pag.969. μήτε οἰκέτην, &c. neque ſervum manumittere in theatro.
pag.971. ὁ δοῦλος καταμηνύσας, &c. ſervus indicans heri ſui cædem.
pag.981. τοῦ ἰδίου δικαίου, proprii juris.
ῥεμβώδης, vagabundus, incertus.
pag.982. μνημονικὸν ἁμάρτημα, memoratu dignum peccatum.
παρόραμα, hallucinatio, ἁμάρτημα, peccatum.
pag.998. μονομερῶς, ex una duntaxat parte.
pag.1007. διὰ τὸ νέμεσθαι, a paſcendo.
pag.1013. οὐ χρεία ἐστὶν, &c. corporis contactus neceſſarius non eſt.
pag.1024. προγόνοις, &c. prioribus filiis uxores ſemper infeſtæ.
pag.1028. δημόσια, publica.
pag.1031. μονομερὴς αἴτησις, poſtulatio quæ fit ex una parte.
ἔσω τῶν πέντε ποδῶν, intra pedes quinque.
pag.1036. ταξιῶται, Præſidum apparitores.
pag.1037. θεατρικὸς μισθὸς, theatralis merces.
pag.1039. τὴν τυχοῦσαν, quæ contigit, quæ obvenit.
παρερμηνευομένην, perperam, fortuito interpretatam.
pag.1044. δευτέραν, alteram cautionem, quam debitor in contentione agnovit.
τῶν γνωσιμαχησάντων, debitum in contentione agnoſcentium.
pag.1052. γνωσιμαχικὴν ἀσφάλειαν, cautionem in contentione agnitam.
ῥῆξις τοῦ χρόνου, temporis interruptio.
ἐκκρίτους τῶν πολιτῶν, ſelectos civium.
pag.1058. παρετυμολογῶν. *bis ead. pag.* ad etymon alludens.
παρετυμολογίαι, argumenta ab etymo ducta
pag.1061. ἀνεμφανίστως, in occulto, non palam.
pag.1062. εἰς στάλαν λιθίναν, in pilam lapideam.
pag.1066. ψῆφος, calculus.
pag.1076. ἰσόμετρον, tantundem, quod æqualis menſuræ eſt.
τὸ διάφερον, ἤτοι τοὺς τόκους, id quod intereſt, ſive uſuras.
pag.1078. λόγῳ θεωρητὰ, ratione aſpectabilia.
pag.1082. καθαίρεσις, dejectio.
pag.1089. ἀναλογαρισμοῦ, rationum rurſus supputandarum.
pag.1093. δίδοσθαι τῷ νικήσαντι, περιέχονται τῷ νικήσαντι, victori tradi, victori præſtantur.
pag.1096. συναφθεῖσα, collecta, ſimul juncta.
pag.1097. πρὸς ἀναλογίαν, pro rata.
pag.1103. συνέλευσις, conſultatio, βουλὴ, conſilium, συνέλευσιν, conſultationem.
pag.1104. βουλὰς ἑζόμενοι βουλεύσομεν, conſilia ſedentes conſultabimus, inibimus.
βουλὰς βουλεύουσι παρήμενοι, conſilia ſedendo ineunt.
pag.1114. κῆρας, καιρίας, fatales.
pag.1117. μονομερῶς. *pluries ead. pag.* altera parte abſente.
συστάδην, cominus partibus conſtitutis.
pag.1128. ἀνακωχὴν, ὑπερημερίαν, inducias, debiti exolvendi poſt diem quo debebatur, delatio.
pag.1138. εἰς χεῖρας ἰέναι, εἰς χεῖρας ἐλθεῖν, ad manus venire.
pag.1146. ἐκ τοῦ παραλλήλου, e ſimili.
pag.1153. σχολάζουσαν, vacantem.
pag.1162. ὁ μὴ κατέθηκέ τις, οὐκ ἀναφερέτω, quod non depoſuit, ne auferat, tollat.
pag.1165. εἰς τ᾽, retrorſum revoluti.
pag.1173. περὶ βαλανείου, de balneo.
pag.1184, πρὸς κίονας, ad columnas.
περὶ τοὺς ἀνδριάντας, circa ſtatuas.
pag.1186. ἐνέχυρον, pignus.
pag.1190. μονομερῶς, altera tantum parte præſente.
pag.1193. ἀντίχρησις, antichreſis.
pag.1201. κατὰ, &c. tacito intellectu.
pag.1204. λόγῳ θεώρητα, ratione aſpectabilia.
pag.1205. ἀμφίβολος, dubia.
pag.1213. ἀγοραῖα, publica.

pag.1214.

Græcarum Dictionum Interpretatio hactenus deſiderata.

pag.1214. πρωτοπραξίαν, primam exactionem.
pag.1219. ἀπὸ τῶ, a priori creditore.
pag.1223. μετενεχυριάζειν, pignus pignori dare.
pag.1238. οὐκ ἀντίκειται, &c. non opponitur prædicta exceptio, ſed ſi debitum non exſolviſti.
pag.1242. παραγραφῆς, præſcriptionis.
pag.1250. ἓν διὰ δυοῖν, unum pro duobus.
pag.1262. Ο῎ρκια, &c. Sacramenta timentes, indicabant autem manibus.
pag.1270. οἰκοῦροι, domus cuſtodes, οἰκουρίας, ædium cuſtodiæ.
pag.1275. νοθεύεται, adulterina eſt.
pag.1279. εἰ κατὰ πάντων, &c. ſi cum omnibus litem conteſtatus eſt.
pag.1280. ἐπαρχικὰ, edicta Præfectorum Prætorio.
pag.1282. περὶ τοῦ, de incerto actionem.
pag.1290. ἀφέσεως, dimiſſionis.
ἡ γῆ οὐ πραθήσεται εἰς βεβαίωσιν, terra in evictionis cauſam, ſive auctoritatem non erit vendita.
pag.1292. ἀντίδωρον, remuneratio. *bis ead. pag.*
pag.1295. προΐστασθαι, adſiſtere.
pag.1303. ἀμὸ ἐπιβουλῶν, &c. ex inſidiis perſpicuis.
pag.1313. ἀμηχανίαν, difficultatem, rerumque anguſtias.
pag.1316. ῥαπίσματα, alapas.
Ματθαῖος, Matthæus quidem ſcripſit.
pag.1322. πρὸς Νικόστρατον, *bis ead. pag.* ad Nicoſtratum.
πρὸς Λόκρυτον, ad Locrytum.
pag.1330. πείρας, ſeu πράξεως, experientiæ, ſeu rei geſtæ.
νόμων, καὶ πείρας, legum, & experientiæ.
πεῖρα, experientia.
pag.1331. ἀναπόδοτος, quæ revocari nequit.
pag.1332. οὐκ ἐκ πάντων τῶν ὄντων ὅλως, non ex omnibus, quæ omnino ſunt.
pag.1337. πράξεις, actus.
μονομερῶς, una parte duntaxat. *pluries ead. pag.*
pag.1358. τοῖς τε ἀγάμοις, καὶ τοῖς ανάνδροις, iis, qui cœlibes ſunt, quæque viro carent.
pag.1369. ἐν εὔρει, ἐν πλάτει, latius, non ſtricte.
καὶ βίβλιον, &c. & conventionis libellus ipſis præberetur, in criminalibus inſcriptio.
βίβλιον, γραφὴ, libellus conventionis, inſcriptio.
pag.1371. ὑπερβίβασμος τῶν στοιχείων, literarum traductio.
pag 1375. ἐπ' αὐτοφώρῳ, παρ' αὐτὰ τὰ ἀδικήματα, in ipſo facinore, in ipſis ſceleribus.
pag.1377. ὡς ἂν δεῖ, velut præſtiturus judici pecunias.
pag.1378. ἐξόμνυσθαι, abjurare.
pag.1379. ἀνακαλεῖσθαι ἐπὶ σάλπιγγι, evocari buccina.
pag.1380. μονομερῶς, una tantum parte præſente.
pag.1485. ἀνάκρισιν, iteratam diſceptationem.

pag.1388. κατὰ τετράδα, feria quarta. παρασκευὴν, feria ſexta.
τέτραδι, καὶ παρασκευῇ νηστευτέον, quarta, & ſexta feria Jejunandum.
pag.1389. ἄνδρες λοιμοὶ .i. Λοιμικοὶ, homines peſtes .i. peſtilentes.
ἄνδρα λοιμὸν .i. λοιμικὸν, hominem peſtem .i. peſtilentem.
pag.1390. σωφρονιζομένους ἢ, &c, coercendos, vel dominis reſtituendos.
pag.1391. τῆς ἐνοχῆς, reatus.
pag.1394. περιαπτὰ, περιάμματα, amuleta.
ἀσεβείας, impietatis.
pag.1397. τέκνων, ἢ κλειδῶν ἀποβολῇ, filiorum, claviumve ademptione.
pag.1404. ἐπὶ φαρμακίᾳ, ob veneficium.
τέκνων ἀποβολῇ, κλειδῶν ἀποβολῇ, filiorum ademptione, clavium ademptione.
pag.1411. οὐκ ἔστιν, &c. non licet naturæ leges ignorare.
κατὰ τοὺς, &c. ſecundum veteres leges, & Hermogeniani, & Gregoriani conſtitutiones.
pag.1423. τὰ ἴχνη, &c. veſtigia juris verſuti.
pag.1432. νόννας, καὶ γυναῖκας συνέβαλλε, Nonnas, & mulieres conjecit.
pag.1434. παρ' αὐτὰ τὰ ἀδικήματα, in ipſo ſcelere.
μὴ ξιφοφορεῖν, non ferre arma.
pag.1436. δέρματι, bovis corio recens excoriati.
pag.1437. φάρμακα μὴ, &c. pharmaca ne conficias, & magicis libris abſtine.
pag.1447. σπανιῶς, raro.
pag.1449. ἀμφίβολον, dubium.
εἰκόνιον, iconium.
ἀρχέτυπον, archetypum, iconium ſignatorium, vel in quo erat bulla. *bis ead. pag.*
pag.1450. ἀποδοῦναι, probatum argentum dare.
σπαλίδας, novaculas.
λογοθέταν, rationum perſcriptorem.
pag.1457. μετριώτερα σφοδρότερα, placidiora, aſperiora.
pag.1465. χώματα. *bis ead. pag.* aggeres.
προχύματα, moles ad frangendos fluctus poſita.
πρὸ τῆς, ante aſcenſum duodecim cubitorum.
τὴν τάφρον, foveam.
Φωρῶν μὴ δέξῃ, ne accipias depoſitam rem furto ablatam furum, ambo enim fures, & qui recepit, & qui abſtulit.
pag.1470. συστάδην, μονομερῶς, cominus partibus conſtitutis, altera parte præſente.
pag.1478. τῶν παθημάτων ἰατρικὴ, cædium medicina.
ἐξομολόγησιν, confeſſionem.
ἵνα ἄλλοι πρόνοιαν ποιῶνται, καὶ φοβῶνται, ut alii provideant, & pertimeſcant.

JACOBI



JACOBI CUJACII J.C.

IN LIBRUM II. CODICIS RECITATIONES SOLEMNES.

Ad Tit. I. De edendo.



A ECUNDUS liber Cod. incipit a tit. de edendo, in quo duo edicta proposuit Prætor: uno jubet ei, qui acturus est actionem edere, & instrumenta litis, priusquam ad judicem eatur: secundo jubet argentarios rationes suas cuique edere. Primi edicti ea ratio est, ut veniat instructus reus ad agendum, *l. 1. D. eod.* posterioris, ut exhibitis rationibus causam suam instruat is, ad quem ratio pertinet, *l. argentarius, D. eod.* & fit editio in utroque edicto copia describendi facta, vel inspiciendi, vel dato descripto, quod descriptum exemplum nostri DD. vocant, *l. Prætor, §. ult. D. eod.* B ut Græce *ἀντίγραφον*, *Demosth. in orat. contra Timoth.* tractans de editione rationum: *τὰ γράμματα, ἀπὸ τοῦ γραμματέως, τὰ ἀντίγραφα*, & id sive exemplum, sive descriptum dicatur, fit sine subscriptione, *l. exempla, D. eod.* licet interpretes id sumere velint pro instrumentis litis: sed ex antecedentibus & consequentibus liquet pertinere quoque ad rationes: argentariasque rationes, instrumenta dici, apparet *ex d. l. argentarius*, §. 1. eo quod instruant, unde etiam dicuntur instrumenta, quas rationes, & instrumenta edi sine subscriptione receptum esse Modestinus ait *l. exempla, eod.* ratio illa est, quia exemplum sufficit ad instruendum: & ex primo edicto instruere tantum oportet, *l. si quis ex argentariis, §. edi.* & vero editionem sermone nudo fieri posse constat: veluti potest adversarius ad album Prætoris deducere, & ostendere ex quo edi- C cto agere velit adversus eum, *d. l. 1. §. eum quoque, ex Labeonis sententia, ubi pro eo, quod legitur editurus sit, lego, quid dictaturus sit*. Nam sæpe J.C. dicunt dictare judicium, *l. 1. §. quia autem legata, l. non distinguemus, §. item de recep. arb. l. ult. de separat.* & adversarii nomen licet commune sit actoris & rei, tamen magis proprie refertur ad eum unde petitur, quod & pars adversa seu diversa dicitur, & Græce *τὸ ἐναντίον μέρος*, uti constat ex Tito Livio libro 22. & Fabio in Declam. 330. *Totum*, inquit, *onus probationis redundat in partem adversam*. Album autem *d. l. 1. d. §. eum quoque*, dicitur in quo Prætor proposita sua edicta habet, non ut vulgo putant, proponi edicta illa in gypsato pariete, sed proponebatur in mundo .i. propalam, in pleno lumine, & hoc est quod ait Theophilus album esse edictum Prætoris propositum, *λευκοῖς γράμμασι*, quod claris literis interpretor, ut in *l. sed si pupillus, §. proscribere, de instit. act.* & ita Græci *λευκὴν φωνὴν*, vocem facilem & apertam. Aristoteles in Topicis, *λευκὸν ἐπὶ φωνῆς, τὸ εὐηχον*, vox alba est, quæ facile excipitur. Sic igitur deducebatur adversarius ad album, & demonstrabatur iis verbis: volo tecum agere ex eo edicto, quod est de dolo malo, differentiam horum edictorum videamus. Dixi namque, quod esset inter ea commune, scilicet ratio, ut instruatur adversarius, ut in *l. 1. eod.* Ex primo igitur edicto jubet Prætor instrumenta litis non authentica, sed exempla edi sine die & Consule, unde ea editio fieri dicitur reo, non autem judici: tunc enim ipsa authentica ei sunt edenda, *l. 2. de fide instr. l. 3. C. de diver. rescr.* editur judici ad probationem, adversario autem ad instructionem: exemplo enim nulla est fides, authentico idonea instructio. Posteriore autem edicto eduntur rationes cum die & Consule. Rationem adfert J.C. in *l. 1. §. editiones, eod.* Rationes autem constare dicuntur duabus paginis, una accepti, altera expensi, neque sola acceptio, aut sola expensio rationem facit, *l. si quis ex argentariis, §. rationem, eod.* non potest autem de accepto & expenso constare si diem & Consulem exemeris, nec sine iis ullum usum rationum habere possumus. Instrumenta autem satis usui reo esse possunt, & eum instruere, etiamsi in exemplo dies & Consul appositus non fuerit: præterea verendum est, ne quid falsi fabricetur, ut ait *Ulp. d. l. 1. §. editiones, eod.* prælato die & Consule, quod falsi genus Græci *προχρονισμόν* vocant, Gallice *antidate* vocare solemus, ut in specie *l. si creditor, C. ad leg. Cor. de fal. l. 3. de fi. instr.* ut igitur falsum non fabricetur, melius est diem & Consulem non addere: qua ratione existimarunt Græci interpretes non edenda esse nomina signatorum seu testimonia eorum, qui instrumentis litis se subsignarunt, ne interim eos reus corrumpat, apud Harmenop. *libro I. epit. tit. IV. Accur. in d. §. editiones*, est in deteriorem sententiam pronior: verum Græcis stat ratio, quia editio solum ad instructionem desideratur: pro hac sententia facit *l. non ex omnibus, de recep. arb.* ubi si unus ex litigatoribus ex sententia arbitri non edat nomina testium, non ideo pœna compromissi tenebitur, cum ea editio nominis ad solutionem pecuniæ nihil pertineat, nec ad operam ..hendam. Igitur cum nomina signatorum nihil pertineant ad instructionem, frustra a reo desideratur: nam peri-

culum eſt a corruptela teſtium ſi reus nomina cognoverit. Alia inter prius & poſterius edictum differentia eſt, quia ex ſecundo oritur actio in factum adverſus argentarium, qui Prætori decernenti, ut edat, non paret: & quidem ad id quod intereſt. Ex primo edicto actio non datur, ſed ipſo jure res ita procedit, ut niſi actor prius edat reo inſtrumentum & actionem, agere nequeat, ideoque editio actionis exigitur a reo, ut deliberet reus an agere, an cedere debeat, & veniat inſtructus, *d. l. 1. eod.* nam ratio non permittit, ut plus actor petat debito, *l. 2. C. Gregor. de calumn. & plus petit.* Accedit ad hæc *l. 1. de interrog. act.* Fit itaque, ut is, qui non edit, in periculum plus petitionis incidat, & litem amittat: ideo Prætor iis ſubveniendum cenſet, qui ob ruſticitatem, vel ob ætatem, vel ſexum lapſi non ediderunt, *l. 1. §. ult. eod.* ubi ait, iis ſubveniri .i. rem illis conſervari beneficio Prætoris, & ſimiliter ex quacumque cauſa lapſi non ediderunt, ob juſtum ſcilicet errorem, *§. ſi quis agens, Inſt. de action.* Eſt item differentia inter prius & poſterius edictum, ut ex ſecundo edicto deſideretur ab argentario, vel alio editio rationum etiam poſt litem conteſtatam, *l. argentarius, §. ult. eod.* ex priore autem edicto editur actio, aut inſtrumentum ante litem conteſtatam, ſed dubitatur de inſtrumentis litis: nam exiſtimant interpretes, litis inſtrumentum non edi ante litem conteſtatam; verum aberrant, eadem æquitatis ratione, qua & edi actio poſtulatur, ut ſcilicet veniat reus inſtructior. Quod ſi hiſce temporibus fieri contingeret, utiliſſimum ſane diceretur, multique a litibus deterrerentur: & vero hæc falſa recepta opinio arguitur ex *d. l. 4. §. edenda, & l. 3. eod.* is namque §. pertinet ad litis inſtrumenta, quæ quidem edi ſimul cum actione voluit Prætor, cum ait *edenda ſunt omnia, quæ quis apud judicem, &c.* Igitur debet edere ante litem conteſtatam inſtrumenta, quibus uſurus eſt apud judicem, & quidem ſunt edenda antequam adeatur judex, hic enim per verba futuri temporis loquitur J. C. *d. l.* 1. id quod paulo poſt ait, ut oſtendat adverſario id quo uti velit, & ſic debet oſtendere inſtrumenta quibus uti velit: nam verbum illud *futuri temporis*, denotat ante litem conteſtatam inſtrumentorum editionem fieri debere: ex priore edicto, qui acturus eſt ex ſtipulatione, non tantum debet edere actionis formulam, ſed ſtipulationis inſtrumentum, & quidem totum: alioquin non videtur edere ex *l. 1.* aut dolo malo videtur edere, *l. ubi, §. 1. eod.* partes igitur inſtrumenti ſtipulationis eæ ſunt, quantitas promiſſa, dies ſolutionis, non autem inſtrumenti, ut ſup. dictum eſt, conditio, locus, *l. 1. §. editionis, eod.* quatuor ſic videntur eſſe partes ſtipulationis, tempus, cauſa, locus, quantitas ſeu ſumma. Nunc videamus an editio in jus vocationem præcedat ut litem conteſtatam præcedit: hoc ordo Codicis videtur ſuadere: nam *tit. de eden.* præcedit, & ſequitur de in jus vocando, quem ordinem Paulus & Ulp. in libris ad edictum ſequuti ſunt: quare conſtat hunc ordinem fuiſſe edicti perpetui: fori igitur, & judiciorum morem talem fuiſſe, ut prius actio ederetur, poſt in jus vocaretur: alius tamen ordo in Pandectis reperitur: igitur uterque ordo ſtare poſſe videtur: verum puto illico & eodem tempore actionis fieri editionem, & in jus vocari, unde dici ſolet in jus vocationem eſſe initium omnium actionum inſtituendarum, *§. ult. de pœ. tem. litig. Inſtit.* Idem ſi ſtatuas de editione actionum, verum erit: non tamen ibat reus confeſtim in jus: nam deliberandi tempus dabatur, *l. 1. de eden.* 10. dierum ſcilicet, hodie vero 20. *Nov. 86.* 82. 53. neque in uſu erat antiqua lex 12. tab. *ſi in jus vocat, atque eat: atque* .i. ſimul eat ſtatim. Edita igitur actione in continenti in jus vocabatur reus, non tamen ſtatim ibat: At vero cum, ut dixi, in jus vocationi editio conjuncta fuerit, utra utri præferatur, in ſerie titulorum facile conſtitui non poteſt: ſed dicemus ex auctorum noſtrorum mente, non conſtitui diſcrimen temporis in iis, quæ uno die fiunt, *l. ſi fundus, §. pen. de pignor.* accedit *l. 6. de excuſat. tut.* Ex ſecundo igitur edicto argentarium ſuas ede-

A re rationes cogi poſſe ait J. C. *in l. Prætor, eod.* & vero æquiſſima ratione conſtitutum eſſe ait Ulp. quod mei cauſa factum eſt meum quodammodo inſtrumentum mihi edi. Argentarius autem dicebatur qui nummulos vendebat, qui pro auro nummulos argenteos acceptos collybo dabat, quod mirum eſt, argentarios dici, qui nummulos vendunt, cum abſurdum ſit argentum vendi, maxime quia conſtat pecunia nos aliquid comparare, & non pecuniam emere. Itaque vix receptus eſt uſusfructus pecuniæ, nec Senatus efficere potuit, ut proprie uſusfructus pecuniæ conſtitueretur, *Inſtit. de uſufr.* nec utique apparet in jure noſtro uſquam factitatum ut pecunia venderetur, licet numiſmatum uſumfructum conſtitui poſſe ſcribat Pomponius, *l. numiſmatum, de uſufr.* verum ideo argentarii nummos vendere dicebantur, quia

B pro mutatione denarii κόλλυβον Græce dictum accipiebant, ſic eſt interpretandum quod eſt in *l. 1. C. Th. ſi quis pecunia conſt.* eratque eorum officium publicum, uti conſtat *ex l. argentarius, §. 1. eod.* recte itaque cognoſcere nummos ſolebant, & inquirere curioſe vultum, ætatem, colorem, nobilitatem, literaturam, pondus: unde eveniebat, ut qui vendebant, aut qui mutuo accipiebant, aut fœnori dabant, ne deciperentur, per argentarium eas pecunias, aut darent, aut acciperent, & ſic eis fides firmiſſima habebatur. Patet itaque duobus modis accipi pecuniam ſolitam fuiſſe, per argentarium ſcilicet, & ex menſa argentarii: menſularii dicti ſunt etiam collybiſtæ a collybo, ſicut ſupra dixi. Aut inquam ex domo ſua accipiebatur pecunia, ut liquido apparet ex *l. lecta, de reb. cred.* in illis verbis, *Lucius Ti-*

C *tius ſcripſi me accepiſſe quindecim mutua numerata mihi de domo ſua, l. quidam, de conſt. pec.* in illis verbis *ex arca tua.* Alii dabant pecunias argentario fœnori locandas, quas argentarii ſe ſoluturos conſtituebant, atque in rationum libros id referebant, *Nov. cxxxvi. l. ſi quis ex argentariis, §. rationum, eod.* hinc eſt, quod mulieres argentarii officio, quia ſcilicet conſtituere .i. intervenire non poſſunt, fungi nequeunt, *l. pen. eod.* item heres, qui hereditatem erat venditurus, per argentarium eam venditionem utique faciebat, ut apparet in *l. item vendendum, de pet. hered.* quæ quidem rationes argentarii diligenter conficiendæ erant, *l. Prætor, §. 1. l. argentarius, §. 1. eod.* nam is deſcribebat, quo die, aut a quo datum, aut acceptum erat, quæ quidem rationes negotium menſæ dicebantur, quod quidem heredibus re-

D linquebatur, aut etiam per fideicommiſſum, *l. cum pater, §. menſæ, de leg. 2.* Conſtat igitur eum in omnibus fere contractibus intervenire ſolere, atque de iis rationes conficere, quas etiam faciebat ſi ſecum contractum fuiſſet, *d. §. 1. l. Prætor, d. §. 1. l. argentarius, l. boves, de verb. ſig.* conficit item rationes ſervus pupilli, *l. 1. §. de ſervis, de tut. & rat. diſt.* item tutores, curatores, ſocius, procurator, & ii non actione in factum ex ſecundo edicto cogebantur edere rationes, ſed propriis actionibus, *l. 9. eod.* quibus non poterat argentarius conveniri, quia neque tutor, neque procurator erat, ſed actione ſupra dicta in factum. Nec obſtat *§. pertinere d. l. ſi quis ex argentariis*, ex quo argui poteſt argentarium omnino teneri debere mandati, cum rationes ſine mandato conficere non debeat: verum non perpetuo

E ſequitur, mandatum eſt, ergo actio mandati competit: nam & ſi cum ſervo mandante domino contractum ſit, non tamen mandati tenebitur actione contraria dominus, ſed quod juſſu, *l. 1. 2. 3. quod juſſu*, tenebantur igitur ad id quod intereſt actione in factum argentarii, *l. ult. eod.* idem de nummulariis dicendum eſt, *l. quædam, §. nummularios, eod.* qui quidem nummularii ſunt argentariorum opulentorum miniſtri, tum in cogendis & locandis pecuniis, unde coactores dicti, *l. Sticho, §. ult. de ſtatuliber.* & collectarii in *l. quiſquis, C. ſi cert. pet.* Et quod ait J. C. *d. §. nummulariis, & erogant per partes*, Græci vertunt, κέρματα .i. minutiores æris partes, a κείρει, quod eſt in minutiora fruſta ſcindere; quales ſolent plebeii expoſcere pro ære gravi .i. per minutas pecunias

&mi-

& minutiores nummos plebi magis commodiores: quæ igitur est ratio edi ab argentario rationes deberi, eadem est & de nummulario ceu collectario, ceu coactore. Constat igitur ex his, rationes, quas quis nostra causa confecit sive argentarius, sive tutor, sive socius, eas edere debere, quod non est idem dicendum de eo reo, qui sibi proprias & peculiares confecit rationes, ut latius infra: atque ita est accipienda regula juris, quam initio dixeram videri pugnare cum edicto posteriori de edendo, quæ regula tamen interdum vitiatur, ubi judicem justa aliqua causa impedit, & movet, quæ est definitio propria l. 1.

Ad L. I. Imp. Antoninus Pius Aug. *Anilio. Ipse dispice, quemadmodum pecuniam, quam deposuisse te dicis, deberi tibi probes: nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex causa ad judicis officium pertinere solet PP.* IV. *Kal. Oct. Sabino* II. *& Severo Conss.*

LOquitur hæc l. non de rationibus argentariorum, sed de privatis & domesticis, quas sibi quisque conficit: nam in ejus specie a femina actor desiderat sibi rationes exhiberi, quæ officio argentarii non fungitur, *l. pen. eod.* ait enim: *nam quod desideras, &c.* desiderat ergo rationes a muliere privatas, igitur non argentarias, quæ quodammodo publicæ sunt, cum publica fide subnixæ dicantur, *l. si ventri, §. in bonis, de reb. auct. jud. poss.* Et quod tentat Accur. hoc loco eam mulierem successisse argentario, & ita ab illa rationes argentarii exhiberi recte desiderari, commentitium est, ut & Doctores advertunt: præterea apud eam se pecuniam deposuisse actor dicit, non apud alium, cui successerit principaliter: igitur cum ea agit non alieno nomine, & id etiam puerile, & insolens est quod tentarunt quidam ea verba, *adversaria tua*, plurativi esse numeri, & accipi pro tumultuariis, ut Ausonius loquitur, & rationibus extraordinariis: ac si diceret rationes tuas, & adversaria tua .i. literas, & rationes nondum in ordinem conjectas. Et simili errore Alciatus in *l. 1. §. eum quoque, eod.* eum, qui producit adversarium suum, sic interpretatur, profert scripturam servorum, & literarum adversaria, quem derident multi eo nomine: Non ita auctores Basilicon, qui eodem utroque loco adversarium, & adversaria accipiunt pro eo eave unde petitur, & hoc loco adversaria tua sic interpretantur, ea cum qua controversaris, & ita speciem ponunt recte: Egit Æmilius, vel ut alii codices Anilius, adversus mulierem quandam actione depositi, quod diceret se apud eam deposuisse certam pecuniam: id vero cum non posset judici aliunde probare, desiderabat, ut mulier sua brevia proferret, & rationes privatas: vocant brevia, rationes breviarias, *l. ult. de pec. leg.* ex quibus dicebat Anilius fore, ut liqueret de deposita pecunia: moris enim fuit veteribus Romanis, patribus, & matribusfam. totam vitæ rationem per singulos dies conscribere: & negligens habebatur, qui non conscriberet: nam ut est in ea l. qui in potestate patris sunt, tabulas nullas conficiunt, & quidem filiifamil. totius vitæ suæ tabulas non conficiunt, sed actus, ut tutelæ, necesse est ut rationes conficiant, *l. prætor, §. 1. de eden. l. filius, de tut. & rat. dist.* sed aliud est totius vitæ rationem conficere, aliud unius actus, verum cum ea species, quam proposuit, perlata fuisset ad Imp. Imperator Anilio rescripsit, qui desiderabat fidem haberi deposito ex rationibus privatis adversariæ, eum aliunde probationes sibi parare debere, non petere ex domo adversariæ, quod ait: *nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua, &c. id ex causa ad officium judicis pertinet*, id est, id jure non desideras, sed judicem cogniturum, & si justa videatur desiderii causa rationes edi jussurum: *ex causa* igitur hoc loco, id est, causa cognita, & utitur exhibendi verbo, *sicut in l. ult. hoc tit. & l. ubi, eod. D.* sic loquitur de rationibus: actionem enim exhibere nunquam dicimus pro edere; latius patet edendi, quam exhibendi verbum, eduntur rationes & actiones, exhibentur rationes, non etiam actiones: item edit rationes, qui exhibet codicem ipsum rationum, edit rationes, qui porrigit exemplum rationum, nec tamen exhibet rationes ipsas, vel instrumenta, quandoquidem ea habet in secreto, & exemplum tantum profert. Item edit rationes, qui dictat quod rationibus continetur, nec tamen exhibet, edit actionem, qui producit adversarium ad album, & demonstrat qua actione usurus sit, non tamen is exhibere dicitur: at qui cedit actionem, is dicitur exhibere, *§. cum autem, Inst. de empt. & vend. l. quod sæpe, §. si res vendita, de cont. empt.* actionem igitur exhibere, cedere est, non edere; & ratio discriminis est, quod qui exhibet, quodammodo habere desinit, cum scilicet quem in medium profert & educit foras, & quasi ponit extra se, *l. 1. de lib. hom. exh.* edit etiam, qui nullo modo habere desinit: exhibeo igitur actionem, quam quodammodo habere desino, dum eam transfero in alium cessione facta, ut is ea experiatur, vel directo meo nomine, vel utiliter suo nomine, *l. emptor, C. de act. empt. & vend.* non tamen eam actionem omnino habere desino: nam possum ea experiri, si modo is, cui cessa est ea, nondum expertus sit, *l. 3. C. de novat.* & ob id dixi, *quodammodo.* At si actionem non transferam in alium, sed dicam tantum, qua actione uti velim, quod est edere, eam actionem habere nullo modo desino: edo igitur eam, non exhibeo, cum autem exhibeo, & edo, non contra: nam exhibitionem editio non comprehendit. Definitio ejus l. hæc est: reum officio judicis ex justa causa compelli actori edere privatas & domesticas rationes, hoc inquit, *ex causa ad officium judicis pertinere solet:* quod ausim affirmare sumptum esse ex *l. pen. §. ult. ad leg. Falcid.* quam & hic adduxit Accurs. in qua l. interrogatus Scævola, an heres cum quo agunt legatarii ex testamento, si legatariis opponat Falcidiam, dicens plures tutelas administratas a defuncto, nondum rationem redditam, & neget tantum posse redigi ex nominibus debitorum, quantum in cautione hereditaria deductum est, an ut fides veri constet, cogatur heres legatariis agentibus ex testamento edere rationes pupillares, ne scilicet sit in potestate heredis proferre quod velit, & legatarios in fraudem inducere suppressa quantitate bonorum: & respondet Scævola, *ad officium judicis pertinere explorare ea, per quæ probetur quanti sit in bonis, &c.* officio igitur hoc fit, non jure actionis: nam neque utilis, neque directa illo nomine actio competit, non edictis de edendo, quorum uno reo editur, non autem reus edit: alterum est de rationibus argentariorum, non de privatis; non item ex edicto ad exhibendum, quo vindicaturis, vel quasi datur actio ad exhibendum. Non ergo iis, qui rationes adversarii sibi edi desiderant, quarum vindicationem non habent, *l. pen. ad exhiben. l. nimis grave, C. de testib.* quæ proprie pertinet ad tit. ad exhiben. cum sit in C. Greg. sub tit. ad exhiben. Non recte etiam a reo desideratur privatarum rationum exhibitio ex interdicto de tab. exhiben. quoniam est tantum de tabulis ad causam testamenti pertinentibus, hæ tabulæ sunt communes inter heredem & legatarios, & ceteros, quibus aliquid testamento relictum est, *l. 2. in princip. quem. test. ap.* Igitur recte desiderat legatarius, qui agit ex testamento ab herede sibi edi exhiberive tabulas testamenti, licet contra agente legatario non recte ab eo desideret heres ut proferat tabulas testamenti, ex quibus agit, *l. 2. de eden.* quia edicto primo actorem reo Prætor jubet ea tantum instrumenta litis edere, quæ reus non habet: porro heres habet, aut habere solet testamentum, & absurdum est cum ipse in ea causa sit, ut edere cogatur, petere ut exhibeatur ei, *l. si quis ex argentariis, §. prætor, eod.* ergo legatarius heredi non edet testamentum, nisi causa cognita, ut in *d. §. Prætor ait*, quia heres debet habere, vel exemplum testamenti: compellitur tamen heres cum quo agitur, legatario edere tabulas testa-

menti, & non tantum interdicto de tab. exhib. sed etiam extra ordinem per Prætorem, *ex tit. quem. test. aper.* & ex interdicto si neget heres se tabulas habere, extra ordinem si non neget, *l.* 2. §. *pen. quem. test. ap.* & fit condemnatio ex causa interdicti in id quod interest: extra ordinem omnino cogitur edere, *d. l.* 2. §. *ult.* & ita est hæc differentia inter hos titulos *de tab. exhib. & quem. test. aper.* Communia igitur instrumenta, veluti tabulas testamenti reo cogitur edere actor actionis, vel interdicti jure, vel remedio extraordinario: instrumenta sua propria reus nulla actione cogitur edere: nam originem petitionis oportet fundari aliunde, quam ex instrumentis ejus unde petitur propriis, *l. ult. hoc tit.* ergo instrumenta sua propria reus non cogitur edere actione, vel interdicto ullo. Item instrumenta actoris propria reus actori, si ea habeat, omnimodo edere compellitur actione ad exhib. quia & earum vindicationem actor habet, *l.* 3. *quem. test. aper. l.* 3. §. *interdum, ad exhib.* Item eorum instrumentorum, quæ quodammodo propria actoris sunt, vel communia, puta quæ alius ejus nomine confecit, recte editio per actionem postulatur, ut quæ argentarius confecit per actionem in factum, quæ tutor per actionem tutelæ, quæ socius per actionem pro socio, quæ procurator per actionem mandati, *l. quædam, de eden.* at instrumenta sua propria reus nulla actione edere cogitur, officio judicis cogitur ex justa causa, si qua judicem moverit, ut puta; nam in exemplorum appositione laborant interpretes, si reus ea dicatur subtraxisse, & malitiose suppressisse, ut verum aliter inveniri non possit, & judici tandem videatur omnino earum rationum editio extorquenda a reo, *l.* 2. §. 1. *de jur. fisci*, sicut ubicumque judicem æquitas moverit, *l. ubicumque, de interr. act.* adversarium interrogari posse, & ad id quod interrogatus fuerit respondere compelli, & ex illa quoque causa fisco agente, ut opinor, ex illa justa causa, non jure singulari reum compelli edere rationes suas privatas & domesticas, *l.* 3. *D. de eden. l.* 2. §. *Divus, &* §. *item divi, de jure fisci*, videlicet si causa sit civilis, non si capitalis: ac similiter omnino aliis agentibus ex causa, per officium judicis reus non cogitur actori edere rationes suas, nisi in causis civilibus: nam si & in causis criminalibus reum cogas edere rationes, hoc perinde est ac si eum cogas sibi manus inferre. Igitur ex officio judicis nulla ex causa in causis criminalibus editio rationum privatarum a reo exigitur, si tamen cum esset causa capitalis, forte accusator, vel judex inciderit in rationes ejus privatas, qui criminis reus postulatus est: non dubium est, quin ex eis probationem judex sumpturus sit, & condemnationem ex fide earum facturus: & ita olim, ut Asconius scribit in Præt. urb. moris fuit, ut judex, aut accusator obsignaret domum ejus, quem accusaturus erat, ne quæ indicia criminis ab eo removerentur, unde apparebat, ut damnaretur plerumque ex suis tabulis, qua de causa cœperunt Romani, vel non conficere omnino sibi rationes, vel obscurius conficere, ut notis: & hæ quidem scripturæ, sive rationes adversus patremfam. & matremfam. fidem faciunt, sicut in *l. de ætate*, §. 1. *de interr.* In judicio si quis respondeat se heredem esse, cum non sit heres, tenebitur perinde ac si heres esset, & ei contra se fides habebitur: idemque demonstratur in *l. Publia*, §. *ult. depos.* Quidam ita scripsit epistolam Semproniis, habere se decem ab eis pondo, & duos discos, & sacculum signatum, & subjecit, ex quibus mihi debentur decem: quæritur, an ex ea scriptura nascatur obligatio? respondet non nasci: nam & nuda ratio debitorem non facit, & privatæ formæ agrorum non obligant, ut Siculus ait *de limitibus agrorum*. Igitur neque, qui scripsit obligatur, neque ad quem scriptum est: sed rerum, quas se debere dicit, probationes complectitur, quod si velit proinde sibi deberi probare, hoc judex æstimabit. Conlusio in *d. l. Publia Mævia*, §. *ult.* hæc est privatis rationibus fidem haberi adversus eum, qui eas scripsit, sed eas non

A facere fidem pro eo, qui scripsit, *l. exemplo, C. de probat. l. ult. C. de conv. fisc. debit.* M. Tullius pro Roscio Comœdo: *suum codicem testis loco recitare arrogantius est*. Sed hoc ita procedit, pro scriptore non facere rationes domesticas nisi aliis adminiculis adjuventur, *l. instrumenta, C. de probat. & l.* 3. *de fide inst.* sed hæc probatio non sufficiet nisi addatur jusjurandum, ut liquet ex edicto Justiniani septimo de argentariis, quo declaratur, non haberi fidem diariis, & eorum rationibus, nisi eas proferant jurati: denique pagina expensi sine aliis adminiculis, puta sine jurejurando, fidem non facit, pagina accepti per se sola fidem facit.

Ad L. II. Is, apud quem res agitur, *acta publica tam civilia, quam criminalia exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem jubebit. PP. Non. Jul. Severo A. & Albino Conss.* B

HUjus *tit. l.* 1. est de rationibus privatis, hæc secunda est de actis publicis. Quid vocat acta publica? an gesta judiciorum sive commentaria, quæ officiales conficiunt in causis civilibus & criminalibus, & ab ea re officiales dicuntur, modo actuarii, modo commentarienses, modo commentatores. Denique an acta publica vocat, quæ alibi dicuntur acta forensia, *l. comparationes, C. de fid. inst.* Putem plus significare aliquanto actorum publicorum appellationem, ut sunt acta publica, quæ translata sunt in publica monumenta, id est, in Archivia, & tabularia publica, qua de causa & in *d. l. comparationes* separantur forensia a C publicis: forensia sunt quodammodo publica, sed proprius publica dicimus, quæ sunt in archiis publicis memoriæ perpetuæ causa, & ita D. Augustinus *epist.* 162. *non chartis, non archiis publicis, non forensibus causis, &c.* Sed tamen quod pertinet ad decisionem hujus Constit. idem juris statuimus in actis forensibus, quod publicis in actis. Igitur forensibus, sive translata sint in publica monumenta, sive non. Quod vero *l.* 1. ait de privatis rationibus reorum, eas edi actori ex causa officio judicis, idem de actis publicis hæc l. demonstrat ea postulantibus edi arbitrio judicis, sive sint civilia, sive criminalia, ut constet fides veri, & futurorum memoria, sed exigit commentariensis adnotationem, sive subscriptionem, *l. in fraudem*, §. *quoties, de jure fisc.* ita enim vult edi acta, ut tamen D non habeatur rata editio, nisi eam commentariensis sua manu adfirmaverit, & corroboraverit, qua in re hæc species distat ab illis causis, quæ proponuntur in edictis de edendo; ex quibus constat recte edi instrumenta litis sine subscriptione edentis, *l. pen. de eden.* & ratio differentiæ non obscura: nam ex illis edictis instrumenta eduntur tantum instruendi rei causa, & subscriptio instructioni nihil adiicit, actorum editio postulatur fidei faciendæ causæ, quæ mutat si deest subscriptio commentariensis. Igitur non eduntur instrumenta publica ad faciendam fidem sine adnotatione commentariensis, eduntur instrumenta litis etiam sine subscriptione edentium, separanda est etiam hæc species ab ea, quæ proponitur in *l.* 1. *inf. eod.* quod actorum publicorum editio postulatur recte, sive sint civilia, sive cri- E minalia, reus autem *ex l.* 1. *inf.* per officium judicis justa ex causa non cogitur edere privatas & domesticas rationes, nisi in causis civilibus non capitalibus; & huic *l.* 2. congruit, & nonnihil facit ad rem omnem explicandam *l.* 6. *C. Th. de accus.* quæ vult acta criminalia ut civilia edi his, quorum salus in discrimen venit, ut constet de innocentia, & æquitate judicantis, & cum is judicat ne quid lateat eum, vel occupet improvidum & incautum, & adiicit, *non debere expectari deprecationem actorum*: sed quid illud est non debere expectari deprecationem? hoc nempe, non esse necesse ob eam rem supplicare principi, *l.* 2. *ut lite pend. C.* quæ l. vetat supplicare principi lite pendente, quod servatur hodie, nisi actorum, vel pronunciationis editio denegetur: nam

nam tunc licebit ea de re principi ſupplicare etiam pendente lite principali, ut actorum poteſtas fiat: ſed dum ait l. quod & iſta adſignificat, *non expectari deprecationem actorum*, demonſtrat, impetrari editionem actorum poſſe officio judicis citra ſupplicationem, quæ eſt ſententia *d. l. 6.* & inde liquet actorum editionem poſtulari pendente etiam lite, & adiicitur in *l. in fraudem*, §. *quoties*, *de jur. fiſ.* actorum quoque editionem poſtulari iterum tractata lite, ſicut in ea l. *d.* §. *quoties*, ponit agi apud fiſcum, quo tempore ait, actorum poteſtatem eſſe faciendam, ut merito his uti liceat, ſed acta adnotanda eſſe manu commentarienſis, & eum qui aliter ea acta proferat ſine adnotatione commentarienſis nihil agere, & rem amittere. Sic illo §. *quoties* docet pendente lite actorum editionem poſtulari. Sequitur alter §. *quoties*, in quo ait, ſi eadem lis tractetur apud fiſcum, priorum actorum recitationem fieri debere *ex officio*: *recitare*, edere eſt, & dicere nudo ſermone: *ex officio* non eſt ex officio judicis, ſed per officialem, ut Baſilica. Denique actorum editio poſtulatur vel pendente lite, vel iterum retractata lite: Poteſt etenim actorum editio poſtulari in aliam litem & inter alias perſonas, quod tamen interpretes non admittunt, & moventur hac regula juris, *res inter alios acta aliis non præjudicat*, male: nam hæc regula negat, inter alios acta aliis jus facere, non tamen negat inter alios acta fidem præſtare apud omnes: recte etiam mortuo eo, apud quem acta habita ſunt, eorum actorum editio poſtulatur apud alium judicem: nam morte cognitoris non perit fides actorum fori fidesve publica, *l. ult. C. de re jud. geſta*, inquit, *quæ translata ſunt in publica monumenta &c.* ad quam l. propria ſpecies promenda eſt ex *l. 55. C. Th. de hered.* pertinet ea *l. ad Donatiſtas*, *& ideo in eo Cod. ita incipit: Notione & ſollicitudine Marcellini ſpectabilis viri*: Marcellinus fuit tribunus & notarius, qui quædam acta criminalia confecit adverſus Donatiſtas, quorum etiam fit mentio a D. Auguſtino *Epiſtola* 158. 159. 160. & ea, ut dixi, fecerat vir ſpectabilis Marcellinus: quæritur an ea nullius momenti eſſent, cum tamen ea etiam Marcellinus retuliſſet in publica monumenta, & reſpondet, ea perpetuam habere firmitatem, nec morte cognitoris mortuam publicam fidem. Igitur quæ apud unum judicem acta ſunt, eo defuncto, valebunt etiam apud alium fide, & auctoritate, licet non pondere juris, & inde etiam ſi quæras, an teſtimonia probata in uno judicio, in alio fidem faciant: dicam facere, quia hoc conſtituit generaliter de actis: teſtimonia autem ſunt pars actorum tit. *de probat. infra*, *l. ult.* ubi enumerantur omnia teſtimoniorum genera, & præterea ex *l. jubemus*, *infra*, *de lib. cau.* quod quis propria voce confeſſus fuerit apud alium judicem, ejus fides ſtat in judicio alio, & ex *l. ult. infr. de teſtib. l. pen. in fi. infr. de recept. arb.* quæ teſtimonia producta ſunt apud arbitrum, eorum etiam fides conſtat apud judicem, cum ab arbitro itur ad judicem. Quin etiam exiſtimo eum, qui fuit arbiter in eadem cauſa, judicem poſtea fieri poſſe, eum, inquam, qui fuit arbiter nec rem peregit: ut in cauſa Roſcii Comœdi, is, qui fuerat arbiter, poſtea fuit judex. Neque moveor *l. 9.* §. *pen. de rec. arb.* quæ non hunc, ſed contrarium ponit caſum, nec enim hoc retroagi volo, ut etiam is, qui eſt judex, poſſit ejus rei, cujus judex eſt, ex compromiſſo arbitrium recipere, hoc enim non admitto, ut poſſit deponere partes judicis, & ſuſcipere partes arbitri compromiſſarii: nam arbitri honorarii operam judex interponere non poteſt, verum quo cepit ordine, eodem debet rem peragere, ut definit ea l. quod & pleriſque locis ita obſervatur. Hodie tamen vulgo id non obſervatur: ut qua in re quis conſultus fuerit, in ea etiam judex detur, quod tamen non fuiſſe prohibitum demonſtrat *Nov.* 158. poſſe quem, cujus rei fuerit conſultor, in eadem eſſe judicem, & vero vir probus, qui ſemper eſt ſui ſimilis, tam erit ſeverus in conſultando, quam in judicando, & quod conſuluerit idem judicabit, niſi aliqua circumſtantia eum a priori ſententia dimoveat. At quia diximus acta civilia vel criminalia officiales conficere, eo forſitan exiſtimaverit quis in libris noſtris idem eſſe apud acta, ſed aliud ſuadet *l. eum pro quo*, *de in jus voc.* aliud eſſe apud acta, aliud apud officium .i. apud officialem: loquitur de cautione judicio ſiſti, qua cavetur apud acta vel apud officium, & apud officium cavet, qui officio ſtipulanti promittit, apud acta autem, qui præſente officio non ſtipulante, abſente autem judice promittit judicio ſiſti, qui tamen & ipſe perinde tenetur ac ſi officio promiſiſſet, ſed tamen non idem eſt apud acta promittere, & apud officium, quamvis ſit effectus idem: unde *in l. ult. de ædif. priv.* C. quæ eſt Conſtitutio Græca Leonis, eſt potius apud officium, quam apud acta.

Ad L. III. *Edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat: quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas. Dat. II. Kal. Sept. Severo III. & Antonino A.A. Conſſ.*

Lex 3. pertinet ad primum edictum de edendo (& quidem ſola hujus tit.) quod eſt de editione actionum, & inſtrumentorum litis: nulla vero lex in hoc tit. pertinet ad ſecundum edictum de ratione argentariorum: quorſum ergo pertinent aliæ ll. hujus tituli: ad adfines quæ illis edictis ſunt quæſtiones, veluti an reus cogatur edere actori actiones domeſticas, an acta publica edantur quolibet poſtulante, an reo poſt litem conteſtatam cogatur actor edere rationes, & inſtrumenta, quibus reus poſſit probare intentionem, defenſionem, exceptionem: in tit. de edendo, longe aliter. Illa tantum duo edicta explicantur, nullæ adfines quæſtiones, ut plane hoc tit. videatur Juſtin. expleviſſe quod deerat titulo Digeſtorum de edendo. Quantum vero ad hanc l. pertinet, ut perſpicue intelligatur, coaptanda eſt cum *l. 1. infra*, *de lit. conteſt.* utriuſque l. eadem eſt inſcriptio, & ſubſcriptio, una fuit Conſtitutio quam Juſtinian. diviſit in duo membra, & partem poſuit ſub hoc tit. partem poſuit ſub illo tit. *de lit. conteſt.* quæ ſi modo coaluerit, res erit dilucidior: namque ex utraque ita conjuncta elicietur vera differentia inter editionem actionis, & litis conteſtationem, & omnino fini *l. 1. de lit. conteſt.* oportet coaptare initium hujus l. 3. Edita actione nondum res in judicium deducitur, ergo nondum lis eſt, nam quid eſt lis? eſt res in judicium deducta, & ut ait d. l. 1. res non videtur in judicium deducta, ſi poſtulatio tantum ſimplex celebrata ſit, hoc eſt, ſi petita & impetrata actio ſit, nondum res eſt in judicium deducta, quæ tamen impetrationes actionum ſunt ſublatæ, *l. 2. C. de form. & impet. ſub.* a Conſtantino, ſed non a Theodoſio & Valentiniano auctoribus hujus l. Sed & non videtur res in judicium deducta ſi actionis ſpecies ante judicium reo cognita ſit .i. ſi edita ſit reo actio: edi enim debet ante judicium, ante litis conteſtationem, ut proinde ſciat reus cedere, an contendere debeat, & ait, *edita actio*, quoniam ſpecialiter erat edendum nomen actionis, l. 2. *C. Greg. de calum.* ut, inquit, ſpecialiter petitor cogatur edere genus litis, idemque eſt iiſdem prope verbis in Nov. Valentini. *de Epiſcop. judic. ſi*, inquit, *edito genere actionis, adverſarius ad reſpondendum coegerit*. Etſi igitur eo modo ſpecialiter nomen actionis edideris reo, tamen non ideo rem in judicium deduxeris: at litis conteſtatione proculdubio res in judicium deducitur, & litis nomen accipit, nec enim ante litis conteſtationem eſt lis, ſed controverſia potius, *l. 5. & l. 26.* §. *ſi ante*, *de pet. hered.* licet fatear nonnunquam nos abuti litis vocabulo, ut cum litem accipimus pro actione: aliud tamen eſt actio, aliud lis. Actio eſt jus perſequendi, lis eſt res in judicium deducta, ſed tamen accipitur pro actione, *l. litis*, *de verb. ſig. & l. lis*, *de judic.* quod ait nullam litem eſſe cum filiofam. *in l. cum ſervis*, *de reg. jur.* quæ eſt ex eodem libro, *nulla*, inquit, *actio eſt*

cum

cum ſervo, & in edicto etiam de litigioſis, res cujus alienatio interdicitur, litigioſa eſſe exiſtimatur, non tantum ſi lis ſit conteſtata, ſed etiam ſi mota ſit controverſia, *Nov. de litigio* 5. & licet *l.* 1. *de litigio* 5. dicat, denuntiationem factam venditionis impediendæ cauſa ſolam rem litigioſam non facere, ſi ei dixero diem judicii, ſicut in S. C. *de pet. her.* conſtat petitam videri hereditatem non tantum ſi lis conteſtata ſit, ſed ſi denuntiatio facta ſit, atque ita litis nomen pinguius accipitur *in tit. de litigio* 5. At proprie lis non eſt niſi, quæ conteſtata eſt: ad ſummam, litis conteſtationem præcedunt impetratio actionis, editio actionis, in jus vocatio, & recte dixeris in jus vocationem eſſe initium actionis, §. *ult. de pœn. tem. litig.* quod dixeris ſimiliter de editione actionis, ſed non recte dixeris eſſe initium litis: præcedit etiam conventio, & admonitio extrajudicialis, quæ ſeparatur a litis conteſtatione, *l. ſi homo, de rei vind.* præcedit & inſcriptio in cauſis criminalibus: nam & litem dicimus de cauſis criminalibus. Quintil. *in Declamat.* dicitur lis in *l. ex judiciorum, de accuſ. l.* 3. *C. qui accu. non poſſ.* eam igitur litem criminalem etiam præcedit inſcriptio, *l. in S. C. §. ult. ad Turpil.* inde hæc differentia juris antiqui & novi: novo jure lis eſt peragenda in biennium a die litis conteſtationis, *l. ult. infra, ut intra certum temp.* antiquo jure cauſa criminalis peragenda eſt intra annum a die inſcriptionis, *l. ii C. Theod. ut int. an. crim. quæ. term.* Proprie igitur lis non eſt antequam conteſtetur, & hoc eſt, quod ſubjicit in *d. l.* 1. *de lit. conteſt.* inter litem conteſtatam, & editam actionem multum intereſſe, quod congruit cum *l. rem, §. patroni, inf. de judic. & l.* 2. *inf. de jurejur. prop. cal.* ex quibus intelligimus, ad definitionem litis conteſtationis addenda eſſe hæc verba, ut narretur negotium ex utraque parte, ut ſi narraverit negotium actor, & tacuerit reus, vel non reſponderit ad actionem, ſed oppoſuerit præſcriptionem fori, non videtur lis conteſtata, quod etiam ſignificabant XII. tab. his verbis, *cum perorant ambo præſentes*, & Cincius apud Macrobium: *jubet dicere quorum negotium eſt, narrant*, & gloſſ. veterum, lites conteſtatæ ſunt, quæ in judicio acceperunt cauſam ex conflictatione, & congreſſione utriuſq; partis, & actor dicitur litem conteſtari cum reo, non reus cum actore, *l. ſi a me fuerit, de jud.* ſi arrogatus fuerit a me is, qui litem conteſtatus mecum fuerat, vel cum quo ego, non contra: cur ita? veteres hoc docent, quia actor litem facit, & appellatio litis conteſtationis ex eo ducta eſt, quod fieret olim teſtibus præſentibus, & ob id Cincius jubet dicere, quorum negotium, & addit, *judex poſcit teſtes*, & fit conteſtatio litis. Feſtus: conteſtari dicitur cum utraque pars dicit *teſtes eſtote*, litem facit conteſtatio ſola: & hoc diſtat conteſtatio litis ab editione actionis, quæ ſpeciem futuræ litis demonſtrat, quinimo poteſt fieri etiam, ut ſi edita ſit actio, non ſequatur lis, puta cedente reo cognita actione, cognito inſtrumento litis. Igitur edita actio litem non facit, ſed ſpeciem futuræ litis demonſtrat, & quod ait, ſpeciem, id dicit propterea, quod eſſet edendum nomen actionis, & quod ait actio, non omiſere Juriſconſulti in eo edicto tit. *de edendo*: actionis verbum accipiendum eſſe latiſſime, *l. actionis, de oblig. & act.* quæ *l.* ſumpta eſt ex eodem libro, ex quo ſumpta eſt *l.* 1. *de eden.* & conjungenda etiam illis *l.* 1. *de except.* hoc modo: prætor edicit, ut reo edat actor, antequam ad judicem eatur actionem ſuam: quid continetur actionis verſio? actio in rem, actio directa, &c. ſed potuiſſet quæri an contineretur exceptio: nam ut ait *l.* 1. *de excep.* agere videtur, qui excipit, ſed non ideo cogitur edere exceptionem ſuam reus ante litis conteſtationem, ſed poſt: denique edit actionem ſuam actor ante litis conteſtationem, ſed reus exceptionem ſuam non edit ante litis conteſtationem. Oſtendi quid intereſſet inter litis conteſtationem, & editionem actionis: editionem actionis rem in judicium non deducere, litis conteſtationem rem in judicium deducere, & ab ea quidem conteſtatam rem

A ſive controverſiam, litis nomen accipere, conteſtationem eſſe litis initium, editionem eſſe futuræ litis indicium, & litis conteſtationem fieri narrato negotio ex utraque parte, editionem fieri ſi vel libello aliquo complectatur actor actionem vel copiam ejus deſcribendæ faciat, vel etiam ſine ſcripto, ſi eum cum quo acturus eſt producat ad album Prætoris: & abſtinuere veteres in litibus ſcripto quantum fieri potuit, vel ubi opus fuit, ſcripto uſi ſunt brevi, non tantum in litibus, ſed etiam in negotiis, & contractibus omnibus, ut de donationibus eſt proditum in *l. ſi aliquid, C. de donat.* brevitas chartulæ donationi nihil derogat, & teſtamentum conſtare verbis tribus proditum eſt in *l.* 1. *de her. inſtit.* vel duobus, *Lucius heres*: denique de ſententiis dicitur in *l. pen. & ult. infra de ſent. quæ ſine certa*

B *quan. l. in ſententiis, de re judic. ſolve quod petitum eſt*: his verbis ſolis conſtat valere ſententiam, modo certam ſummam expreſſerit actor, ſi certa ſit petitio, & ipſa ſententia certa eſt, ſi ita dixerit, *ſolve quantum petitum ſit*, vel etiam his verbis, *decem quæ bona fide accepiſti ſolve*, & ſimilibus verbis, dummodo recte componantur: nam ut ait *l. ult. infra comminat. epiſtol.* quod magno conflictu decerni ſolet, id paucis verbis temere deſcriptis definiri ſententia fas non eſt. Igitur ut ad rem redeam, poterat editio actionis fieri etiam ſine ſcripto, ſermone nudo aut ſcripto brevi, ſed hodie certum ex Nov. Juſtiniani *de exhib. reis*, editionem fieri libello dato: ergo ex ſcripto dato, ut quidam dicunt, ἀντιβιβλίῳ i. ut interpretantur ex Haloandro, *exemplo libelli*, qua in re falluntur: nam ea Novella differentiam facit in-

C ter βιβλίον & ἀντιβιβλίον, βιβλίον eſt libellus conventionis, quo editur reo actio, ἀντιβιβλίον eſt libellus reſponſionis, qui quidem ſcribitur adverſa parte libelli conventionis: nam in ea Nov. Juſtinianus vult, ἀντιβιβλίῳ reum apponere ſubſcriptionem, qua declaret, quo die ab actore conventus fuiſſet, & in quem diem ſiſtere oporteret ſe operam præbiturum, ſe daturum operam, *ne quid quod e re ſua non eſſet fieret*, & quidem vult Juſtian. ut expoſui, edi actionem ex ſcripto dato libello, cui ſtatim ex adverſo reus ſuam reſponſionem applicet, & dicitur ἀντιβιβλίον. Et in hoc quidem edicto Prætoris de edenda actione reo ante litem conteſtatam jam heri oſtendi ſatis, actionis verbum accipiendum eſſe latiſſime, ut edi debeat reo ab actore omnis actio, ſive acturus ſit in rem, ſive in perſonam, ſi-

D ve mixto jure, ut familiæ erciſ. communi divid. finium regund. petitione hered. ſive acturus ſit præjudicio, de ſtatu ſcilicet, ſive directa actione, ſive utili, ſive interdicto: nam & interdicta edenda ſunt iis cum quibus acturi ſumus. Sed nolumus, idque conjunctis capitibus Ulp. ſumptis ex eodem libro, verbo actionis complecti exceptionem: quoniam non eſt quod feſtinet reus edere exceptionem ante litem conteſtatam, inſtrui non oportet actorem, ſed eum unde petitur, inſtrui æquum eſt reum ante litis conteſtationem ne opprimatur improviſo, quam etiam rationem reddit *Ulp. l.* 1. *de eden.* Et adiecimus etiam ſpecialiter eſſe edendum nomen actionis jure civili: nam ſcio Pontificio hæc improbari: nec mirum, cum eo jure omnes actiones vacent nomine, ſed jus civile tracta-

E mus, hoc jure ſpecialiter comprobatur, edendas eſſe actiones vel nomen edicti ex quo competit actio: nihil enim intereſt nominem edictum, an actionem, *l.* 1. §. *eum quoque, eod.* & ſpecialiter edendum eſſe nomen actionis ſignificat etiam *l. ult. C. de interd.* dum ait *actionem exprimere debet*, non exprimitur, ſi nomen retinetur, licet in *C. Th.* legatur *rationem l.6. de denunciat. vel edit. reſcr.* qua non inſpecta vix etiam clare intelligitur *d. l. ult. de interd.* ſed ita explicanda eſt: quædam lites olim inſtituebantur ex reſcripto principis extra ordinem, & hæ quidem lites peregebantur ſolemniter, & quodammodo ſcrupuloſius diligentiuſque: primum dabantur certa tempora ad edendum reſcriptum, & hæc editio fiebat ex reſcripto, quando-

qui-

quidem agebatur ex rescripto: dandum igitur erat exemplum rescripti, & denunciatio erat valde solemnis, dabantur certa tempora ad denunciandum, & finitis temporibus legitimis, etiam ex causis dabatur reparatio denuntiationis, de qua in *tit. de temporib. & reparat. appellat.* sed hæc solemnitas non observabatur in his causis, quæ celeritatem desiderant, cujusmodi est possessionum causa, quæ ob eam rem dicitur momenti causa, & momenti causa semper in libris nostris est lis de possessione, & ob id dicitur in *d. l. ult. de interd. si de possessione agatur. ruptis ambagibus* .i. illis actionum circuitibus ambagibusque, quas adhiberi non oportet in possessionum causis, ut statim actor exprimat actionem, non exprimit actionem si supprimat nomen, ergo nomen actionis edi specialiter necesse est: cum autem nomen actionis dico, & causam actionis dico, inest enim nomini causa, *l. 3. de pet. her. inf.* ex quo etiam probari potest esse edendum actionis nomen, nam ait, *si titulus quæstionis*, .i. *actionis nomen*, si, inquit, *actionis titulus habuisset causam inofficiosi testamenti:* titulus ergo actionis habet causam, & loquitur de petit. hered. quæ est multiplex: nam est alia petitio hereditatis de inoff. testam. alia de rupto testamento, alia de irrito, alia ab intestato, sed nomen ipsum, titulusque quæstionis edendus est, titulus id est, nomen, ut *l. 3. inf. ad Maced. l. tutor 69. de fidejuss.* titulus ergo .i. nomen, petitio hered. causam habet in se aliquam, vel falsi testam. vel inofficiosi, vel legitimæ successionis: unde eos valde miror, qui causam actionis edi volunt omnimodo, nomen non edi volunt, vix enim est, ut causam edas actionis, quin & nomen edas, si non vocabulo uno, saltem circumscriptione & ambitu verborum, qui vice nominis fungitur: nihil interest dicas te acturum ex stipulatu simpliciter, an te petiturum decem, quæ tibi stipulanti promissa sunt, & in actionibus in rem nihil interest dicas te eam rem vindicaturum, an te ejus rei dominum esse, & idcirco te eam rem petiturum: utroque genere editur & nomen, & causa actionis cum dicis te esse dominum, & dicis te agere in rem actione: & contra causa actionis in rem, est dominium solum: nec verum est, quod dicunt possessionem esse causam actionis in rem, quoniam non datur, nisi adversus possidentem; & non potest esse actio in rem sine possessione adversarii, sed est falsa collectio: in rem actio non est sine possessione adversarii, ergo possessio est causa actionis in rem: sicuti & vitiose ita colligas, non potest esse filius sine patre, ergo filius est causa patris, sed tamen & possessionem causam esse actionis in rem, comprobari potest ex *l. non alias*, §. *ult. de judic.* In qua dicitur, in rem actionem nasci ex præsenti possessione, sed hoc omne ita breviter expedies, si rem diligentius spectes: dominium esse vindicationis causam κατὰ περιγραφὴν, possessionem esse causam actionis in rem κατὰ πλάτος .i. dominium cum possessione, ut Philosophi dicunt, virtutem solam beatum facere κατὰ περιγραφὴν, virtutem cum divitiis κατὰ πλάτος, & ita nonnisi κατὰ πλάτος, dixeris, possessionem causam esse vindicationis: nam rem circumscribere si magis libuerit, certe dominium est sola vindicationis causa: quapropter plerisque nitidior videtur scriptura ea, quæ notatur ab Accur. *ad l. 1. de alien. jud. mut. cau. fa. infra*, in qua sunt hæc verba, *cum in rem actionem possessio pariat adversario*, & inde etiam statuunt hoc modo, *in rem actionem possessio parit:* quod est falsum, possessio non parit actionem in rem nisi κατὰ πλάτος, sed dominium, ideoque rectior est alia lectio, quæ adducitur ab Accur. *cum in rem actori possessio pariat adversarium:* nam & adversarius proprie cum quo agitur: quoniam in rem actori possessio parit adversarium: quoniam si non possideat, aut ab eo inutiliter res vindicabitur, aut statim absolvetur, *l. ult. de rei vindic.* Sed persequamur cetera. *Edita*, inquit, *actio speciem futuræ litis demonstrat:* hoc jam dixi statim esse aptandum ad finem *l. 1. inf. de lit. contest.* quæ proponit multum interesse inter litis contestationem, &

A editionem actionis: & partem tamen expedit unam de litis contestatione, litis contestationem scilicet constituere tum primum litem, & facere, quæ non fuerat ante. Sed pars altera restat, editionem actionis demonstrare speciem futuræ litis: non igitur esse litem adjicit hanc actionem, postquam edita est, emendari & mutari posse: mutatur actio, cum nomen mutatur, ut cum pro actione ex stipulatu reponitur actio ex testamento, emendatur actio, cum retento eodem nomine, pars aliqua corrigitur, ut cum pro Sticho, qui petitus est actione ex stipulatu, petitur Pamphilus, non enim mutatur actio, sed emendatur, qua de causa cum actio edita emendatur, vel mutatur, opus est editione nova i. emendationem novam insinuari adversario oportet: exemplo igitur prioris editionis cum & hæc priori B substituatur. Sicut igitur prior editio litis contestationem præcedit: ita & hæc posterior. Igitur non debet mutari, aut emendari actio, nisi ante litis contestationem, non post, & hoc etiam conjuncta *l. 1. de lit. contest.* significare videtur, quæ ideo ponit differentiam inter litis contestationem & editionem: litis contestationem rem in judicium deducere non editionem, ut intelligatur actionem emendari, vel mutari posse ante judicium acceptum, non post judicium .i. post litem contestatam, sed tunc est sera mutatio: & sane eodem edicto, id est, edicto de edendo, quo Prætor jussit actorem reo edere actionem, videtur ei permisisse editæ actionis mutationem, vel emendationem usque ad litem contestatam, ac si omne tempus liberum esset actori ad mutandam, vel emandandam actionem suam C sicut est liberum reo ad deliberandum, cedere, an contendere debeat, usque ad litem contestatam, idque puto significari his verbis, prout edicti perpetui &c. edicti scilicet ejus, quod interpretor, id est, quod postulat edi actionem reo ante litem contestatam, & quod adjeci, licere actori mutare, vel emendare actionem interim ante litis contestationem, & similiter in causis criminalibus constat inscriptionem recte mutari & emendari ante litis contestationem, *l. accusaturus, ad leg. Jul. de adult.* qui accusaturus est adulterii, si circa inscriptionem erraverit, & tempora largiantur, licebit ei emendare, ne causa criminis aboleatur. Loquitur ergo de accusaturo, non de eo, qui accusavit, atque ita emendationem subscriptionis permittit, ante litis contestationem, non post. In summa, vult accusaturum, qui subscripsit D in crimen, & nondum litem contestatus est, posse subscriptionem emendare intra tempora legitima .i. intra 60. dies, vel quatuor menses, ut auctores βασιλικῶν scribunt: quoniam hæc sunt legitima tempora instituendæ accusationis adversus adulterum: dantur primi dies 60. vel potius reservantur patri, vel marito: quoniam intra dies 60. ii præferuntur omnibus extraneis, si velint accusare sine metu calumniæ ex suspicione sola post 60. dies: intra quatuor menses admittitur quilibet extraneus, & aliquando præfertur marito, aut patri, sed non sine subscriptione. Igitur adulterii crimen accusari debet intra 60. dies, vel menses quatuor, & ad summam intra sex menses, & intra ea tempora licet accusaturo inscriptionem emendare: ergo ante litis contestationem, non post, sed tamen affirma-E mus nonnunquam Prætorem ex causa permittere emendationem, aut mutationem actionis post litem contestatam: & hoc puto in hac eadem l. significari his verbis, *vel jus reddentis decernit æquitas:* nam omnino est legendum decernet, non decernit, ex auctoritate edicti mutari, & emendari potest actio ante litem contestatam: ex æquitate autem jus dicentis emendabitur, & mutabitur, etiam post litem contestatam; & ita proditum est in §. *si quis aliud*, *Inst. de action.* quidam intendit aliud pro alio, veluti ex stipulatu agit pro actione ex testamento, vel petit Stichum cum debuisset petere Pamphilum: ait eum non periclitari si errans hoc fecerit, & jus hoc ponitur in cognitione judicantis, ut si justo errore ductus sit, ei opituletur etiam post litem con-

testa-

testa. permittatque actionem mutare, vel emendare: ut inquam permittat corrigere cognita veritate in eodem judicio: ergo post litem contestatam: nam judicium non est ante litem contestatam, & Joannis interpretatio ad illa verba *in eodem judicio* dissentanea est valde, quoniam interpretatur in eodem judicio, id est, apud eundem judicem. Sed nova instantia .i. retroactis omnibus judicii solemnibus, quinimo in eodem judicio, quid sit declarat *l. 4. §. ult. de nox. act.* quæ est de emendatione & mutatione actionis in alio loco, aut in eodem judicio, in alio, dum prius judicium agitatur, ergo in eodem judicio non desideramus, ut omnia retroagantur: sed ut peragant, quæ cœperunt suo marte, & interim liceat actori erranti emendari actionem: quæ tamen Joannis opinio recepta est a Canonistis in *cap. examinata, de judic.* & non moveor *Nov. de exhib. reis*, quæ dicit eum, qui actionem inchoavit, ad finem exequi debere: sic sane, si modo errore deceptus non fuerit: nec enim, quia in proponenda erravit, in ea perseverare cogitur, sed ei opem feret Prætor. Minus moveor *l. de qua re, ff. de judic. de qua re cognoverit judex, de eadem pronunciare debere:* ceterum non est alia res, etiam si mutetur actio, *l. 6. de exc. rei jud.* quæ definit liquido agi de eadem re, si ejusdem rei nomine agatur, licet mutetur actio: ut si egero actione mandati, deinde mutata actione egero negotiorum gest. ejusdem rei nomine de eadem re agere videor, & ideo post sententiam obstat exceptio rei judicatæ, non ante, nec idcirco dicetur judex de alia cognovisse, de alia pronunciasse: nihil etiam moveor *l. non potest, de judic.* quæ dicit non posse videri deductum in judicium, quod accidit post judicium acceptum, & ideo nova instantia opus esse: hoc fateor, quia alia est res, quæ accidit post litem contestatam, & sumendum est exemplum ad *d. l. non potest ex l. Antæus, in fi. de aq. & aq. pl. ar.* si egero aquæ pluviæ arcendæ de opere præterito, & post litem contestatam aliud opus fiat, de hoc opere novo necesse erit aliam actionem institui, quoniam alia res est separata ab hoc judicio: sed quoniam non est alia res, sed perseverat in eadem re petenda, non est mutatio rei, etiamsi mutetur actio, & idem significat *d. l. 4. de nox. act.* certum est si servus noxam nocuerit, in scientem dominum, nec prohibentem, competere actionem in solidum, in ignorantem dari noxalem: quia non condemnatur in solidum, si velit servum noxæ dedere. At finge: quidam egit in dominum, quasi in scientem in solidum, an ei licebit pendente judicio pœnitere, quod arguerit scientiam domini, & transire ad noxalem actionem? sic sane: & e contrario, si egerit noxali, licebit ei pendente judicio arguere scientiam domini & agere in solidum, & hoc omne fiet arbitrio judicis quinimo etiam post sententiam nonnunquam succurritur errantibus actionem quodammodo mutantibus: nam proprie post sententiam, non mutatur actio, sed tamen qui erravit in instituenda actione, atque adeo victus est sententia judicis, interdum post sententiam admittitur, ut priorem actionem mutet, quam errore ductus instituerat, *l. 3. §. ul. quod cum eo*: egit quidam in dominum de peculio, cum posset agere quod jussu, erravit hic vehementer, lapsus est, cum posset agere in solidum quod jussu, & idcirco de peculio condemnavit tantum: sane post sententiam in ea est causa, ut non possit agere quod jussu, verum quia deceptus erravit in eligenda actione, ideo ei succurritur, & ita in *l. habebat, de instit. act.* erat quidam servus institor mercis oleariæ, & præterea erat præpositus pecuniis mutuo dandis & vicissim accipiendis: quidam huic servo pecuniam credidit putans servum accipere ad merces olearias: ceterum servus non accipiebat ad merces: egit adversus dominum actione institoria, quod pecuniam servo credidisset ad merces, sed non potuit probare servum accepisse ad merces, & ideo superatus est, & consumpsit actionem creditæ pecuniæ, nam non erit ei integrum agere post sententiam actione si certum peta-

A tur, quia & si mutetur actio, de eadem re agit: & ideo obstat exceptio rei judicatæ: verum Julianus existimabat, ei qui ita lapsus esset succurrendum esse: Ergo quod ait hoc loco, vel jus dicentis decrevit æquitas .i. ut ubicumque jus dicentem moverit æquitas, liceat ei permittere, vel emendationem, vel mutationem actionis non tantum ante sententiam, sed etiam post sententiam, & multo magis post litem contestatam.

Ad L.IV. & seqq. Qui accusare volunt, *probationes habere debent, cum neque juris, neque æquitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat: actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstiterit, obtinebit. PP. V. Id Mart. duobus Aspris Conss.*

B

IN hac *l. 4.* idem proponitur, quod in *l. 1.* ut reus non cogatur actori edere rationes suas, quibus scilicet actor probet & instruat intentionem suam, hoc neque juris, neque æquitatis rationem permittere: quapropter nulla eo nomine competit actio: nonnunquam tamen officio judicis ex justa causa compellitur reus actori edere rationes suas domesticas & privatas, *d. l. 1.* & adjicitur hoc loco. *Actore enim non probante*, &c. *etiam si nihil præstiterit*, inquit .i. etiamsi nihil probaverit, quæ generalis sententia locum habet non tantum in causis civilibus, sed etiam in criminalibus: & non tantum in actionibus in personam, sed etiam in rem; quanquam olim fuerit Constit. quædam, quæ non probante actore exigebat a reo unde possideret, quod
C hodie sublatum est, actore enim non probante absolvitur possessor, etiamsi non edat istrumentum auctoritatis .i. titulum, *l. cogi, C. de pet. her.* Igitur hæc sententia pertinet ad omnes actiones & lites, tam criminales, quam civiles, cum & initio l. loquatur de accusatore: sed tamen Accur. excipit casum *l. ubi, infra ad leg. Cor. de fal.* in qua existimat deficiente actore probationibus, vel etiam simul ab actore & reo probationes exigi, quod tamen non est proditum in ea l. sed ejus l. hæc est sententia: in quæstione falsi, accusatori probandi necessitatem totam non imponi: an ex eo recte colligitur, etiam imponi reo? minime: sed hoc significatur, non totum onus probandi incumbere accusatori, sed etiam ipsum judicem indagare veritatem argumentis, conjecturis, & aliis vestigiis veritatis:
D ergo hoc significat, partes non tantum accusatoris esse, ut eruat verum, ut falsum esse instrumentum edoceat, sed etiam judicis, ceterum reo nullum injungitur onus probandi. Igitur & in quæstione falsi reus absolvetur actore non probante, etiamsi reus innocentiam suam judici non approbaverit: at forsitan videtur ab eodem Accur. recte excipi casus *l. fallaciter, in fi. de abolit. inf.* quæ l. docet aperte, in gravioribus criminibus, puta majestatis, desertæ militæ, peculatus, non tantum accusatorem ea quæ detulit probare debere, sed etiam reum ea, quæ negat debere purgare: ergo præstat, facit reus ut absolvatur, alioquin non absolvetur, etiamsi reus deficiatur probationibus: ex parte enim accusatoris exigitur probatio, ex parte rei purgatio; sed purgationis verbum eo in loco satis demonstrat, id ita ad-
E mittendum esse in dubiis tantum quæstionibus: cum reus suspicionibus perstringitur, has suspiciones debet purgare, & removere a se, non secus quam in causis civilibus si sunt dubiæ, si quæ judicem moveant conjecturæ actore non probante, non continuo absolvet reum, sed deferet jusjurandum reo, vel actori, *l. 3. C. de reb. cred. l. admonendi, de jurejur. & Nov. 124.* Igitur in causis tam civilibus, quam criminalibus si dubiæ sint, ut omnem judex animi sui eximat scrupulum, actore non probante, non continuo absolvet reum, sed desiderabit, ut reus expurget se jurejurando: hoc quia dubiæ sunt causæ, & ut satisfiat animo judicis non properantis ad absolutionem. Definitioni autem hujus *l. 4.* statim opponitur *l. 5.* Et opposuisse quosdam significat

ficat

ficat *l. ult.* quæ cum 4. non pugnare docet, sed qui opponunt hanc illi sic argumentantur: jus debet esse æquabile inter actorem & reum: non est æquabile si quemadmodum actor cogitur edere rationes suas, non cogatur etiam reus actori suas exhibere, *l. 3. mand. iniquum est*, inquit, *non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi vero si velit mecum esse*: & *l. si vina, de per. & com. rei vend. iniquum est, non cogi emptorem rem venditam accipere, & non licere venditori alii eam vendere*: inde enim nascitur inæqualitas, quæ plerunque est juri & æquitati contraria: proinde hæc ratio æquitatis exigere videtur, ut sicut actor edit rationes suas reo, sic etiam actori reus edat, & est species *l. 6.* hujusmodi: Quidam creditor privatus petit pecuniam ex chiroghapho actione si certum petatur de chirographis: reus, qui convenitur ex chiroghapho dicit, se eam pecuniam solvisse, sed non accepisse apocham, vel etiam se acceptam apocham casu majore amisisse, & postulat edi sibi rationes actoris, quibus dicit eam pecuniam acceptolatam: actor non vult proferre rationes suas fretus *l. 4.* quæ non vult ex instrumentis adversarii certamen iniri. Veruntamen Imp. rescribit, *non est novum* .i. ordinarium est, *eum, a quo petitur pecunia, &c. ut fides, &c.* i. ut probet ex rationibus actoris se solvisse, vel exceptionem doli mali, *l. ult. hoc tit.* vulgo legitur, *ut fides veri constare possit*: sed recte omisit Haloander, omiserunt & Basilica dictionem *veri*, fides inquam, solutionis, vel exceptionis, atque ita recte desiderat reus sibi exhiberi rationes actoris, quibus probet exceptionem suam, quoniam apocham amisit, & quia hæc *l. 5.* loquitur tantum de privatis creditoribus, de rationibus privatorum, addubitari poterat, an idem obtineret in rationibus publicis, quod est in l. *6.* & oportet explicare rationes publicas, rationes fiscales, vel Reipub. Igitur si agat fiscus adversus aliquem, quasi debitorem suum, vel etiam agat Resp. & is, cum quo agitur dicat se solvisse, solutionis probandæ causa desiderabit recte edi sibi rationes publicas, quibus dicit pecuniam sibi accepto latam, atque ita definitur *l. 4. inf. de fi. inst. l. 2. de discuss. lib. 10. & eo. lib. de conv. fis. deb. l. 2.* quibus locis ostenditur, eum, qui intulit annonas, vel tributa fisco debita, & accepit apocham, illa amissa, posse fidem delationis comprobare ex archiis publicis, atque ideo posse fiscum compellere, ut eas rationes exhibeat. Sic igitur actor, sive sit privatus, sive fiscus, sive actor civitatis desideranti reo rationes suas privatas, vel publicas exhiberi, edere compelletur, & animadvertendum est edi rationes istas reo post litem contestatam: cum tamen nos sæpe dixerimus, edi ab actore reo ex edicto primo, ante litem contestatam, sed facili distinctione hoc omne explicabitur: ante litis contestationem ex edicto primo, actor edit reo instrumenta litis, quibus scilicet fundatur & constituitur intentio actoris. Post litem autem contestatam edit reo actor rationes, vel instrumenta, quibus possit probare defensionem suam: sed unde hæc inæqualitas, diversitas & differentia, ut cogatur actor edere reo actiones, non contra? hoc explicat *l. ult.* quæ dicit tam ea, quæ continentur in *l. 4.* quam ea, quæ proponuntur in *l. 5.* & *6.* rationibus juris congruere, & quæ a Divo Antonino patre meo, *l. 4.* & quæ a me rescripta sunt *l. 5.* & *6.* & sententia *l. ult.* hæc est, non posse constitui hac in re æqualitatem inter reum & actorem, quanquam constitui debeat, quantum fieri potest sæpius, *l. ult. de fruct. & lit. exp. infra*: sed hic id ratio non patitur: æquum enim non est, ut edat reus actori instrumenta, quibus fundet intentionem suam, quod debeat intentionis origo proficisci ab ipso actore, qui sine jure aliquo, nunquam accedere debet ad judicem, cum in ejus sit potestate, quando suo jure utatur, *l. pure, §. ult. de doli exc.* at contra subveniendum est reo, qui sæpe improviso opprimitur, ut liceat etiam reo desiderare

A editionem rationum actoris, ut ex eis liqueat fides petitionis, vel exceptionis oppositæ a reo. Denique hac in causa æquitas postulat, ut sit favorabilior reus, quam actor, & ad hanc rem non potest adferri exemplum commodius: posset & id aliis exemplis demonstrari, ut ecce, actor non utitur pluribus actionibus, reus utitur pluribus defensionibus, etiam diversis, *l. 43. de reg. jur.* & accusator absens damnatur, reus absens non damnatur, *l. absentem, de pœn.* & olim duæ dabantur accusatori horæ, reo tres, ut Dio scribit *39. & ex l. ult. de feriis*, accusatori dantur duæ dilationes, reo tres, sic natura quodammodo exigit, ut propensiores simus in reos, quam in actores, & ob id non esse ab uno ad alterum argumentandum, præsertim in editionibus, *l. ult.* atque ita sicut actor cogitur edere domesticas rationes, non cogitur etiam reus. Et non cogitur
B etiam eas edere, quibus actor fundet suam replicationem: nec enim probem interpretum sententiam, qui volunt quidem, ne reus edat actori id, quo actor fundet intentionem suam, sed replicationem, quod est dissentaneum: nam si illud non cogitur, nec hoc cogi debet, nam replicatio ad invicem actionis, nec vero id ulla l. probari potest, quinimo generaliter statuendum est, nihil compelli reum edere, quo juvetur actor, contra tamen compelli actorem edere id omne, quo juvetur reus, in quem sumus propensiori animo. Inde vero existit quæstio, an sicut reus non cogitur edere rationes adversus seipsum, an saltem cogatur aliquis ea instrumenta, easve rationes, quas ipse confecit edere adversus alium: ut finge, lis est inter Titium & Cajum,
C an desideranti Titio coget edere instrumenta, quæ habeo adversus Cajum? Justiniani Const. deest, quæ hoc definiebat, quæ desideratur *in tit. de fid. instrum.* Desiderantur in eo tit. duæ Const. Græca una est de his qui chirographi subscriptionem, aut cujusvis instrumenti falso suam non esse mentiuntur: de ea nihil dicam, quoniam non est hujus loci. Altera Const. est de edendis rationibus adversus alium, & fit etiam mentio ejus Const. Justinia. ab eodem Justinia. in edicto nono. Constituitur autem a Justinia. primum ut cogatur quisque edere instrumenta, quæ habet adversus alium, si modo ipse non lædatur, si ea editio nihil detrimenti allatura sit: nam si juraverit, se non posse edere instrumenta, quæ habet adversus tertium sine damno rei suæ, excusabitur si & hic quoque juraverit,
D se neque metu, neque gratia, neque sordibus inhiberi, quo minus ea instrumenta edat, hoc omne si juraverit & ad rem suam maxime pertinere, ne quis ea inspiciat, excusabitur. Ceteroquin compelletur ea omnimodo edere adversus tertium, & si non ediderit, nec juraverit, dabitur actio in factum in id quod interest, exemplo argentarii, qui dolo malo non edit: nam valde iniquum est, ut non edat, quod alii est utile, sibi nociturum non est, *l. 2. §. item Varus, de aq. & aq. pl. arc.* quo loco datur mihi utilis actio, vel interdictum adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, *quia*, inquit, *qui factus mihi potest prodesse, & illi non est nociturus, hoc æquitas suggerit*. Recte igitur desiderabo, ut edas instrumenta tua, quæ tibi nihil nocitura sunt, mihi profutura, & si non edas, nec jures, erit in te actio
E in factum in id quod interest, quia si quilibet invitus cogitur adversus alium testimonium dicere, qua etiam ratione utitur Justinia. cur etiam inviti instrumenta sua adversus alios non proferant? Sed merito etiam excipit eos, contra quos inviti testimonium non dicimus, ut cognatos & adfines ex lege Julia, *l. 4. de testib.* sic etiam adversus eos inviti non proferemus instrumenta nostra, sed neque etiam adversus fiscum: nam hoc fisco datur, ut nemo proferat instrumenta, quæ habet adversus fiscum, *l. in fraudem, §. neque, de ju. fis.* at adversus alios, quilibet cogitur instumenta, quæ habeat, edere, sed fiet ea productio instrumentorum sumptibus petentis, ut ea-

eadem Conſtitut. Juſtinian. declarat, quod etiam introduxit ad exemplum teſtium: nam producuntur teſtes ſumptibus ejus qui producit, *l.* 3. §. *Gabinio, de teſtib. l.* 10. *inf. eo tit.* & fiet, ut etiam adjicitur in ea Conſtitut. editio ſemel tantum, id eſt, quæ inſtrumenta habeo cogar ſemel tantum edere adverſus alium jure ipſo, ſed cauſa cognita, & Prætore decernente etiam ſæpius cogor edere, ut ſi quod primum edidi peregre habeat is, cui edidi, vel minus plene edidi, vel ſi is, cui edidi ea exempla, quæ emiſi caſu majore amiſerit: ex cauſa igitur a me ſemel atque iterum editio poſtulabitur, exemplo argentarii, a quo jure ſemel tantum ratio editur ex edicto ſecundo, ſed cauſa cognita, exigitur etiam ſæpius editio, *l. ſi quis ex argentariis*, §. *pen.* & *l. ſeq. de eden.* ita ergo inſtrumenta mea propria, quæ non cogor edere adverſus me ipſum, cogor edere adverſus alium: excipitur fiſcus, excipiuntur hæ perſonæ, in quas invitus teſtimonium dicere non cogor, & inde liquet ſi propria mea inſtrumenta cogor edere adverſus tertium, cogor etiam edere ea, quæ mihi ſunt cum tertio communia, ut ſi ſit commune inſtrumentum inter me & Titium, & Titio ſit lis cum Cajo, poſtulanti Titio cogor edere inſtrumentum commune adverſus Cajum, quandoquidem proprium cogor edere, & de communi inſtrumento loquitur *l. pen. hujus tit.* & de communi adjicitur in *l.* 6. ut etiam nonnunquam ad fidem faciendam judici compellatur quis authenticum mihi exhibere, & ponit ſpeciem in fiſco: erat mihi cum fiſco commune inſtrumentum ex cauſa negotiationis, ſive communionis cujuſdam: recte deſidero a procuratore privatæ rationis, id eſt, Cæſaris, qui eſt judex rerum fiſcalium, quod mihi commune eſt cum fiſco inſtrumentum edi mihi adverſus alium, quinimo ad fidem faciendam judici, apud quem litigo cum alio, deſiderabo a procuratore fiſci mihi exhiberi authenticum, quoniam judici edenda authentica, *l.* 2. *de fid. inſtr.* adverſario edimus inſtrumenta, ſed judici authentica, *ἰδιόγραφα*: nam exempla fidem non faciunt: qua de cauſa ſi mihi ſit lis cum alio, non tecum, a te tamen recte deſiderabo mihi edi non tantum inſtrumenta, quæ mihi ſunt tecum communia, ſed etiam propria, & non tantum exempla, ſed etiam ſi res exigat, ipſa authentica, & ad hæc confeſtim adjicitur, ex *Nov.* 119. *ut ſponſal. largit.* §. 1. *de edit. inſtrument.* aliud quiddam, ut ſcilicet ſi in inſtrumento aliquo fiat commemoratio alterius chirographi, ut ea commemoratio nec vim obligationis, neque petitionis habeat. Id accidit ſæpe, ut fiat commemoratio in uno chirographo alterius chirographi, hæc commemoratio nullam vim habet: nam ex ea non fundabit reus exceptionem ſuam, nec fidem judici faciet, niſi edatur ipſum chirographum, cujus commemoratio fit. Igitur viſum eſt Irnerio, qui dicitur ex Novellis portiones aliquas aſperſiſſe Codici Juſtinianeo, ex dicta Nov. 119. huic legi penult. hoc eſſe appingendum, editionem etiam ejus inſtrumenti neceſſariam eſſe, cujus fit mentio in alio inſtrumento, quod eſt etiam proditum *l. ult. de probat.* & nihil ei Conſtitut. obſtat quod objicit Accurſ. ex Novel. 127. *ut fratrum filii*, §. 1. qua tamen pleriſque videtur convelli iſta Conſtitut. ut commemoratio illa nullum habeat effectum: agitur enim in Nov. 127. de inſtrumento donationis propter nuptias, quod mulier inſinuavit apud acta; finge illud periiſſe caſu majore, an ex commemoratione ejus inſtrumenti facti apud acta publica ſumetur fides? ita videtur: videtur ergo commemorationi fides haberi: quin imo vitioſa eſt collectio, nec enim inde recte colligitur fidem haberi commemorationi, ſed actis publicis: ea vero ſunt acta publica, quæ ſunt inſinuata in urbe apud magiſtrum cenſus, & in provinciis apud magiſtratus municipales, vel defenſores plebis, *l. in hac ſacratiſſima, inf. de donat.* nec idem ſunt acta forenſia, quæ non ſunt publica, niſi inſinuaveris apud Duumviros: nunc cum mulier inſtrumentum donationis inſinuat, transfert inſtrumentum illud in acta publica, & ea acta fidem præſtant, ſi perierit inſtrumentum donationis, ſicut teſtamentum, ſi perierit, fides teſtamenti manet, ſi modo ſit inſinuatum apud acta publica, *l.* 2. *Cod. de teſtam.* Inde igitur colligamus, actis publicis fidem haberi, non commemorationibus actis publicis relatis.

Ad Tit. II. DE IN JUS VOCANDO.

POſt titul. de edendo, datur titul. *de in jus vocan.* nam & hodie editioni conjuncta; contingenſque eſt in jus vocatio, & editionem actionis non multo poſt ſequebatur in jus vocatio: qua de cauſa, ut hoc libro primum de editione agitur, quam de in jus vocatione: ita etiam libris ad edictum Ulpian. & Paulus de editione tractarunt, priuſquam de in jus vocando: edebatur enim prius actio adverſario, qua perpenſa & cognita, tum vocabatur in jus, id eſt, ire jubebatur, ſive ambulare in jus. Eſt autem proprie in jus vocare, ad Prætorem vocare, vel ad eum, qui juriſdictioni præſit, *l.* 2. *ſi quis in jus voc. non ier.* eodem ſenſu dicimus in judicium vocare, *l.* 1. §. *ult. l. tutor pro pupillo, de admin. tut. l.* 3. *de eo, per quem fact. er. l.* 2. §. *Prætor, qui ſatiſd. cog.* & cautio judicio ſiſti nihil aliud eſt, quam cautio ad Prætoris ſellam ſiſti, *l.* 1. *ſi quis in jus voca.* nam & Prætor ipſe judex eſt. Livius libro 3. Prætorem judicem appellare moris fuiſſe: porro qui vocabatur in jus ſequebatur vocantem, & quidem ſtatim ex duodecim tabulis *ſi in jus vocat, atque eat*, id eſt, ſtatim: hodie datur deliberandi tempus, quoniam vocationi in jus commiſcetur editio actionis: ſed prius olim edebatur actio, dabaturque deliberandi tempus, deinde vocabatur in jus, ac confeſtim ſequi compellebatur; cognoverat enim actionem, quæ jam prius edita fuerat, & ſi forte nolebat ſequi vocantem, manu injecta duci, trahi, rapi in jus potuit: inde illa in duodecim tabul. *manus injectio eſto, in jus ducito*; & alio loco: *ſi calvitur, pedemve ſtruit*, id eſt, *ſi qui vocatus eſt fruſtretur, pedemve ſtruit*, id eſt, ſi fugiat, *manum endo jacito*, id eſt, manum injicito: id vero ita procedit, ut qui in jus vocatus non ſequitur, invitus ducatur & rapiatur, niſi vadimonium promittat, id eſt, niſi ſatiſdet judicio ſiſti, quod demonſtrat tit. *D. in jus vocat. ut eant, vel ſatiſd.* id eſt, in jus vocati, ut eant mox, & ſi fruſtrentur, ut ducantur inviti, vel ſatiſdent: nam qui ſatiſdat, non ſequitur, nec ducitur invitus, *l.* 5. §. *ult. qui ſatiſd. cog.* promittit autem ſiſti in diem, locumque certum: ſed & ſi dies non ſit adjecta, valet ſtipulatio, & videtur nihilominus concepta in diem, quoniam id agitur, ut ſiſtat ſe certo die, & cum dies non eſt adjectus, & in eum diem ſtipulari intelligitur, quo ſtipulator agere voluerit, *l. de die, qui ſatiſd. cog.* cum tamen ſi alio loco, quam in jure ſiſti ſtipuletur quis die non adjecta, imperfecta ſit ſtipulatio, *l. ita ſtipulatus, de verb. obligat.* ut ſi non ex litis cauſa, ſed ex negotii alicujus cauſa ſtipuler a te Romæ ſiſti, nulla eſt ſtipulatio, quod diem non habeat, nec ſcilicet poſſit liquere, de quo die ſenſum ſit: quod tamen liquet in ſtipulatione judicio ſiſti: nam ſic accipitur *judicio ſiſti*, quo die primum egerit ſtipulator: ſolet etiam huic cautioni judicio ſiſti adjici pœna, ni ſtatus ſit, ſed hæc pœnæ omiſſio non vitiat ſtipulationem, & videtur pœna non adjecta, nihilominus ſtipulatio eſſe pœnalis, *l. ultim. ſi quis in jus voc. l. pen. ſi quis caution.* & hoc quidem caſu ſtipulationi non eſt pœna adjecta: ſi certæ quantitatis actio fuerit, certi condictione fidejuſſor tenetur in eam quantitatem, puta centum, ſi actio fuerit in centum, *l.* 2. §. *ult.* & *l.* 3. *qui ſatiſd. cog.* Si autem fuerit actio incerti, tenetur fidejuſſor incerti ex ſtipulatu in id quod intereſt, *l. ult. ſi quis in jus voca. l.* 4. *de cuſto. reo.* quod ſi ſtipulationi

judicio

judicio ſiſti adjecta ſit certa pœna, nec ſiſtat ſe judicio promiſſor, in eam pœnam modus ſtatutus eſt, ut ſi actio fuerit in centum, deſerti vadimonii pœna non excedat ducenta, ſi actio fuerit incerti, puta de poſſeſſione, vel de crimine aliquo, ut modus pœnæ ſtatuatur arbitrio judicis, *l. 7. C. de ſent. quæ pro eo, quod inter. d. l. 4. de cuſtod. reor.* Ex quibus intelligitur ſtipulationem judicio ſiſti, vi ipſa pœnalem eſſe ſemper, licet verbis id comprehenſum non ſit, ſed cum verbis comprehenſum eſt, id quemadmodum ſit interpretandum ex his, quæ dixi liquet, & vero dicitur pœna deſertionis, *l. 5. §. ult. ſi quis cautio.* pœna ſcilicet contemptæ & deſertæ promiſſionis judicio ſiſtendi cauſa factæ, *l. 4. §. ult. qui ſatiſ. cog.* utroque loco utitur verbo deferendi, ut & in *l. ult. qui ſatiſ. cog.* hoc eſt, ut veteres loquebantur, ſi vadimonium deſeruerit, ſi ex conceſſa cauſa hoc deſeruerit: porro, ut dixi, in jus vocatus, niſi ita caveat judicio ſiſti, & ſe ſubjecerit pœnæ deſertionis, vel ſequitur invitus, vel ducitur in jus: denique aut vocatus confeſtim ducitur in jus, aut in diem certum promittit judicio ſiſti; qua ex re nos intelligemus facile quid diſtet tit. *ne quis eum, qui in jus voca.* a titulo *de eo, per quem fac. er.* tit. *ne quis eum*, coercetur is, qui facit quod minus, qui vocatus ſequebatur, vel ducebatur, in jus produceretur: hoc autem tit. *de eo, per quem fact.* coercetur is, qui fecit quo minus, qui caverat judicio ſiſti, ad diem promiſſum veniret ultro & ſua ſponte: hæc eſt principalis differentia inter hunc & illum tit. quam interpretes ignoraverunt, ex qua deſcendunt aliæ multæ: Illo tit. *ne quis eum*, coercetur vis, cum quis eum, qui in jus ducebatur ab actore, vi eripit facta, & eximit: hoc coercetur dolus, cum quis euntem ultro in jus ſecundum fidem datam judicio ſiſti moratur, detinet arte quadam, & machinatione: Illo agit is, qui vocaveverat in jus; quod fuerit ei abreptus homo, quem ducebat in jus: is, qui vocabatur non agit illo tit. quoniam ejus nihil intereſt, quod fuerit abreptus, quia nullam pœnam promiſerat ni ſiſteret ſe: denique illo edicto agit tantum is, qui vocaverit in jus, quoniam illius ſolius intereſt non fuiſſe exemptum reum: hoc autem edicto agit & reus cujus intereſt pœnam non eſſe commiſſam ex ſtipulatu judicio ſiſti, & actor ſi eo facto actionem amiſerit, ſi tempore perierit actio, *l. 1. §. ſi reus, l. 3. de eo, per quem fact. er.* illo item actor perſequitur meram pœnam, quod explicatur *l. penul. §. 1. ne quis eum*. Hoc autem perſequitur, quod intereſt: quæ ſatis conſtant ex tit. *de eo, per quem fact. &c.* Item illo tit. ſive edicto ſi plures deliquerint, ſi plures vocatum vi exemerint, ſinguli tenentur in ſolidum, nec unius ſolutio liberat alium, quia pœnæ perſecutionem edictum illud tantum continet, & æquum eſt unumquemque eam pœnam ſufferre, *l. penult. §. ult. ne quis eum*: hoc autem edicto *de eo, per quem*, ſi plures deliquerint, unius ſolutio liberat alios, quia hæc actio eſt in id quod intereſt, & ſatis eſt ſi reus, vel actor ferat id quod dicit ſua intereſſe, *l. 1. §. ſi plures de eo, per quem fact.* & poſtremo priori edicto *de eo, per quem*, locus eſt non tantum reo impedito ſiſti, ſed etiam ipſo actore impedito ſiſti, *l. 3. §. ſed & ſtipulator, & ſeq. de eo, per quem fact. er.* ſed hæ omnes differentiæ pendent ex illa, quæ caput eſt, quod edicto *ne quis*, coerceatur *is, qui facit quo minus qui vocatus ſequebatur, vel ducebatur, in jus perduceretur*, edicto autem poſteriore, *is, qui fecit quo minus qui caverat judicio ſiſti, ad diem promiſſum veniret ultro & ſua ſponte*. Neutro autem edicto coercetur is, qui vocatum ad judicem pedaneum, ſive ad judicem datum, nihil enim intereſt, vel exemit, vel impedivit: neutrum edictum vim habet ſi quis vocatum ad judicem pedaneum vi eximerit: is neque illo edicto plectitur, non certe illo, ut aperte proditum eſt in *l. 3. §. 1. ne quis eum, qui in jus*, non etiam hoc *de eo, per quem fact. er.* nam & is tit. eſt de his, qui vocati ſunt ad

A magiſtratum, & generaliter omnes tit. de in jus vocando pertinent ad eos, qui vocantur ad magiſtratum .i. eum, qui juriſdictionem habet, nihil ad eos, qui vocantur ad judicem pedaneum, quia cognitionem tantum habent; non tribunal. Ergo in jus vocare eſt ad tribunal vocare, ad magiſtratum vocare, ſed addatur, juris ſcilicet experiundi cauſa, *l. 1. de in jus voc.* .i. ad decertandum de jure ſuo, & quaſi provocat in jure manu conſertum, ut ſcilicet res diſceptetur cominus, & utraque parte præſente: nec enim de jure meo experior ſolus: quapropter qui libellum forte dat magiſtratui adverſus aliquem, nondum vocat eum in jus, *l. 15. de jus voc.* quia non provocat libello dato magiſtratui adverſarium ſuum ad certamen, ut cum eo conſiſtat, quaſi pede collato, & ut

B pes pede prematur: ergo qui libellum tantum magiſtratui dedit, nondum vocat in jus, & conſequenter qui ſæpe interpellat magiſtratum juris ſui defendendi cauſa, non vocat adverſarium in jus: qui ut ſe defendat vocatus ſemel interpellat judicem, non vocat in jus, *l. 14. de in jus voc.* Edicto autem eo, quod proponitur ſub tit. *de in jus voc.* patronis, & parentibus utriuſque ſexus, item patronorum parentibus Prætor duo beneficia concedit: unum eſt, ut non vocentur illæ perſonæ in jus, ac proinde ut non ducantur in jus, non trahantur ſine permiſſu Prætoris, ſine cauſæ cognitione, *l. 4. de in jus voc.* Alterum eſt beneficium, ut ſi vocatæ hæ perſonæ permiſſu Prætoris non ducantur, ſi paratæ ſint cavere judicio ſiſti, ſcilicet ab eis qualiſcunque fidejuſſor accipiatur .i. etiam non

C locuples: alias qui non dat locupletem fidejuſſorem, non cavet judicio ſiſti, & poteſt trahi in jus: at qualemcumque dederit parens patronuſve filio, vel liberto, in jus vocati non trahentur: videtur enim ab his perſonis cautum qualicunque fidejuſſore dato, *l. 1. & 2. in jus voc. ut ea. l. 2. §. prætor, qui ſatiſd. cog.* Et hoc poſterius beneficium datur etiam liberis noſtris, & uxori, & nurui, ut ab eis accipiamus qualemcumque fidejuſſorem judicio ſiſti: prius tamen beneficium non datur his perſonis: nam liberos noſtros, uxorem, & nurum in jus vocamus ſine venia Prætoris: liberi autem noſtri nos vocare in jus non poſſunt ſine venia Prætoris .i. niſi gratiam edicti fecerit Prætor: gratiam autem edicti facit, quo vetat vocari, dum permittit vocari. Liberi, inquam, noſtri, qui

D ſunt in noſtra poteſtate, quibus ſcilicet caſibus lis eſſe poteſt, veluti ex cauſa caſtrenſi: ſed & hi, qui non ſunt in poteſtate noſtra, veluti emancipati non poſſunt me vocare ſine venia edicti: ergo nec matrem, *l. 3. hoc tit.* nam hoc jus, ut non poſſint vocari parentes ſine Prætoris venia, non deſcendit ex jure patriæ poteſtatis, ſed ex jure naturali, & ex ea reverentia, quæ parentibus debetur, vel patronis, qui genuerunt, qui libertatem dederunt: qua de cauſa etiam in hac re ruſticitati non parcitur, hæc allegatio inutilis eſt, ſi quis alleget ſe ruſticitate patronum, aut parentem in jus ſine venia vocaſſe: nam juris naturalis ignorantia neminem excuſat, quia jus naturale hauſimus nobiſcum & arripuimus, quod eſt proditum in *l. 2. hujus tit.* & eadem ratione liberi mei emancipati, licet ſint

E in adoptiva familia .i. licet dederint ſe adrogandos exteris, me non poſſunt vocare in jus ſine venia: quod tamen mirum eſt: nam in aliis partibus juris liberi mei, qui exierint a familia per adoptionem, liberorum loco non ſunt, *l. 5. §. in eo, ad Syllan. l. 2. §. ſed ſi quis deceſſiſſet, ad Tertull. l. non putavit, §. ſi quis emancipatum, de bonor. poſſeſſ. cont. tab.* quibus locis oſtenditur in SC. Tertull. & SC. Syllan. & in edicto Prætoris de bonorum poſſeſſ. cont. tabul. eos non eſſe liberorum numero .i. in jure civili. Ceterum cum diſputatur de jure naturali .i. de reverentia, ſunt hi liberorum numero: nam e contrario liberi mei debent mihi reverentiam hanc, ne me in jus vocent, etſi per adrogationem tranſeant in alienam familiam, *l. 8. §. 1. de in*

jus voc. l. 2. §. prætor, qui ſatiſd. cog. & liberti quoque A liberis patroni debent eandem reverentiam, licet liberi patroni migraverint in alienam familiam per adoptionem, *l. 10. §. ſi filius, de in jus voc.* utroque autem edicto .i. tam eo, quo conceditur illud beneficium ne parentes a liberis vocentur ſine venia, quam eo, quo hoc beneficium his perſonis datur, ut ab iis accipiatur qualiſcunque fidejuſſor: utroque, inquam, edicto, ſi quis contra edictum fecerit, in eum proponitur pœnalis actio quinquaginta aureorum, *l. ſi libertus, l. pen. & ult. de in jus voc. l. 2. in jus voc. ut ea.* quæ pœna infertur parenti, vel patrono: idcirco, ut ait *l. 2. hujus tit.* non poteſt remitti reſcripto principis, quia non infertur principi: non valent autem emiſſa reſcripta in injuriam alterius, *l. nec avus, C. de emanc. lib.* ſicut nec pœna albi corrupti, quæ eſt 500. aureorum, B non 50. ut etiam in quibuſdam libris, *l. ſi quis id quod, de juriſd. omn. jud.* pœnam albi corrupti eſſe quinquaginta aureorum, male: nam rectius Florentiæ legitur, quingentorum aureorum, quæ pœna infertur in publicum, eſt enim popularis, & in ea ruſticitati parcitur, *d. l. ſi quis id quod*. Igitur actiones pœnales aliæ dantur in quingentos aureos, ut actio de ejectis & effuſis, aliæ in quinquagenos: & ita etiam auctore Feſto in aliis rebus ſacramentum .i. depoſitio pecuniæ, erat quinquaginta aureorum: in aliis quingentorum inter eos, qui in judicio contendunt. Extremum eſt, quod proponitur in *l. generaliter, D. de in jus voc.* generaliter eas perſonas, quibus reverentia præſtanda eſt non civili jure, ſed naturali, vi ipſa impellente natura in jus non vocari ſine venia, ad quam l. male apponit C exempla Accur. apponuntur ex *l. 1. & 2. hujus tit.* heres patroni etiam extraneus non poteſt a liberto vocari in jus ſine venia, quoniam licet ſit extraneus, accedit tamen propius ad vicem perſonæ defuncti: qua de cauſa ei dabatur actio ingrati, *l. 3. inf. de libert. & eor. lib.* quod tamen Novellis Juſtiniani eſt ſublatum: ſed non eſt ſublatum, ut heres patroni non poſſit vocari ſine venia; ſimiliter uxor patroni non poteſt vocari ſine venia, quam reverentiam debemus marito, eandem debemus uxori: ergo maritum patronæ dico non poſſe vocari in jus ſine venia, ut quem colit patrona, colat & libertus. Accur. tamen opinio diverſa eſt propter *l. liberti, inf. de oper. liber.* in qua dicit libertum non debere operas marito patronæ, non etiam heredi extraneo patronæ: ſed loquitur tantum de ope- D ris, non de reverentia & obſequio: & ſi illa l. porrigitur ad honorem, eadem via heredi extraneo patroni nulla erit habenda reverentia, quod tamen eſt falſum: ſed non licet argumentari ab operis ad obſequium: atque ita hac in re intervenit differentia inter heredem liberti & patroni: nam heredi patroni etiam extraneo debetur reverentia, heres liberti extraneus non debet reverentiam, *l. heres, de obſ. lib. præſt.* inter patronum etiam & libertum eſt differentia: nam patrono interveniente alieno nomine debetur reverentia, ut ſi patronus meus ſit procurator, *l. 10. §. ult. de in jus voc.* libertus agens alieno nomine non debet reverentiam, puta tutoris nomine, *l. quæſitum, de in jus voc.* Quibus puto me comprehendiſſe omnia ea, quæ pertinebant ad has *ll. 4. hujus tit.* Sed adnotan- E dum eſt in libris editis ad calcem hujus tit. deeſſe Conſtit. Græcam, quam Baſilica patefaciunt: cujus ſententia hæc eſt: ut cauſa cadat qui aliquem vocavit in jus, etiam ſi juſtam habuerit cauſam, ſi poſteaquam vocavit in jus, & dedit libellum conventionis, eundem eodem nomine in aliud judicium vocet, & præterea ut damnetur reo in id quod intereſt non deluſum fuiſſe. Et hæc eſt ſententia hujus Conſtit. quæ non debet videri dura, cum actor, qui vocavit in jus, ſi non occurrat ad condictum diem, cauſa cadat, non tamen bonis, ut docet *Nov. 112.* ſed cadit inſtantia & obſervatione illius judicii.

Ad Tit. III. DE PACTIS.

HIc quæri ſolet, quid hic tit. affine & propinquum habeat cum ſuperioribus tit. de edendo, & in jus vocando, vel cum poſterioribus de poſtulando: & reſpondendum, in ipſis plerumque initiis actionum inſtituendarum (e quibus ſunt editio actionis, & inſtrumenti litis, in jus vocatio, cautio judicio ſiſti) eos, qui inter ſe controverſantur, de re, de qua agitur, interdum paciſci & tranſigere: Itaque de pactis & tranſactionibus inter ipſa judiciorum initia convenienter tractatur: quod ſi latius explicabo, forſitan effecero, ut verum videatur. De tranſactionibus certe tractatur aptiſſime poſt tit. de in jus vocando; ea nimirum ratione, qua & de cautionibus judicio ſiſti in Digeſtis, quia ſcilicet in jus vocati non dimittuntur, niſi vel caverint judicio ſiſti, vel de re tranſegerint, *l. neque, D. de in jus voc. l. 6. §. ult. D. qui ſatiſd. cog.* qui ad judicium vocatus eſt, non eſt dimittendus, niſi quis etiam ejus perſonam defendat, id eſt, caveat judicio ſiſti, *d. l. 5. §. ult.* quæ cautio eſt perſonalis, ſive de perſona, *Nov. 53. & §. ſed hodie, Inſtit. de ſatiſdat.* Nam & ſiſtere ſignificat præſentiam perſonæ, *l. 2. §. ſi quis municipalis, D. ſi quis caution.* Ergo qui in jus vocatus eſt, non aliter dimittitur: quinimmo rapitur, ducitur, trahitur invitus, niſi vel caverit judicio ſiſti, vel de re tranſegerit; & ob id poſt *tit. de in jus voc.* tractatur recte de cautionibus judicio ſiſti, atque etiam de tranſactionibus, quæ duo remedia efficiunt, ne quis ducatur in jus, & ideo, qui caverunt judicio ſiſti, non aliter ea obligatione liberantur, quam ſi vel ad diem condictum venerint, vel ante eum diem de re tranſegerint, *l. 2. ſi quis caution.* ad quam coaptari debere *l. 2. de tranſact.* inſcriptionis ſimilitudo argumentum præbet. Et præterea non alia ratione poſt editionem actionis, vel hodie poſt vocationem in jus, petitur, daturque tempus deliberandi, olim 10. dierum, hodie 20. Nov. 53. quam ut deliberet utrum contendere, & congredi debeat, vel de re tranſigere, *Nov. 53. cap. 1.* & ob id in *l. 1. D. de eden.* Græci non male accipiunt cedere pro tranſigere, cum cedere vertant διαλύεσθαι: nam qui tranſigit de jure ſuo, cedit partem, vel totum, & ob id de edendo, & de in jus vocando tractatui, recte adjungitur is, qui eſt de cautionibus judicio ſiſti, & de tranſactionibus, cujus rei rationem conſtare arbitror apud omnes. Porro tranſactioni ineſt pactio, quaſi genus, ut genus dicimus ineſſe formæ, dat enim pactio tranſactioni nomen & definitionem: ergo genus eſt tranſactionis: quid enim eſt tranſactio? Pactum, quod fit inter duos pluresve, negotii, vel litis decidendæ cauſa, *l. 1. & 2. D. de tranſact.* & ita in oratione pro Roſcio Comœdo cum Fannius ſignificaret, ſe pendente lite tranſegiſſe, cum Roſcio ne condemnaretur. *Pactum*, inquit, *mecum fecerat ne condemnaretur*, id eſt, tranſactionem. Hæ autem pactionum ſpecies, quæ tranſactiones dicuntur, quemadmodum dixi, judiciorum primordiis incidunt ſæpe, quæ quaſi ſementem litis fieri prohibeant. Itaque de judiciorum primordiis diſputationi inſeruntur recte, ſed ſunt aliæ pactiones, quæ judiciorum primordiis incidunt nonnunquam, etiam ſi fiant, ſicut tranſactiones remittendi animo, modo non fiant tranſigendi animo: nec enim omnis remiſſio eſt tranſactio, nec omnis pactio remiſſionis eſt tranſactio: ut ſi quid pactione remittant donandi animo, donatio eſt, non tranſactio: cujus inſpectio nihil pertinet ad judicia inſtituenda, informanda, vel inchoanda: proinde duo ſunt remiſſionis genera: unum donationem dicimus, alterum tranſactionem, *l. cum donationis, tit. ſeq.* Si remiſero ſciens actionem tutelæ, fruſtra inquit, queror de dolo; cum ſcienti non inferatur dolus, ſive remiſero

dona-

donationis, sive transactionis causa, quo dicto docentur duo remissionum genera, & ita *l. ex conducto*, §. *Papinianus*, *D. loc.* Si dominus colono remiserit pensionem omnis anni, ob sterilitatem illius anni, & sequentibus annis contigerit ubertas, Papinianus ait, domino remissionem nihil obesse, & eum integram pensionem petere posse ejus anni, quo remiserit, etiam si in ea remissione usus fuerit donationis verbo; quia non quibus verbis usus sit, sed quid egerit spectandum est, id est, ejus anni pensionem intermissam propter sterilitatem non donavit, etsi eo verbo usus sit; transactio est hæc potius remissio, quam donatio. Ita in *l. quidam*, *D. de donatio.* quæ ratio est satis difficilis, sed pendet ex eo omnis, quod eo jure donatio non perficiatur nudo consensu, nisi inter parentes, & liberos ex constitutione Divi Pii: sed necessaria erat traditio rerum corporalium, incorporalium mancipatio, vel cessio in jure solemnis, alias non habebatur perfecta donatio. Qua de causa si cum donare volo, in rationes meas retulero, me tibi debere centum, quæ tibi donare volebam], nulla est donatio, *l. nuda*, *eod. tit.* quia neque traditio, neque mancipatio, neque cessio intercessit, sed nuda voluntas: & existit inde quæstio in *d. l. quidam*, si quis in jure interrogatus, dixerit sibi nihil deberi, & hoc dixerit non transigendi causa, sed donandi animo, an donatio valeat; remisit obligationem cum dixit nihil sibi deberi, amisit actionem si transegit omnino, si donare voluerit, non utique: quia non perficitur donatio solo verbo, sola confessione, sed tamen quia hoc fassus est in jure, id est ad Prætoris tribunal, non poterit infirmare suam confessionem, quæ est sententia *l. quidam*. In qua possunt notari duo remissionum genera, donatio & transactio, & hæc est ratio hujus l. Eadem est *l. tutores, qui post*, §. *ab eo*, *D. de admin. tutor.* in qua notantur duo illi remissionum modi. Si is, cujus tutela gesta est, sit major 25. annis, & ideo non possit restitui in integrum; lex ait, ab eo conventione remitti posse quæstionem culpæ tutorum, quia transactio videtur, non donatio. Nam si fuerit donandi mens, nulla est donatio, quia nuda voluntate donatio non perficitur. Transactio tamen nuda voluntate perficitur: duo igitur sunt remissionum genera, donatio, & transactio. Transactio est remissio litis præsentis, vel impendentis, id est ejus, quæ cœpit jam per contestationem, vel ejus, quam veremur propter controversiam, quæ nobis fieri cœpit, vel editione actionis, vel vocatione in jus, vel quo alio modo, *l. 1. D. de transact. l. 2. inf. tit. seq.* Donatio autem vel pactio, quæ fit donandi animo hoc tit. est remissio rei certæ, non litigiosæ, non controversæ: ut si cum debitore meo, quem certum est mihi debere centum, paciscar de non petenda pecunia, cujusmodi pactum a Græcis dicitur συγχωρητικόν, quod congruit cum verbo, *remittit*, quod est in *l. 1. D. de transact.* & verbo, *permitti*, *l. Imperatores*, *D. de pact.* Ergo ut hæc quæ dixi colligam, ad judicia quidem instituenda, inchoanda, informanda pertinent pactiones, quæ fiunt transigendi animo; at pactiones, quæ fiunt donandi causa, nihil ad judicia instituenda, formanda, & inchoanda pertinent. Item pactiones aliæ, quæ non fiunt donandi causa, aut transigendi, sed vel retinendi, vel adipiscendi causa, eas, inquam, nihil attinet admiscere his, quæ ad judicia constituenda, & inchoanda pertinent: denique hæ pactiones huic tantum ordini conveniunt, quæ transactionum speciale nomen habent: sed non ideo tamen incongruum est & de genere ipso tractare prius, id est, de pactis, priusquam de transactionibus, vel uno titulo conjunctim, ut in Codice Theodosii, ut in Gregoriano, & Hermogeniano, vel duobus separatim, nihil enim refert. Pactio genus est, transactio species: a genere facilius pervenitur ad speciem. Et hoc cognito, quo ad titulorum inter se commissuram videtur sa-

A tis, inde tractemus de definitione pacti. Auctores nostri dicunt promiscue pactum & pactionem, sicut & donum & donationem, & quemadmodum donationem deducunt a dono, *l. Senatus* §. 1. *D. de mor. cau. donat.* posis similiter & pactionem a pacto, & contra, sicut in *l. 1. D. de pact.* pactum deducunt a pactione, posis & donum a donatione. Sunt Jurisconsulti, & simus nos, qui eos sequimur, in originibus verborum licentiores, & quodammodo στοικώτεροι, id est, licentiam Stoicorum imitantes: & M. Tullius lib. 1. de gloria apud Festum cum scriberet, *oppidum dici, quod opem præstet*, subiicit, *ut imiter ineptias Stoicorum*. Adiicitur etiam in *d. l. 1. D. de pact.* inde quoque pacis nomen venire, id est, pacem a pactione venire, a conditionum scilicet pactione, quæ inter populos B observantur. Capito apud Festum, pactionem a pacto. Et nostri auctores utuntur promiscue his verbis pacti, pactionis, pacis, pro publica conventione. Lex *in bello*, *D. de capt. & postlim. rever.* ait: in bello esse postliminium, in pace autem his, qui bello capti sunt, id est, belli tempore, si nihil de his in pactis comprehensum sit, in qua ratione defectio est supplenda interpretatione: in pace non est postliminium, quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis, quam in pace Romani esse voluerunt; igitur qui pacis redit tempore, postliminio non redit, si nihil in pactis comprehensum est; id est, nisi conventum ut captivi restituerentur: hi enim captivi, de quibus in pactis convenit, redibunt postliminio pacis tempore: ita promiscue utitur pacti & pacis verbo. Sed verum est, pa- C ctum vel pactionem esse genus, pacem speciem; nec enim omne pactum pacem vocamus, sicut nec omnem pactionem legem dicimus: & similiter non omnem pactionem transactionem appellamus; species hæ sunt pactionis. Transactio est species pacti, quæ inter duos pluresve de re dubia, & lite incerta, neque finita componitur. Lex est species pacti, quod ex continenti adiicitur contractibus, ut lex commissoria. Pax est species pacti, quam inter se duces paciscuntur finiendi belli causa, *l. 5. D. de pact.* non omnis pactio est pax, lex, transactio. Est igitur pactum genus, sed ita tamen pactum, vel pactio est genus, ut & occupare possint speciei locum, non respectu ejusdem, sed alterius, quæ genera Philosophi dicunt ὑπάλληλα. Est etiam species pactum, est enim conventionis species. D Nam ex conventionibus aliæ sunt contractus, aliæ pactiones, *l. 1.* §. *conventionis*, *D. de pact.* quæ vocabula non sunt confundenda: nec enim contractus usquam appellantur pactiones, nec pactiones contractus: licet possint coalescere in unam conventionem: ut cum contractibus additur pactum, id enim est frequentissimum, quæ pacta, si ex continenti adiiciantur, proprie leges appellantur; Sic constituimus pactum sive pactionem esse genus, & esse speciem: genus transactionis, pacis, legis: speciem etiam conventionis, quia conventionum duo sunt genera, contractus, & pactiones, & contractus sunt conventiones, quæ propemodum nomen vel causam habent, & causam dicimus, cum intercessit datio vel factum. Pactiones autem, sunt conventiones, quæ nomine proprio, E & causa vacant, causa, id est, quibus non intercessit neque datio, neque factum; sed consensus, & conventio sola ut daretur aliquid, vel fieret: Est certa hæc definitio contractus, conventio quæ nomen proprium vel causam habet. Potest & varie pactum definiri, potest aliter, eodem tamen sensu. Pactum est conventio, quæ placiti fine stetit; id est, quæ neque stipulatione, neque traditione sumpsit effectum, neque aliud quam placiti vel pacti nomen habet, quæ usque ad pactum stetit, *l. si divisione*, *famil. ercisc.* *l. si tibi*, *inf. loc.* Vel Pactum, est conventio, quæ nudo pacti nomine stetit, nec assumpsit aliud proprium: vel pactio, est duorum consensus atque conventio, *l. pactum*, *D. de poll.* & Tullius: pactum est

quod

quod inter aliquos convenit, & Ulpianus *l. 1. D. de pact.* Pactum est duorum pluriumve in idem placitum, & consensus, sic Flor. id est, nihil nisi consensus, ut legatum donatio testamento relicta dicitur .i. non nisi testamento. Consensus ergo nudus sine nomine proprio, sine causa: & idem placitum quum obstringitur fides utriusque paciscentium; alioquin si me docente, verbi gratia, ex pacto non nasci actionem, assentiamini omnes, erit unius vel plurium in idem placitum & consensus, sed quod versabitur in veritate ipsa, non in fide aliqua, quam demus invicem: ergo non erit pactum. Pactum ergo duorum est, vel plurium in idem placitum, quod fidem etiam obstringat, consensus: nam si nomen vel aliquam causam attuleris, contractum effeceris. Hoc ergo distat conventio a pactione, quod conventio est genus, pactum species. Pactum igitur conventum, sive pactum nudum dixeris, an simpliciter pactum nihil refert. Omne pactum est nudum, & definitio pacti, definitio nudi: nudum est pacti accidens inseparabile, nec dicitur pactum nudum, ut dolus malus, quod sit quidam bonus per *διαστολὴν*: sed dicis qualitatem, quæ perpetuo inhæret pacto: nam pactum, quod lege confirmatur, ex quo nascitur actio, vel tollitur, dicitur nudum, *l. legitima*, *D. de pact.* Et ita nuda pollicitatio dotis, ex qua lex vult dari actionem, *tit. de dot. promiss. & nuda pollicitatione*, & pactum quod cohæret contractui, nudum dicitur, *l. juris gentium*, *§. quinimo*, *D. de pact.* nam cum dixisset ex pacto nudo actionem non nasci, subiicit, quinimo interdum format ipsam actionem, si adjiciatur pactum nudum ex continenti, ergo si adjiciatur pactum ex continenti, nudum pactum dices. Nec ab ea sententia distat *l. legem*, *infra hic*, nec *l. ult. infra*, *de rerum permut.* quæ quidem significare videntur, non omne pactum esse nudum, hæc est species: Quidam dedit dotem, & adjecit legem aliquam dationi dotis, ex ea pactione dabitur actio. Idem erit si permutationi rerum, quæ traditione sumat effectum, adjecerit pactionem aliquam. Atqui, inquies, ex pacto non datur actio, hoc ita procedit si sit pactum nudum, alioqui si causa intercederet, dabitur actio, specie prima, nudis verbis si proponantur illæ leges, videtur inde colligi recte, non omne pactum esse nudum, sed retractemus speciem. Dedi dotem, & legem aliquam injeci, seu pactum aliquod, an ex ea conventione dabitur actio? certe: at ex pacto non datur actio, sed illud ita obtinet, si fuerit tantum nudum, hoc est, si tantummodo pactum nudum intervenerit, sed si intervenerit contractus & pactum, ex eo dabitur actio, non quia pactum nudum est, sed quia contractus est, *l. divisionis*, *D. de pact.* divisionis placitum cum sit pactum nudum non parit actionem, nisi applicitum contractui fuerit, nec ex stipulatione, vel traditione sumpserit effectum, *l. 3. infra*, *de rer. permut.* Ergo res ita est distinguenda: aut est pactum tantummodo, & ex eo non datur actio: aut est pactum ex continenti contractui appositum, & ex eo datur actio, quia non pactum est tantum, sed & contractus, nec ideo minus est pactum nudum: nam & ea pacta, quæ ex continenti adiiciuntur, appellantur nuda, *d. §. quinimo*. Igitur pactum nudum est: eodemque modo arrarum datio, quod omiseram, contractus dicitur uno in loco, *l. contractus*, *ff. de fid. instrum. & pactum arrale*; *l. 3. ff. de actio. emp.* & ex eo pacto datur actio cum dantur arræ, & convenit, ut illis, vel illis conditionibus reddantur. Est igitur pactum contractui appositum, & pactum nudum semper: nec enim cohærentia illa mutat qualitatem pacti, & ideo quod generaliter definiunt interpretes pactum vestiri his modis, verbis, re, literis, consensu, cohærentia contractus, re interveniente, falsum est: Primum non vestitur re, verbis, consensu: nam quæ ita geruntur sunt contractus, non pacta, non vestitur etiam pactum cohærentia contractus: nam retinet appellationem pacti nudi: non etiam rei interventu, ut cum res datur certa lege: nam & retinet nomen pacti nudi. Conclusio igitur hæc sit, omne pactum esse nudum.

Ad L. I. Conditionis incertum *inter fratres non iniquis rationibus conventione finitum est. Cum igitur verbis fideicommissi petitum a patre tuo profitearis, ut si vita sine liberis decederet, hereditatem Licinio Frontoni restituerit: pactum eo tempore de sextante Licinio Frontoni dando cum liberos Philinus non sustulerat, interpositum, non idcirco potest iniquum videri, quod facta (sicut placuit) divisione diem suum, te filio ejus superstite functus est. PP. VII. Kal. Dec. Severo A. & Victorio Coss.*

QUi habebat duos filios Philinum & Licinium, ambos heredes scripsit ex æquis partibus: Licinio erant liberi, Philino non erant, & ideo soli Philino substituit verbis precariis, hoc modo, ut si sine liberis vita decederet, hereditatem, & partem suam superstiti fratri Licinio restitueret, pendebat fideicommissum ex conditione, cujus erat incertissimus eventus Philino vivo adhuc, & orbo: quapropter ne duo incerti penderent Licinius, & Philinus fratres, Philinus ne mors sua expectaretur, aut captaretur, neve spe fratris quotidie moreretur, Licinius etiam ne diutius expectaret eventum conditionis, maluit Licinius ex fideicommisso præsentem portionem accipere, sextantem videlicet, & reliquum trientem Philino remittere, quam diutius expectata conditione fideicommissi, aut nihil, aut totum auferre. Itaque convenit, ut spes omnis fideicommissi infringeretur, ut incertum conditionis adscriptæ fideicommisso finiretur, & excluderetur hac pactione, ut præsentem sextantem acciperet Licinius, & reliquum trientem remitteret Philino, nec sine placiti pactio stetit, sed divisione etiam sumpsit effectum. Licinius sextantem accepit, Philinus trientem retinuit sine onere fideicommissi. Post divisionem, Philino natus est filius Philinus, ac deinde mortuus est Philinus pater, superstite filio Philino, mortuo patre filius consulit Impp. an ea conventio, quæ intercessit inter patrem suum, & patruum valeat, sibi videri iniquam esse conventionem, quod fuerit præmature facta, & contra voluntatem testatoris, & ideo cum defecerit conditio fideicommissi se nato perinde, ac si ea conventio non intercessisset sextantem, quem non jure abstulit patruus, sibi reddi oportere. Atque ita sentit Paulus lib. 4. sentent. tit. 1. loquens de mutuo fideicommisso, *rogati*, inquit, *invicem sibi, si sine liberis decesserint, hereditatem restituere, altero decedente sine liberis, hereditas ad eum pervenit, qui supervixit, nec ex eo pacisci contra voluntatem testatoris possunt*. At Impp. rescribunt, nec iniquam conventionem illam, nec a filio postea edito convelli posse, justam conventionem esse; idemque cavetur in *l. 16. inf. hic & l. 11. inf. de transact.* de mutuo fideicommisso scilicet si sit invicem substitutus frater, fratri verbis fideicommissi si sine liberis decesserint, ut remittant invicem recte alter alteri fideicommissi persecutionem, nec nisi quid aliud sit, etiam si sint minores 25. annis cum scientes quid ageretur fideicommissum remiserunt, & ob id solum, quod inter se fideicommissum remiserunt, circumscriptos videri, nec auxilium restitutionis implorare posse, *d. l. 11.* nulla est enim hic injuria: ergo nec circumscriptio: ea est enim circumscriptionis vis, quæ definitur a Seneca, *circumscriptio semper crimen sub specie legis involvit, semper circumscriptio per jus ad injuriam venit*. In hac igitur mutui fideicommissi remissione mutua inter fratres nulla est circumscriptio, quia nec injuria, nec fraus ulla agitur, & cessat, licet sunt minores annis

25. resti-

25. reſtitutio in integrum, *lex* 16. loquitur de pacto, *lex* 11. de tranſactione, *lex* 16. docet mutuum fideicommiſſum inter fratres poſſe remitti pactione, *l.* 11. tranſactione, nec unum ſatis erit demonſtraſſe : nam qua de re licet paciſci , non continuo licet etiam tranſigere, ut de re judicata licet paciſci, non etiam tranſigere , ſed vice verſa qua de re licet tranſigere , & paciſci , & qua de re non licet paciſci , nec tranſigere . At de mutuo fideicommiſſo fratres inter ſe antequam exiſtat conditio fideicommiſſi & paciſci , & tranſigere poſſunt . Cum ergo liceat paciſci de ſimplici fideicommiſſo , puta ſi unus tantum ex fratribus rogatus ſit reſtituere hereditatem , ſi ſine liberis deceſſerit altero ſuperſtite , ut ſcilicet is , cui relicta eſt hereditas fideicommiſſaria , vel in totum remittat , vel pro parte: cur remiſſio etiam hæc non valebit? ſi mutuum fideicommiſſum remittunt fratres, & unus remittet alteri , quod ſibi relictum eſt fideicommiſſum recte : conventio enim eſt honeſta & juſta , quæ conſervat gratiam inter fratres remoto captandæ mortis alterius voto improbabili , *d. l.* 11. & quia conditionis incertum , ſub quo pendebat uterque frater , paciſcendi cauſa juſta eſt ; & hoc eſt , quod ait initio hujus legis , *conditionis incertum inter fratres* , *&c.* Id eſt , ſuſpenſa & incerta conditionis fideicommiſſo adſcriptæ cauſa , & quaſi alea : conflatur incertum ex ſpe unius , & metu alterius, quæ duo ſunt inter ſe contraria , ſpes expectatio boni , metus expectatio mali : ex contrariis autem conflatur incertum , ne diu ſub hoc incerto penderent fratres , ideo ait recte eos dirimere inter ſe incertum illud , & ambiguum conditionis. Et ſequitur in hac lege , *cum igitur verbis fideicommiſſi petitum a patre tuo* , Philino ſcilicet profitearis , ut ſi vita ſine liberis decederet , Licinio Patruo tuo cum liberos non haberet , id eſt , quo tempore liberos non ſuſtulerat Philinus (ſic leg. non ſuſtulerit) *facta diviſione* , ſextantis ſcilicet , & trientis . Sed oppugnatur hæc conſtitutio multifariam multiſque modis : primum enim dicitur , præmaturam eſſe hanc remiſſionem fideicommiſſariæ hereditatis : prematuræ conventiones inſimulantur feſtinationis nimiæ , quæ feſtinationis ratio facit, ut pleriſque in locis caveatur non licere paciſci de aliena ſucceſſione ; cujus forte ſpem quis animo ſuo concipiat . Hac in re primum ſic ſtatuo , ſpem fideicommiſſariæ hereditatis pacto , vel tranſactione remitti poſſe , & generaliter ſpem quamlibet futuræ perceptionis deteriorem fieri , *l. pactum , D. de pact.* an igitur ſpes ſucceſſionis pacto remitti poteſt? ſic ſpes hereditatis, *l. ultim. inf.* ſic ſpes ſucceſſionis appellatur, *l. nec ei* 17. *§. ultim. D. de adopt. l.* 2. *inf. ubi pupill. educ. deb.* non quidem eo vivo , de cujus bonis agitur, hoc eſt certum , *l. ult. inf. l.* 1. *§. ſi impubes* , *D. de colla. bono. l.* 2. *§. interdum* , *D. de vulg. ſubſtit. l. quidam* , *§. ultim. D. de donat.* eſt enim hoc pactum nefariæ ſpei , & eleganter ait Seneca 6. *declamat.* cum fratri exheredato , vivo patre , frater promiſiſſet chirographo ſuo dimidium hereditatis daturum : *Chrirographum* , inquit , *eſt parricidarum fœdus* , *nefariæ ſpei pactum* . Igitur ſpes ſucceſſionis pacto non poteſt remitti vivo eo , de cujus bonis agitur : mortuo vero eo , ſpes ſucceſſionis pacto remitti poteſt, vel tranſactione : nec enim proprie ſpes eſt ante mortem ejus , de cujus bonis agitur : nam ſpes eſt, quæ jam propinqua eſt , & ita propinqua , ut pendeat , & paulo poſt eventurum ſit , quod expectatur : ſic metus eſt eorum tantum , quæ imminent , impendent , τῶν ἐγγὺς ὄντων ὥστε μέλλειν, Ariſtotel. in Rhetoricis , qui & ea ratione ait eum eſſe fortem virum , quem non deterrent ea , quæ mortem afferunt ὑπόγυια ὄντα, quæ imminent , in Ethicis. Igitur non eſt ſpes , niſi quæ propinqua eſt : porro non eſt propinqua ſpes ſucceſſionis vivo eo , de cujus bonis agitur : nam ſi filius ſum, poſſum exheredari, ſi extraneus ſum, poteſt teſtamentum infringi : at propinqua eſt ſpes ſuc-

A ceſſionis, nempe eo , de cujus bonis agitur, mortuo : ſi ea mihi ſucceſſio ſub conditione per fideicommiſſum relicta ſit , ut in ſpecie propoſita, quia amplius teſtamentum illud mutari non poteſt. Igitur præmatura eſt ſpes & remiſſio ante mortem ejus , de cujus bonis agitur : poſt mortem ejus nec ſpes , nec remiſſio præmatura eſt , etiam ſi non poſt aditam hereditatem : nec enim ut exigo mortem ejus, de cujus bonis agitur, ita exigo aditionem hereditatis : nam *l. in quantitatem* , *D. ad leg. Falc.* aperte demonſtrat ante aditam hereditatem poſt mortem teſtatoris paciſci licere , de legato legatarios paciſci in portionem legatorum poſſe , & hoc ſæpe cogi facere , ne deſtituto teſtamento , id eſt, non adita hereditate , nihil conſequantur , legata & libertates intercidant. Sed pugnat *l.* 1. *§. quod ait Prætor* , *D. quod legator.* quæ lex ait , nihil nocere voluntatem heredi , quo minus habeat interdictum quod legatorum, eam ſcilicet voluntatem, quam accommodavit legatario ante aditam hereditatem , ut rem legatam poſſideret : ergo ante aditam hereditatem videtur voluntas , & quaſi remiſſio heredis , qui facile paſſus eſt legatarium ingredi poſſeſſionem rei legatæ , nihil egiſſe. Sed ſeparanda eſt voluntas a pactione . Pactio obſtringit fidem in perpetuum , voluntas , quam accommodavi heres legatario, in præſens , cum nondum adiiſſet hereditatem , non obſtringit heredem in perpetuum : poſtquam adierit mutare poterit voluntatem , & ſi non receſſerit legatarius a poſſeſſione rei legatæ , aget ex cauſa interdicti quod legatorum , ſicut ſi precario utare re mea voluntate mea, hæc voluntas mea, C quam tibi in præſens accommodo , non me obſtringit in perpetuum : nam licebit mihi voluntatem mutare , & rem repetere , ſi tantiſper dum deliberat heres de adeunda hereditate, permiſerit legatario ingredi poſſeſſionem rei legatæ , non ideo ſicut pacto fidem ſuam obſtrinxiſſe intelligitur in perpetuum : & ita ſeparanda eſt pactio a voluntate : nec dicendum eſt ad eam legem cum Bartolo , heredem , qui hereditatem non adiiſſet , rem non habuiſſe , nec ſpem : rem non habuiſſe fateor, ſpem non habuiſſe nego : Spes enim matura adeundæ hereditatis poſt mortem teſtatoris : ſpes etiam capiendi ex teſtamento ſatis matura eſt heredi , & legatario , & omnibus ſtatim a morte teſtatoris. Nec cum Accurſio dicendum eſt, in ea ſpecie invitari legatarium ad delinquendum , cui datur facultas adipiſcendæ rei D legatæ : nec enim adipiſci poſſeſſionem rei legatæ delictum eſt , & multo minus ſi eam adipiſcamur heredis voluntate. Non eſt etiam probandum , quod ait Accurſius in *eo §. quod ait Prætor* , heredis voluntatem repudiationi accedere , nec hoc quiſquam dixerit , cum heredis non ſit repudiare legatum , ſed legatarii : repudiationi igitur juris , quod habuit in retinenda re legata , ſed hoc jus nunquam ſeorſum repudiatur , univerſa hereditate repudiata omnia jura repudiantur , nec poſſunt jura hereditaria ſcindi , id eſt , non poteſt heres partim amplecti , partim repudiare : ſed vel univerſum amplecti , vel univerſum repudiare debet . Igitur non poteſt eo loco accommodari , quod de repudiatione verecunde comminiſcitur Accurſius , ſed ut dixi , diſtinguenda eſt pactio a voluntate : pactione ſi me obſtrinxe- E ro ante aditam hereditatem , non mutabo factum poſt aditam hereditatem , velle me ſi dixero ut ingrediatur legatarius poſſeſſionem rei legatæ , non ideo videor fidem meam obſtrinxiſſe in perpetuum . Et adverſus deciſionem hujus legis id etiam opponitur , conventionem , de qua tractatur in hac lege eſſe contra voluntatem teſtatoris , qui voluit ut Licinio non aliter reſtitueret hereditatem Philinus , quam ſi decederet ſine liberis , quod cum non contigerit , videntur fratres feciſſe contra voluntatem teſtatoris . Reſpondendum ; nihil factum videri contra voluntatem teſtatoris patris ; nam etiam ſi pater id cavit , non tamen interdixit remiſſione fideicommiſſi . Qua de cauſa licet teſtator vetet fundum alienari extra familiam , ex qua ſcriptura agnatis , qui

ſunt

ſunt ejuſdem familiæ comparatur fideicommiſſi perſecutio, tamen non videtur agnatis interdixiſſe fideicommiſſi remiſſionem, *No. 159. l. quoties*, *C. de fideicom. l. cum pater*, *§. libertis*, *de leg.* 2. ergo non facit contra voluntatem teſtatoris, qui non expectata conditione fideicommiſſi, remittit fratri fideicommiſſum, modico præſenti accepto gratiæ conciliandæ inter fratres, & renovandæ amplioris cauſa. Et opponitur etiam adverſus conſtitutionem hanc, quod dicitur, conditionale fideicommiſſum non poſſe repudiari, hoc fideicommiſſum erat conditionale, ergo non poterat repudiari. Retentis iiſdem terminis veriſſima erit concluſio: ſed de repudiatione hic nihil agitur, & de remiſſione tantum agitur, & aliud eſt repudiatio, aliud longe remiſſio, quam etiam differentiam agnovit Accurſius noſter: aliud inquam remiſſio, aliud repudiatio: remittere poſſum ſpem, repudiare non poſſum: repudio ea, quæ ſunt delata: remitto etiam ea, quæ nondum ſunt delata, *l. partem*, *l. & heredi*, *§. filiusfamilias*, *D. de pact.* repudiatio eſt motus animi unius, remiſſio motus animi duorum, vel plurium, repudiatio fit ſine pacto, remiſſio fit pacto, & conſequenter repudiatio fit in jure, *l. 3. de repud. hered.* remiſſio fit quoquo loco: homine legato priuſquam elegerit legatarius, non repudiat recte Stichum: paciſcitur tamen recte de Sticho non petendo, *l. homine*, *de opt. leg. l. ſi unus*, *§. ſed ſi generaliter*, *D. de pact.* & poſtremo, quæ eſt ſumma differentia, repudiatio eſt juris, remiſſio facti, id eſt, qui repudiat aſpernatur, & repellit a ſe jus quod offertur; nihil igitur agit nullo jure oblato: porro nullum jus defertur ante conditionem, ergo nihil agit repudiando ante conditionem: at qui paciſcitur, jus a ſe non repellit, & ideo in pactis nihil attinet ſpectare jus delatum fuerit nec ne, denique repudiatio juris eſt remiſſio facti, & verſatur & conſiſtit pactio omnis in facto, *l. pen.* id eſt, qui verbi gratia jus ſuum remittit pacto, id juris a ſe non repellit, & eſt ei integrum de eodem jure experiri, ſed ſi experiatur, exceptione doli mali aut pacti ſummoveri poterit, quæ eſt vis pacti, non ut jus repellat, ſed ut ex eo jure agentem poſtea exceptione ſubmoveat. Et poſtremo opponitur adverſus definitionem hujus legis *l. ſi unquam*, *ff. de revoc. donat.* quæ dicit, donationem liberis poſtea editis revocari: donavit Philinus in hac ſpecie, cum non haberet liberos, fratri Licinio ſextantem hereditatis fideicommiſſariæ, cujus conditio defecit poſtea ſublato filio: ergo filius eum ſextantem revocare poteſt: fallacia eſt in propoſitione: nec enim eſt abſolute hoc verum, donationem filium poſtea ſuſceptum revocare: ſed ita diſtinguendum eſt: aut immenſa eſt donatio, aut non, & aut mera eſt donatio, aut non: immenſam donationem liberi poſtea ſuſcepti revocant, hic non fuit immenſa, ſed ſextantem tantum donavit, id eſt, duas uncias, & retinuit quatuor. Præterea ea tantum donatio revocatur a liberis poſtea ſuſceptis, quæ mera eſt donatio: hic non fuit mera ſed mixtum fuit negotium cum id eſt actum, ut acciperet frater ſextantem, & remitteret trientem. Non eſt tranſactio, qua de re dubitarunt interpretes: eſt tranſactio in *l. 11. De tranſact.* ſed hic non eſt tranſactio, quia neque de fideicommiſſo erat lis, neque controverſia, & licet eſſet incerta fideicommiſſi conditio, tamen fuit certa cauſa fideicommiſſi. Igitur hic tranſactio non fuit. Et quod attinet ad *d. l. ſi unquam*, quæcumque ad eam pertinent, his paucis abſolventur. Aut donationis tempore ſuperſtites ſunt liberi, aut non: ſi donationis tempore ſuperſtites ſunt liberi, donatori, donationem immenſam non revocant niſi pro ratione Falcidiæ, id eſt, pro modo portionis legitimæ, *l. ſi mater*, *inf. de inoffic. donat. Nov. 92. l. Titia* 2. *§. Imperator*, *D. de lega.* 2. aut poſt donationem immenſam augetur natis liberis donator, & hoc caſu videndum eſt, utrum immenſe donaverit extraneo, an aliis ſuis liberis: nam ſi quis immenſam donationem contulerit in extraneum, ut in *l. ſi*

A *unquam* proponitur patronum dediſſe omnia ſua bona liberto, vel libertum patrono; nam hoc erat frequens ut libertus, & patronus ſe mutuis donis afficerent, *l. ſi vero non remunerandi*, *§. inde Papinianus*, *D. mand.* eam donationem collatam in extraneum & immenſam, liberi revocabunt in totum, non pro ratione Falcidiæ, quia veriſimile eſt donaturum patrem non fuiſſe, ſi ſciret ſe habiturum liberos. Sed & ipſe donator donationem revocat in ſolidum, quod jus probant etiam leges Longobardorum. *l. 4. de ſucceſſ. l. 1. de eo quod pat. teſt. nec hab. fil. relinq.* ſed tamen non videtur obtinuiſſe hoc jus ante eam conſtitutionem, quam D. Auguſtinus inſeruit in libro *de vita & mor. cler. Quidam*, inquit, *cum filios non haberet, res omnes ſuas Eccleſiæ donavit, nati ſunt ei filii: reddidit Epiſcopus: fuit in ejus*
B *poteſtate non reddere jure fori, non jure Eccleſiæ*. Ergo jure civili potuit is cui donaverat omnia bona ſua, ea retinere etiam editis poſtea liberis. Sed ſi forte donatio immenſa ſit collata in liberos a patre, & poſt eam donationem edantur alii, hi poſteriores liberi non poſſunt donationem collatam in priores revocare in totum, ſed pro ratione Falcidiæ, *l. 5. C. de inoff. donat.* & ita *l. ſi unquam* nihil pertinet ad donationem modicam, de qua hic tractatur: nihil ad eam quæ permixta eſt negotio: nihil etiam pertinet ea conſtitutio ad liberos qui ſuperſtites erant donationis tempore: nam hi non revocant donationem in ſolidum, ſed pro ratione Falcidiæ tantum. Non pertinet etiam ad donationem collatam in liberos: nam liberi poſtea ſuſcepti non revocant donationem in ſolidum, ſed pro ratione portio-
C nis legitimæ: ſed pertinet ad donationem collatam in extraneum, quam & donator & liberi poſtea editi revocare in ſolidum poſſunt. Ex his quæ heri diximus ad *l.* 1. vel animo vel ſcriptione comprehendiſſe vos ſatis arbitror; de fideicommiſſariæ hereditatis ſpe, dum pendet conditio ſuſcipiendorum liberorum ſub qua fideicommiſſum relictum eſt, in portionem aliquam fideicommiſſario cum herede paciſci licere: nec convelli pactionem illam ſuſceptis poſtea liberis poſſe, nec tantum paciſci de fideicommiſſo, ſed & tranſigere licere. Idque eſſe ſi inter fratres vice mutua facta fuerit mutua ſubſtitutio, poſſe inter fratres pactione aut tranſactione remitti eam ſubſtitutionem, antequam exiſtat deficiatve conditio: harum conventionum cauſam juſtam & honeſtam eſſe, diſcuti conventionibus iſtis omne conditionis incertum,
D id quod ſcilicet conflat partim ſpes ejus cui relictum eſt, partim metus ejus a quo relictum eſt fideicommiſſum. Denique ſpem fideicommiſſariæ hereditatis, & generaliter ſpem quamlibet futuræ perceptionis pactione, vel tranſactione remitti poſſe, & eam vere ac demum ſpem eſſe, quæ ſit in propinquo, non quæ ſit in longinquo, ac proinde ſpem ſucceſſionis directæ vel fideicommiſſariæ vivo eo, de cujus bonis agitur, nullam, aut præmaturam eſſe, mortuo eo maturam, atque ideo quod opponitur adverſus hanc *l.* præmaturam ſpem eſſe falſum videri: cum mortuus ſit is cujus de bonis agitur. Fruſtra etiam opponi, remiſſionem hoc loco propoſitam contra voluntatem teſtatoris eſſe, fruſtra adverſus eam duci argumentum a repudiatione: aliud enim repudiatio, aliud remiſſio: ac ſimiliter aliud eſt pa-
E ctio remittendi animo facta, aliud voluntas heredis volentis legatarium rem legatam poſſidere: & ex ea voluntate interpretes male argumentari ad pactionem, permixtis confuſiſque his tribus, repudiatione, remiſſione, & voluntate; quæ nos ſeparari, & accurate diſtinqui volumus. Et poſtremo huic conſtitutioni opponere eos male eam conſtitutionem, quæ revocandæ donationis jus præbet liberis poſtea ſuſceptis, & donatori. Modo ea tractabo, quæ ſuperioribus non contenti interpretes adverſus hanc leg. obiiciunt. Non potuit, inquiunt, Philinus rogatus Licinio hereditatem reſtituere ſi ſine liberis decederet, de ea hereditate paciſci, atque ita pendente conditione non potuiſſe eum Licinio ſextan-

tem

tem dare in fraudem filii postea suscepti, quod testator non minus videatur ei fideicommissum hereditatis reliquisse, quam Licinio; hoc enim dixisse videtur, si sine liberis decesserit. Denique liberos positos esse in conditione, & dispositione: & ideo non posse Philinum de fideicommisso pacisci, antequam extiterit conditio in fraudem liberorum, qui sunt positi in conditione, & dispositione. Sed pernegandum est, liberos positos in conditione, esse in dispositione: Nam his verbis, si sine liberis decesserit, Licinio restitutio, quod apparet, est fideicommissum relictum Licinio: quod latet, non est fideicommissum, sed spes tantum, & votum testatoris adversus liberos heredis; ex spe, aut voto solo, fideicommissi persecutio non est: id est testator scribit, si sine liberis decesserit, Licinio restituat, quia est ea spe, ut putet ventura bona ad filios, nec tamen ideo adimit heredi jus eorum bonorum alienandorum, & liberis non conservandorum, quia quod latet in his verbis, fideicommissi vim non habet, *l. Gallus*, §. *idem credendum*, & §. *in omnibus*, *D. de liber. & postum.* in hac specie. Institui filium, omisi nepotem, substitui pronepotem postumum his verbis, *si filius & nepos me vivo moriantur, tunc qui mihi ex nepote meo post mortem meam nascatur pronepos heres esto*. Finge præmori filium vivo patre, lex ait testamentum rumpi successione nepotis, *ex 2. cap. l. Velleja*: quod nepos inveniatur præteritus in eo testamento: nam commemoratio nepotis facta in conditione non habet vim institutionis: ergo præteritus est nepos, cum ejus successione rumpatur testamentum, quod utique non rumperet, si haberetur nepos pro instituto: sed certe præteritus est; & ideo cum ex formula Galli instituitur nepos postumus hoc modo, *si filius me vivo moriatur, tunc qui mihi ex eo nascetur nepos heres esto*. Ut rata sit scriptura, necesse est filium institui ex parte aliqua, alioquin præteritio filii vitiabit testamentum, quia commemoratio filii sic facta nullius momenti est, nec vim institutionis habet: quapropter ut ait §. *in omnibus d. l. Gallus*, necesse est illum institui ex parte aliqua, deinde postumum nepotem institui: & eodem modo in *l. si quis eum*, §. *ult. D. de vulg. & pupill. substit.* si quis extraneum heredem instituit hoc modo: si filius me vivo moriatur, Lucius Titius heres esto, nec filium instituat aliter, aut exheredet, ipso jure nullum est testamentum: commemoratio igitur filii facta in eo testamento, vim institutionis non habet; & idem in *l. ex facto*, §. *ex facto*, *D. ad Trebell.* sed in recte ponenda ejus specie laborant interpretes, species hæc est. Mater unum ex filiis heredem instituit, & rogavit restituere hereditatem fratri suo, si sine liberis decesserit: hic filius heres matris fideicommisso oneratus in eam conditionem si excedat e vivis sine liberis, in insulam deportatus est: quia deportatione amisit civitatem, & ad peregrinitatem redactus est, pro mortuo habetur, vel alius homo videtur esse, quam qui fuit fideicommisso gravatus; ideoque fideicommisso locus est, ac si naturaliter obiisset sine liberis, cum scilicet nullis sublatis liberis in insulam deportatus est. Sed bona omnia occupabit fiscus: nam deportationem semper sequitur tacite publicatio: bonorum vero detracta quarta, reliquum restituet fratri fideicommissario, quia videtur ille decessisse sine liberis, qui excepit deportationis pœnam nullis sublatis liberis, & si forte post deportationem concepti & editi ei sint liberi, nihil officient fideicommissario, in quem jam cecidit fideicommissum optimo jure: sed si liberi sint concepti ante deportationem, editi post deportationem, hi repellent fideicommissarium: quia non videtur sine liberis civitatem amisisse, pœnam deportationis excepisse, atque ita quodammodo vita decessisse civili: cum tempore deportationis fuerint liberi in utero uxoris. Ergo liberi concepti ante deportationem, & postea editi, repellent fideicommissarium, neque tamen ipsi bona vindicabunt, sed fiscus sine ullo onere fideicommissi. Igitur positi liberi in conditione non sunt in disposi-

A tione: nam si essent in dispositione, excluderent fiscum. Quibus aliud iudicium est, hi suæ opinionis arcem positam habent in *l. Lucius 2. D. de hered. instit.* quod ea lex eum, qui substituit heredi, his verbis, *si moriatur antequam adierit, aut liberos sustulerit*, dicat liberos prætulisse substituto vulgari: ex eo enim male colligunt, liberis sublatis, eos exclusuros substitutum, & venturos ex testamento; veniunt enim non ex testamento, sed ab intestato, & videtur legitimos prætulisse testamentariis heredibus, *l. si quis ita heres instituatur, eo. tit.* & eo modo potior est intestati, quam testati causa, quod & ipse Accursius sensit recte in *d. l. Lucius*, videtur, inquit, prætulisse liberos tacite ab intestato cum sint ei proximiores. Igitur lex non dicit propalam eos liberos ita prælatos, ut possint venire ex testamento, **B** quasi commemoratio facta in conditione faciat institutionem: sed votum tantum commune parentum explicat, non institutionem facit. Ad hæc tentant etiam interpretes in specie hic proposita, filio suscepto post divisionem hereditatis, competere condictionem causa data, causa non secuta, cujus potestate possit revocare a Licinio sextantem, quem illi prorogavit Philinus: nam, inquiunt, dedit Philinus Licinio sextantem, quod filios non haberet: habet jam filios, ergo dati condictio est causa non secuta: captio est in verbo causa: causa aut ratio est, aut finis: ratio τὸ οὗ ἕνεκα, ut Philosophi dicunt: finis τὰ διά τι. Ratio est, ut si dedi tibi, quia negotia mea curasti, & hæc causa sive ratio si falsa sit, non parit condictionem, *l. in summa*, §. *id quoque*, *D. de condict. indeb.* quoniam causa donan**C**di non cohæret donationi. Igitur pro non scripta habetur, & sive vera sit, sive falsa, donatio valet: finis autem est, si donavi tibi, ut negotia mea curares; & hæc causa si non sequatur, locus est condictioni ob causam dati re non secuta: quia fine optato non potior ego qui dedi, quia frustor fine, propter quem dedi. In proposita autem specie, neque ratio, neque finis dandi sextantis alia est, quam ut Licinius remitteret fideicommissum, & absolveret fratrem eo incerto & ambiguo conditionis. Non est igitur in hac specie ea causa, quod filium non haberet: & in illo tit. *de condict. cau. da. cau. non seq.* ex qua volunt Philino in hac specie actionem dari, causa pro fine accipitur, & appellatur proprie res in *l. damus*, *D. de condict. indeb.* *l. 1. D. de condict. ob. tur. caus.* & dicitur condictio ob causam dati, **D** vel condictio causa data, causa non secuta, sub causa, & est sub causa cum datur aliquid sub ea causa, ut faciat vicissim, aut detur aliquid, in *l. pen. de cond. causa da.* ἐπὶ τῆς συνθήκης. Igitur in eo titulo, in eave actione, causa finem significat: finis hic non fuit, quod non haberet liberos, sed finis fuit, ut absolverentur fideicommisso: modicum præsens dedit, id est, sextantem, hic finis consecutus est: nam divisionem fecerunt, & finierunt omne incertum conditionis: igitur non est locus condictioni causa data, causa non secuta. Satis jam nequicquam oppugnata hac constitutione, interpretes præterea quærunt, an si conventio, de qua hic agitur, divisione non sumpsisset effectum, si sextantem Licinius non accepisset, sextantis nomine ulla obligatio competeret. Iterum dicam, si conventionem non **E** sequatur divisio sextantis & trientis, an licebit Licinio petere sextantem ex conventione? dicerem statim & verissime, pactum fuisse divisionis, & ex pacto divisionis nudo non dari actionem, *l. divisionis*, *D. de pact.* Licinio ergo non dari actionem sextantis nomine, cum pactum divisione non sumpsit effectum, cum pactio pacti fine stetit, neque ulterius progressa est. At illi dicunt, Licinio esse actionem, quia fuit, ut inquiunt, do ut facias, vel do ut des, id est, do sextantem, ut remittas fideicommissum, & Licinius remisit fideicommissum per acceptilationem. Licinio igitur est actio sextantis. Primum non potest poni fuisse do ut facias, vel do ut des, alioquin esset contractus, non pactum, & in quæstione ponitur initio solum intervenisse pactum,

ergo rem ita gestam, dabo sextantem, ut trientem remittas: ita concipitur pactum nudum: quod si dixerim do sextantem, ut remittas trientem, jam res pacti fine non stat, sed transit in genus contractus: ergo proponitur quæstio male: deinde respondetur, fuisse do ut facias, aut do ut des: non consentit responsio cum quæstione: deinde Licinium remisisse fideicommissum per acceptilationem, poni non potest, quia nulla fuit obligatio, ergo nec acceptilatio intervenire potest: nam creditor conditionalis in legatis & fideicommissis ante conditionem, non est creditor: qua in re distat a stipulatore conditionali, quia stipulator conditionalis est creditor, *l. ususfruct. D. de stipul. serv.* legatum, aut fideicommissum conditionale vires statim non accipit, sed postquam extitit conditio: qua de causa legatarius legatum vel fideicommissum ante conditionem decedens non transmittit ad heredem, stipulator conditionalis transmittit: & eodem modo quod debetur sub conditione ex stipulatu, acceptilatione tolli potest, sed non habet effectum acceptilatio, nisi extiterit conditio: interim tamen stipulationis conditionalis acceptilatio valet, sed fideicommissi conditionalis acceptilatio nulla est, nec effectum habet, nisi post existentem conditionem, *l. & per jusjurandum, §. si legatorum, D. de accept.* Male ergo ponitur, Licinium remisisse fideicommissum conditionale per acceptilationem, quia hoc modo nihil remissum intelligitur, nihil actum. Ergo in hac specie nulla suberat causa, ex qua possis dicere pactum sumpsisse effectum: nam quæstio est, an si convenerit tantum, ut Licinius acciperet sextantem, & remitteret trientem, nec pactio divisione sumpserit effectum, sextantem petere possit: & secundum ea, quæ docui, respondendum est non posse, cum fuerit pactum divisionis, & ex pacto divisionis non detur actio, nisi vel stipulatione, vel divisione sumpserit effectum. Ad hæc quærunt, an Licinius remittere possit fideicommissum, aut remisisse videatur, data cautione Mutiana? inepta est quæstio: nam cautio Mutiana habet tantum locum in conditionibus, quæ concipiuntur in non faciendo, quod hic non est. Cautio Mutiana locum habet, cum ita legatur: lego Titio centum si non ierit Romam: Titius capiet centúm si modo caverit se non iturum Romam: & locum habet in legatis, hereditatibus, & fideicommissis, *l. si is, cui sub conditione* 18. *l. Mutianæ, ff. de cond. & demonst.* & hæc cautio in omnibus negotiis tam vivorum, quam mortuorum locum habet. Si igitur dedi aliquid sub conditione si non ieris Romam, capies quod donatum est, si caveas te nunquam Romam iturum. Sed speciei propositæ aptari non potest, cum nulla fuerit conditio in non faciendo: debuissent quærere, an Licinius videatur remisisse fideicommissum, si dato fidejussore caverit, se numquam petiturum fideicommissum, etiamsi existat conditio fideicommissi, id est, si Philinus mortuus sit sine liberis: hoc casu dicendum est, eum videri remisisse fideicommissum, & implevisse conventionem pro sua parte: nam fidejussor rei futuræ datur recte, *l. 4. & 7. ff. de fidejuss.* Itaque ea fidejussio rata esse videtur, cum sit rata fidejussio. Licinius implesse conventionem pro sua parte: ergo eo casu non erit dubium, quin possit Licinius petere sextantem, cum dato fidejussore pactio sumpserit effectum, nec jam sit pactio nuda, *l. cum mota inf. de transact.* Postremum hoc est, ut ex legibus, quas ultimo loco annotavit Accursius facere ad hanc l. annotemus, nullas proprie facere præter *l. ult. in fin. inf. de temp. app. & l. 1. §. ult. D. a quib. app. non lic.* quibus locis ostenditur, inter litigatores ante sententiam convenire posse, ne possint appellare, & rata est conventio, quanquam id videatur esse contra jus publicum. Igitur si sic est mens Accursii, ut sicut hæc l. demonstrat, ante conditionem fideicommissi recte remitti fideicommissum, sic etiam ostendat, ante sententiam recte remitti provocationis jus, *d. l. ult.* Igitur ante sententiam paciscı licet ne provocetur: quinimo, ut ait *l. 1. D. a*
A *quib. app. non lic.* si quis, vel solus ante sententiam in jure profiteatur, se non appellaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit, id est, non poterit appellare: ut pactio illum obligat, sic etiam professio illa facta in jure. Atque dum opponit *l. 1. §. quod ait, D. quod legat.* nescit, uti inde se expedire debeat, quæ loquitur non de professione facta in jure, non de pactione, sed de voluntate heredis, quam ante aditam hered. accommodavit legatario, ut rem legatam possideret: sed hæc voluntas non obstringit fidem heredis in perpetuum, sed in tempus, quo nondum adiit hereditatem: ceterum postquam adierit, recte quæreretur de legatario, & si nolit recedere a possessione, recte aget interdicto quod legatorum: at pactione fides heredis obstringitur in perpetuum: professione etiam facta in jure fides obstringitur in perpetuum, *l. quidam, D. de do-*
B *nat.* repudiatio etiam astringit in perpetuum. Itaque ut concludam quantum est errorum in ea quæstione, nascuntur omnes ex eo, quod confuderunt hæc quatuor, repudiationem, remissionem, quæ pactione fit, voluntatem, professionem factam in jure. Puto me omnia explicasse, quæ ad hanc *l. 1.* pertinerent, die proxima accedemus ad *l. 2.*

Ad L.II. Post venditionem hereditatis *a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis. PP. Prid. id. Feb. Severo 3. & Antonino AA. Coss. 203.*

C PRoponitur in hac l. exemplum taciti pacti: fiunt etiam pactiones tacito consensu: hujus rei exempla sunt varia in *l. 2. & 4. D. de pact. l. Proculo, D. de probat. C. qui semisses, de usur.* & aliis plerisque locis: & frustra ambigunt interpretes, an etiam pactiones fiant tacito consensu inter absentes, cum fiant expresso consensu, veluti per nuntium, aut per epistolam, *d. l. 2.* ergo non est in eo hærendum diutius: fiunt pactiones vel expressim, vel tacite, tam inter præsentes, quam absentes: fiunt enim nudo consensu, quæ nihil aliud sunt, quam nudi consensus, & quæ nudo consensu peraguntur, inter absentes peraguntur recte. Quod autem hoc loco proponitur exemplum tacitæ pactionis est hujusmodi. Heres sibi delatam hereditatem adiit primum, deinde vendidit extero: post venditionem hereditatis creditores hereditarii egerunt cum emptore hereditatis di-
D misso venditore, emptor hereditatis excepit libenter eas actiones, & ita cum emptore volente creditores hereditarii litem contestati sunt: definiunt interpretes, electo emptore, id est, lite cum emptore contestata, creditores hereditarios videri tacite actiones suas remisisse heredi, eidemque vero debitori, id est, creditores hereditarios pacto egisse tacito cum venditore, ne ab eo pecuniam peterent: denique electio emptoris, est tacita liberatio venditoris. Si quis velit hanc legem comprehendere in pauca, sic dicat: electio emptoris hereditatis, tacita liberatio est venditoris, & electio, quæ fiat contestatione litis: nam si in jus vocaverit creditor hereditarius emptorem hereditatis, si ediderit ei actionem, si denuntiaverit ei, ut solveret quod deberetur, non ideo tacite videtur liberatus venditor statim: ita-
E que restat litem contestari: ubi creditor emptorem elegerit, quod fit contestatione litis, tum demum videtur liberatus venditor. Electio igitur ea emptoris, quæ fit contestatione litis, id est, judicio accepto, tacita liberatio est venditoris hereditatis: liberatio, inquam, per exceptionem pacti, ut ait, vel per exceptionem doli mali, vel per exceptionem in factum: nam semper hæ tres exceptiones concurrunt: nam ubi est exceptio pacti, est exceptio in factum, vel doli: liberatio ergo contingit venditori per exceptionem, non ipso jure: nam pactum nudum ipso jure sicut non parit, ita nec tollit actionem; atque ita proditum est in *l. 3.* venditorem hereditarium liberari tacite per exceptionem taciti pacti, non ipso jure: & opponit Accursius, ut doceat venditorem liberari ipso jure,

l. so-

l. solutione, *D. de solution.* lex dicit solutione ab alio facta pro nobis ipsis nos liberari posse: adiicit, judicium pro nobis accipiendo nos liberari posse .i. si quis alius pro nobis accipiat nos liberari posse: in hac specie emptor accepit pro venditore: ergo liberatus est venditor: admitto argumentationem, & dico, liberatum esse venditorem, sed per exceptionem, non ipso jure: itaque inanis est argumentatio: lex enim non dicit nos liberari ipso jure. Sed ut explicem apertius, id ante omnia necesse est primum demonstrari, vulgo *ad d. l. solutione*, quasi omnimodo congruentem conjungi male *l. delegare*, *D. de novation.* ac si in una comprehendatur quod in altera. Lex *solutione*, ait judicium pro nobis accipiendo liberari nos. Lex *delegare*, ait delegationem fieri, vel per stipulationem, vel per litis contestationem, id est, judicium accipiendo, quod non accipitur nisi contestatione litis: delegationem fieri litis contestatione, & nos liberari judicium pro nobis accipiendo: hæc non sunt eadem, & in eo videndum est ne fallamur, quod sic demonstro. Delegare est alium vice sua, alium reum sive debitorem creditori dare: hæc delegatio fit dupliciter, per stipulationem, ut ait *lex delegare*, & per litis contestationem: per stipulationem, ut si creditor meus a debitore meo, quem ei delegavi, stipuletur sibi dari, & delegatus promittat: qua delegatione ego ipso jure liberor, si creditor meus a meo debitore, quem delegavi, stipuletur sibi pecuniam deberi darive, & debitor repromittat. Per litis contestationem fit, si ego concedam creditori meo actionem in debitorem meum, & vi cessionis meus creditor cum eo agat, & litem contestetur: potest enim vi cessionis, sive mandati, quod idem est, cum eo experiri, & quidem directa actione: nam cessio dat directas actiones: eadem actione utitur is, cui cessa est actio, qua is, qui cedit, *l. 5. infra*, *de hered. vend.* & ita hoc genere invitus debitor delegatur: priori genere delegationis, quæ fit per stipulationem, volens debitor delegatur, cum scilicet creditor de eo stipulatur sibi dari, sed posteriori genere invitus delegatur: nam ego cedo actionem meo creditori, ut experiatur cum meo debitore invito: ego vero liberabor ipso jure .i. post litem cum eo contestatam, quia delegatio illa pro solutione est, & nihil interest delegem invitum aut volentem: & hoc est, quod ait, delegationem fieri per litis contestationem, quod non ita proponitur in *l. solutione*, dum ait, *solutione, vel judicium pro nobis accipiendo, & inviti, & ignorantes liberari possumus*. Fingenda est species, ut ego non mandaverim, vel cesserim creditori meo actionem in meum debitorem, sed ultro meus creditor agat in debitorem meum, vel in alium quendam quasi debitorem, qui etiam quasi debitor se liti offerat, & patiatur actionem, cum tamen nulla sit actio: nam actori huic nullum jus erat agendi, sed tamen agere possumus cum volente, etiam si nobis jure nulla suppetat actio, ut ex pacto nudo, si quis velit pati actionem, *l. 5. inf. de cont. empt.* igitur cum ita creditori meo non cessi actionem, sed is tantum agit cum alio quodam, qui actionem patitur, ego liberor, quæ sententia est *l. solutione*, sed an ipso jure? ut cum delegatio fit per stipulationem, vel per litis contestationem? minime: ego liberor per exceptionem in factum; vel pacti, vel doli mali, non ipso jure, *l. qui servum*, *D. de interrogat. in ju. fac.* si aliquis pro debitore quasi defensor litem subierit, & caussam pertulerit totam: atque ita condemnationem exceperit, & velit actor eadem actione rursus experiri cum vero debitore, repelletur exceptione in factum, quia defensor negotiorum gestorum, vel mandati actione recepturus est quod præstitit: ergo ille alter verum debitorem judicium pro eo accipiendo, non liberavit ipso jure, quia necessaria est exceptio vero debitori: & non est novum, ut loquuntur interpretes, eum liberari per exceptionem, non ipso jure, *l. qui hominem*, *§. stipulatus sum*, & *l. qui res*, *§. mihi Romæ*, *D. de solution.* Ego sic stipulatus sum mihi dari x. aut hominem Titio, qua in stipulatione videtur vitium subesse omnino aliquod, quia aliud stipulor mihi dari, aliud Titio; qui adjicitur solutionis causæ, non obligationis, alteri enim non stipulor recte, sed possum alterum addere, cui solvatur id quod mihi promissum est, sed non ut aliud solvatur, sed tamen hic agitur ut mihi promittantur x. & Titio homo, quo fit ut stipulatio vitiosa videatur: unde quæritur, an si secundum stipulationis fidem promissor solverit hominem Titio, liberetur, ait *d. l. qui hominem*, & *l. qui res*, liberari promissorem, non ipso jure, quia vix admissa est ipsa stipulatio, in qua cavetur aliud dari adjecto, aliud stipulatori, sed per exceptionem liberari, *l. ult. §. cum mihi*, *D. de verb. oblig.* sic etiam eodem sensu dicitur verbum illud liberari in *l. si quis servo*, *de solut.* Idque liquet ex *l. cum quis*, *§. 1. D. eod. tit.* Mandavi debitori meo ut solveret Titio: deinde re integra cum non dum debitor meus solvisset Titio, Titium vetui accipere: debitor tamen ignorans revocatum esse mandatum, Titio simulanti se procuratorem esse, solvit, an liberatus est debitor? ait lex, debitorem non esse liberatum, & Titium furti teneri: debitor non est liberatus ipso jure, quia erat revocatum mandatum, sed per exceptionem: ergo etiamsi lex *solutione*, quam opponit Accursius, dicat, judicium pro nobis accipiendo liberari nos, non sequitur, ipso jure liberari, sed per exceptionem, ut si constitueris pacto nudo liberationem non contingere, & pacto nudo liberationem contingere, utrumque verum esse licet comprobare adhibita ista distinctione, ut ex pacto nudo non contingat liberatio ipso jure, sed per exceptionem, quum liberationis verbum utramque interpretationem admittat, & ita cum aliquis pro nobis judicium accepit, liberamur, non ipso jure; nam hic modus tollendæ obligationis non est legitimus: sic etiam dicimus tollendæ obligationis certi modi sunt constituti, hic non ponitur inter modos tollendæ obligationis, ergo non tollit obligationem ipso jure. Imitatur lex naturam, ut quot modis quidque fit, id vicissim ut intereat, *§. item*, *Institut. quib. mod. toll. obligat.* & ita responsum arbitror ad *d. l. solutione*. Nunc videamus, ut respondeant interpretes, Accursius, & ceteri. Ita respondent in *l. 2. hujus tit.* emptor hereditatis, quasi procurator judicium accipit pro venditore, & ideo venditor non liberatur ipso jure, sed per exceptionem: in *l. solutione*, is, qui judicium accepit pro alio, novandi animo accepit, & ideo is, pro quo accepit, liberatur ipso jure: hoc primum est commentitium, quia *l. solutione* ait, pro nobis: ergo quasi defensor: deinde poni non potest novationem fieri, si quis liti se offerat quasi debitor, ut accipiat judicium, ut debitor, cum non sit verus debitor: nam novatio fit tantum per stipulationem: quod dicitur novationem fieri per litis contestationem est falsum: prior quidem actio novatur per actionem judicati facta condemnatione: nam re judicata rursus non ages priori actione, ne lis eadem hinc inde renascatur, sed ages actione judicati, cujus executio est summaria: atque ita per actionem judicati novatur actio prior, sed novatio non fit per litis contestationem: delegatio fit per litis contestationem: sed aliud est delegatio, aliud novatio. Soleo explicare novationem ex mutatione debitoris, vel causæ debendi: delegationem ex mutatione creditoris, non debitoris: delegatione non novatur debitor, sed manet idem qui fuit: novatur creditor delegatione, qui erat creditor liberatur, & debitor, qui delegatur, obligatur alteri, atque ita delegans, qui etiam erat creditor, desiit esse creditor, & substituitur in locum ejus alius creditor, sed idem manet debitor. Igitur delegatio est novi creditoris novatio: novatio debitoris: nihil egemus isto refugio, quo utuntur interpretes, cum liqueat ex *l. si quis*, & *l. qui servum*, *D. de interrog.*

in ju. faciend. judicium pro nobis accipiendo nos liberari per exceptionem], non ipso jure: quod congruit cum hac lege. Regulariter tamen, nisi ita venditor hereditarius sit liberatus, cogitur prorsus respondere creditoribus hereditariis: qui vendidit hereditatem, nisi liberatus sit lite cum emptore contestata, sponte emptoris, cogitur respondere creditoribus hereditariis, quia etsi vendidit hereditatem, heres tamen est, *l. 2. inf. de hered. vend.* emptor hereditatis tamen invitus non cogitur respondere creditoribus hereditariis, neque directa, neque utili actione: est igitur similis Pegasiano fideicommissario, in quem non transeunt actiones: nec enim emptor hereditatis ullam invitus excipit actionem, sed si venditor creditoribus hereditariis aliquid solverit, aut præstiterit, id repetet ab emptore hereditatis actione ex empto, quia venditione hereditatis id agitur, ut emolumenta omnia & incommoda transeant in emptorem: itaque creditores hereditarii venient ad venditorem: sed si venditor solverit, mox recipiet ab emptore actione ex vendito, *l. 2. inf. de leg.* quæ loquitur de legatariis, qui sunt creditorum hereditariorum loco, *l. hereditariorum, D. de obligat. & action.* vel etiam venditor hereditatis, qui satisfecit creditoribus hereditariis, quod solvit, recipiet ab emptore non tantum actione ex vendito, sed ex stipulatu, quia inter emptorem & venditorem solent interponi stipulationes mutuæ; emptor stipulatur quanta pecunia ad venditorem hereditatis pervenerit, tantam redditum iri: venditor restipulatur, quantam pecuniam hereditario nomine præstiterit, ab emptore tantum redditum iri: ut *l. 2. §. sicut, & l. si ex pluribus, D. de hered. vend.* Si igitur interposita fuerit mutua stipulatio inter emptorem & venditorem hereditarium, non tantum erit venditori, qui solvit creditoribus hereditariis actio ex vendito, sed ex stipulatu: quoniam id actum est, ut onera hereditaria subiret emptor, non minus quam emolumenta: & si venditor nondum solverit creditoribus hereditariis, sed conventus fuerit, recte agit hac vel illa actione cum emptore, ut emptor venditorem defendat, ut litem pro eo subeat, *l. hereditatem, D. de donat.* quæ loquitur de donatione hereditatis, non de venditione tantum, sed idem in utraque juris est: ut cum dono hereditatem, quæ donatio non est mera donatio, quia id ago vel tacito intellectu, ut donatarius subeat onera hereditaria, ut subeat legata, fideicommissa, æs alienum dissolvat: ergo huic donationi inest negotium: si inest negotium, & contractus igitur: nam contractus nihil aliud est, quam negotium; dicimus contractum, & contrahere per defectionem: nam plena sententia est contrahere negotium. Igitur datio mera non est contractus, id est doni donatio, non enim loquor de donatione, quæ fit pacto ex constitutione Justiniani, sed de donatione, quæ fit re ipsa; donatio non est contractus, nec pactum, quia non est conventio ulla. Conventio omnis aut est contractus, aut pactum, qualis mera donatio non est, sed donatio, cui inest negotium, est contractus, qui nomine vacat: ut cum dono tibi hereditatem ea lege, ut creditoribus hereditariis satisfacias, ut rem meam impleas; hoc casu donatio est contractus, & vacat nomine, & nascitur actio præscriptis verbis, quæ vacat nomine: ideo si donavero tibi hereditatem ea lege, ut subeas onera, & solvas creditoribus hereditariis, & creditores hereditarii ad me veniant, agam tecum actione præscriptis verbis, ut me defendas adversus creditores hereditarios: & similiter, si vendidero hereditatem, & veniant ad me, agam, quod nondum dixi, actione ex vendito, vel ex stipulatu, si stipulatio intervenerit, ut me defendas adversus eos, vel ut eis satisfacias: quia id egisse intelligimur, vel ut caveas te eis satisfacturum; nam in omnibus judiciis ex omnibus contractibus recte agetur ad persequendam cautionem; ergo actio erit, ut caveat se satisfacturum, non ut satisdet, *l. 2. inf. de hered. vend.* nisi ita convenerit, ut satisdaret, quia hæc est natura emptionis & venditionis, ut vicissim satisdationes nullæ interponantur, *l. pacta, D. de contr. empt.* & ita emptor egit ex empto, ut caveatur de evictione, non ut satisdetur, nisi ita convenerit. Ergo ut concludam, emptor hereditatis similis est Pegasiano fideicommissario, quia non patitur invitus actiones creditorum hereditariorum, ne utiles quidem: at contra emptor hereditatis habet in debitores hereditarios actiones utiles: in eum emptorem hereditarium non sunt actiones, ne utiles quidem: & tamen sunt ei utiles actiones in debitores hereditarios ex constitutione Divi Pii suo nomine, etiam sine cessione, *l. si cum emptore, D. de pact. l. 5. inf. de hered. vel act. vend.* ex cessione emptoribus hereditariis competent directæ, quia & heres idemque venditor cogitur cedere, sine cessione, competunt utiles: nam cum in ea causa sit venditor, ut eas debeat cedere ex constitutione Divi Pii, & ultro dantur utiles, non expectata cessione: & fere ubi est directa actio ex cessione, sine cessione est utilis in his speciebus, si nomen emptum sit legatum, in solutionem datum, vel si absentis nomine credita sit pecunia, *l. 1. §. nunc tractemus, D. de tut. & ration. distrah. l. ex legato, inf. de leg. l. 4. inf. si cert. pet.* denique in emptorem hereditatis non sunt actiones in invitum, ne utiles quidem, emptori tamen hereditatis sunt utiles sine cessione, vel directæ ex cessione: cur tam varia ratio? Dixit Accursius in *l. 2. D. de her. ven.* quia nemo potest seipsum obligatione liberare sine consensu creditoris: heres idemque venditor hereditatis obligavit se creditoribus hereditariis adeundo hereditatem: ergo solus non potest se liberare: At obligationem, quam habet, potest in alium transferre, cedere alteri; & licet nondum transtulerit, tamen quia cogi potest, ut transferat, & cedat, non absurde dantur utiles, non expectata cessione: ab hoc excipitur fiscus: nam si fiscus hereditatem sibi delatam alteri vendiderit, non agitur cum fisco, sed cum emptore hereditatis creditores experientur utili actione, *l. 1. inf. de hered. vend. l. eum qui, D. de jur. fisc.* Id prima specie pugnat cum *l. 2. & 3. inf. de quad. præs.* quæ vult, ut ne interpellentur ullo modo qui quid emerunt a fisco: dat passim securitatem his, qui emerunt a fisco, ut non possint conveniri ulla alia actione: ergo is, qui emit hominem a fisco, non potest ulla alia actione interpellari; & hoc est quod ait *dict. l. 3.* cesset omnis actio; non potest ergo, qui emit a fisco, conveniri a creditoribus hereditariis: quo modo etiam adversus dictas leges *de quad. præs.* opponunt *l. 5. inf. de liber. cau.* quæ vult, ut ancilla, quam quis emit a fisco, adversus emptorem agat de statu, ergo is, qui emit a fisco, non est omnino & plene securus: opponitur *l. nec ullam, §. item si quis a fisco, D. de petit. hered.* quæ vult, ut is, qui emit hereditatem a fisco, teneatur petitione hereditatis: sed ad *l. nec ullam, §. item si quis,* recte Accursius, atque etiam Fulgosius in *l. 1. de her. vend.* affirmant correctum esse *§. item si quis* a *dict. l. 2.* quæ est Zenonis, idque constare ex *§. ult. Instit. de usucap.* quo demonstratur, ante Zenonem, eum, qui quid emisset a fisco, potuisse interpellari intra quinquennium, post quinquennium non item: erat illi præscriptio quinquennium, non item actio post quinquennium, de qua in *l. nec ullam, & l. ult. inf. si adver. fisc.* etiam ante Zenonem potuit conveniri, sed intra quinquennium, qui emerat hereditatem a fisco, post quinquennium non item, sed non ita dicetur de *l. 5. inf. de liber. cau.* uti Thalelæus notat *βασιλικῶν* 48. Zeno vult neminem posse conveniri actione in rem de dominio, vel hypotheca si emerit a fisco: cognitio de statu est in rem, *§. præjudicialis, de action.* sed neque de dominio, neque de hypotheca: ergo potest interpellari is, qui emit a fisco actione in rem, non de dominio, vel hypotheca, sed de statu, ut ancilla quam emit potest proclamare ad libertatem: sic etiam constitutione Zenonis non continetur quæstio de emptore hereditatis: nam si quis eme-

emerit a fisco hereditatem, poterit etiam conveniri a creditoribus hereditariis ex *d. l.* 1. quia id actum intelligitur inter emptorem hereditatis & fiscum: hinc excipiemus casum a constitutione Zenonis cum ita conventum sit, ut emptor onera subiret, qui jubetur invitus ex constitutione *l.* 1. *inf. de hered. vend.* ac proinde venditor quasi fideicommissarius Trebellianus, in emptorem omnes actiones transferet.

Ad L. III. Servus creditoris meliorem *causam domini facere potest: in deterius autem reformare novo pacto non potest obligationem recte constitutam. PP. VIII. Kalend. April. Severo 3. & Antonino AA. Coss.*

QUod proponitur in hac l. non est inutile: nam hoc etsi scriptum sit de servo, tamen locum habet & in filiofamilias, ut patris creditoris meliorem conditionem facere filiusfamilias possit, in deterius autem mutare recte constitutam obligationem non possit, *l.* 7. *D. de pact. dot. & l. filius, inf. hoc tit.* Idem obtinet in procuratore, *l. ignorantis domini, D. de procurat.* & in beneficiario, sive vassallo, ut meliorem conditionem domini facere possit, non deteriorem, *lib.* 2. *feudor. tit.* 9. Ergo quæ dicuntur de servis, eadem dicta putemus & de filiisfamilias, & de procuratoribus, aut beneficiariis, nisi secus admonuerimus. Servus obligationem recte constitutam novo pacto in deteriorem reformare non potest, in meliorem potest: nec interest ipse servus eam obligationem contraxerit, an dominus: nam neque a se, neque a domino constitutam recte obligationem servus in deteriorem mutare potest. Ergo si pacifcatur servus solvi minores usuras, cum initio essent promissæ majores, inutilis est pactio, quia contractus in deterius reformatur: reformare contractum est partem aliquam contractus emendare, repetere, retractare, *l. jurisgentium*, §. *adeo*, *D. de pact.* quo loco utitur utroque verbo, & *repetendi*, & *reformandi*, & repetere est, quasi repetere tabulas emptionis, quod Græcis ὑπαναχωρεῖν, quod est cessim redire: nam tunc cessim itur, cum pars aliqua contractus emendatur, & remittitur, reformare μεζατυποῦν, quo verbo usus est Harmenopulus *lib.* 7. *Epit.* & alio loco, sed corrupte: nam pro μεζατυποῦν scriptum est, μεζαποιεῖν: ἀμείβειν τὴν φύσιν καὶ μεζαποιεῖν; corrupte μεζαποιεῖν pro μεζατυποῦν: μεζατυποῦν non est transformare, quo verbo nusquam usi sunt nostri Jurisconsulti, sed interpretes sine auctore, sed est reformare, quod est partem aliquam contractus emendare, & omnino cum de pactis agunt, utuntur formandi & reformandi verbo: pactio format contractum, cum dat ei legem, modum, formam aliquam: ut cum vendo ea lege ut tu satisdes evictionis nomine, non repromittas tantum, pactiones efficiunt, ut qui idem nomen habet contractus, videatur nonnunquam esse dissimilis a ceteris contractibus idem nomen habentibus, quia pactiones variant contractus. Sed non tantum formant contractum pactiones, quæ fiunt ex continenti, sed etiam ex intervallo recte habitum contractum reformant; ut si post perfectam venditionem pacifcamur, ut pars tantum rei venierit, pars altera inempta sit; hæc pactio, quæ fit ex intervallo reformat contractum, cum quasi cessim, & retro agit contractum, ut partis tantum fiat venditio, non totius rei totum mutare contractum: hoc certe est tollere, non reformare: & hoc tamen modo etiam non potest servus tollere contractum, si ex eo fiat domini conditio deterior: ergo neque reformare in deterius contractum, neque totum immutare contractum servus potest in fraudem domini: recte autem dixi, post obligationem constitutam, pactum a servo interpositum, si jus domini inutile & deterius faciat, non servari, & ut dicam iterum, post obligationem constitutam non recte servus pacifcitur pactione nova, quæ rem domini pejorem faciat: nam si per servum ipsum dominus contraxerit obligationem, contrahendi tempore in ipso

A negotio servus recte pacifcitur, etiam de levissimis usuris si velit; ut si per servum suum creditor pecuniam crediderit, servus ipso credendi tempore pacifcetur levissimas usuras tantum stipulatione adhibita, cum in credita pecunia usuræ non debeantur, nisi adhibita stipulatione; ergo poterit convenire in ipso contractu de levissimis usuris, aut pacisci etiam poterit in ipso credendi tempore ne pecunia petatur intra certum tempus, *l. sin autem*, *D. de pact. l. apud*, §. *in hac exceptione*, *D. de dol. except.* ergo servus, per quem contrahit dominus, potest in ipso contractu leges dicere pejores, id est, quibus fiat conditio domini pejor: quia de se queri debet dominus, qui in eo voluit uti opera servi: alioqui si servus sponte contrahat, neque ex continenti, vel intervallo pacifcendo, neque jurejurando, condi-
B tio domini deterior fieri potest: sed fiet deterior, ut dixi, si contrahat jussu & voluntate domini, & in eo ipso contractu legem aliquam dicat deteriorem: hæc lex nocebit domino, qui eum contractus sui administratorem esse voluit: facit etiam servus conditionem domini deteriorem non acquirendo, *l. ult. inf. de acqu. possess.* cujus quæstio non explicatur dilucide: agitur de possessione, quam possidemus per servum nostrum, per procuratorem, colonum, aut inquilinum. Finge: possideo rem alienam animo meo, & corpore servi, aut procuratoris, coloni, aut inquilini: si servus vel procurator decedat de possessione, an amitto possessionem? distinguendum est: aut discedit non deferendæ possessionis animo, & hoc casu possessionem non amitto: possessio non acquiritur nisi corpore
C & animo, non amitto nisi corpore & animo. Sed si servus per se possessionem animo deferendæ possessionis, & aperiendæ alteri discesserit, quæritur an possessionem amittam? & Sabiniani existimabant me possessionem amittere; quasi servus possessionem meam interverterit, & idem in *l. si colonus*, *D. de acqu. possess.* si colonus non animo deferendæ possessionis discesserit: ex quibus verbis licet ex ἀντιδιαστολῆς, id est, a contrario sensu colligere, quod si discesserit deferendæ possessionis animo, damnum infligit possessionis domino suo, *l. si de eo*, §. 1. *eod. tit.* Sed Proculejanis aliud erat judicium, quorum sententiam probat Justinianus *l. ult.* ut si servus discesserit animo prodendæ possessionis alteri, tamen non amittam possessionem, & congruit cum *lege cum quis*, *de dol.* ne malignitas servi damnum
D possessionis domino afferat, ne domini conditio fiat deterior. Sed quid fiet si misero servum meum, ut possessionem adipisceretur, & is dolo malo noluit adipisci, & in eo, quod jusseram perfide & negligenter se gessit, an nocet mihi malitia & negligentia servi, quem miseram possessionis apprehendendæ causa? mihi nocebit negligentia, cum videar adeptus possessionem mihi per servum, quem miseram, qui apprehenderet, quandoquidem acquirendi animo destricte miserim. Itaque videor possessionem adeptus cum miserim hominem, sed hoc casu definitur in ea *l. ult.* me non videri adeptum possessionem, & negligentiam servi mihi nocere: nec obstare regulam illam, quæ dicit, servum meliorem conditionem facere posse, deteriorem non posse: nam ea regula in acquirendis lo-
E cum non habet, sed cum damno rei suæ dominus periclitatur, non cum lucrum acquirit per servum. Ad summam eo res abiit, ut facto servi mei possessionem, quam per eum possidebam non ammittam, facto tamen servi mei, ut possessionem, quam per eum acquirere parabam, non acquiram illo possessionem non apprehendente. Ergo potest conditio domini deterior fieri in non acquirendo, non in ammittendo eo quod acquisitum sit semel, sive dominium sit, sive possessio, sive obligatio. Facit etiam servus domini conditionem deteriorem delinquendo; quia dominus ex maleficii causa compellitur servum noxæ dedere, id est servo carere, si nolit sufferre æstimationem litis, *l.* 1. §. *quod igitur*, *D. de vi, & vi arm.* Cum, inquit,

inquit, dominus maleficii cauſa ſervum noxæ dederit, id in damno debet reputare, cum ſervus hoc poſſit domini deteriorem conditionem facere, *cum ſervus* ,*oc*, id eſt *in hoc*, ut βασιλικά, ἐν τούτῳ, vertunt, id eſt, delinquendo fieri poteſt, ut ſubeat judicium noxæ, atque compellatur vel damnum præſtare, id eſt noxam ſarcire, vel ſervo carere. Sed idem dici non poteſt in filiofamil. qui delinquendo deteriorem conditionem patris non facit, nec procurator, colonus, aut inquilinus: quia filiifamil. nomine non eſt actio noxalis, §. *ult. Inſt. de action.* noxa olim fuit & filiifamil. ut liberi hominis nomine, ex 12. tab. cum liber homo, qui furtum fecerat, dedebatur ei, cui furtum fecerat: hodie nulla fit deditio, nullus nexus liberi hominis: & videtur *l.* 3. §. *proinde*, *D. de lib. hom. exhib.* ſignificari etiam liberum hominem noxæ dedi: nam dicit interdicto de lib. hom. exhib. eum tantum teneri, qui dolo malo retinet hominem liberum: porro eum non retinere dolo malo liberum hominem, qui retinet ſuum libertum, in quem eſt patronis propria quædam affectio, vel qui retinet ſuum alumnum, quem educatores unice diligunt ac ſi filium: ergo qui retinet libertum, vel alumnum ſuum, quamvis hominem liberum retineat, tamen non tenetur interdicto de liber. hom. exhib. quia caret dolo malo, qui juſtam cauſam habet retinendi hominem liberum: idem ſi quis noxæ deditum impuberem adhuc retineat: nam in hunc non eſt interdictum de hom. lib. exhib. quod tamen non accipiendum eſt, ac ſi liber homo poſſet noxæ dedi, puta filiusfamil. ex noxæ cauſa, ſed ita eſt ponenda ſpecies, ut fuerit ſtatuliber noxæ deditus: ſtatuliber ſervus eſt, qui ſperat libertatem: ſi ſtatuliber noxæ deditus ſit, & conditio libertatis exiſtat, tunc incipit liber homo eſſe apud eum, cui deditus fuit initio, quaſi ſervus: ergo retinendi ejus juſtam cauſam non habet, qui pervenit ad libertatem: vim inferre libertati, ad quam pervenit ſtatuliber, non poteſt is cui deditus eſt: ergo tenetur interdicto de lib. hom. exhib. niſi impuberem non exhibeat, & dimittat, niſi adhuc ſit impubes: nam retinendi hominis liberi impuberis eſt juſta ratio, quia hæc ætas, quæ eſt infirmiſſima, & ut Ariſtoteles ait, συνξαπάτητος, ſi cui facile imponi poteſt, maxime indiget cuſtodia: ergo ſi ſtatuliber, qui eſt noxæ deditus exiſtente conditione pervenerit ad libertatem, & ſit impubes, non continuo debeo dimittere; quinimo ſi pietate moveor, ſi ætatis rationem habeo, debeo illum adhuc retinere, quoad exiſtat aliquis, cui poſſim tuto dimittere: & impuberem noxæ dedi non eſt novum, ſi ſit doli capax, & proximus pubertati, §. *penult. inſtit. de obligat. quæ ex del. naſc.* ergo impubes ſtatuliber, qui doli capax erat, & furtum fecerat, fuit noxæ deditus, & cum eſſet apud eum, cui noxam fecerat, pervenit ad libertatem: itaque ſi eum non dimittat, non tenebitur interdicto de lib. hom. exhib. cum ſit juſta retinendi ratio, & ita explicanda eſt hæc *l.* 3. Ego oſtendi in eo differre ſervum a filiofamilias, quod ſervus facit deteriorem conditionem domini delinquendo, filiusfamilias non facit, *d. l.* 3. ejuſdem rationis eſt filiusfam. in *l.* 23. hic, cujus interpretationem ſic nos adgrediemur. Quæritur, an filius paciſcendo, aut debitum accipiendo, nihil detrahat patris obligationi? filius paciſcendo non poteſt renovare obligationem recte conſtitutam, non poteſt in deterius reformare paciſcendo, nec debitum accipiendo: quid dicemus? eum, qui ſolvit filiofamil. invito patre non liberari, ut de ſervis proditum eſt in *l. ſi ſervus legatus*, §. 1. *D. de leg.* 1. ſervo meo me invito non ſolvitur recte. Item filio meo me invito non ſolvitur recte, & qui ſolvit nihil detrahit meæ obligationi: ſed poteſt ita res explicari. Acceptatio debiti, puta pecuniæ, vel uſurarum, nonnunquam vim habet taciti pacti. Finge: filiusfamil. diu accepit minores uſuras, per multa tempora, puta per annos 10. cum tamen initio eſſent promiſſæ graviores uſuræ: alias hæc acceptatio, quo verbo ſignificamus acceptionem, habet vim taciti pacti, ut non petantur graviores, ſed leviores, quæ diu exactæ ſunt, *l. qui ſemiſſes*, *D. de uſur.* ſed ita debitum accipiendo filius non reformabit recte inſtitutam obligationem: ergo ſi filius meus leviores diu accepit uſuras, vel ex ſuo, vel ex meo contractu, cum eſſent initio promiſſæ mihi graviores: ſemper erit graviorum exactio, quia non potuit filius uſuras accipiendo leviores, deteriorem meam conditionem facere. Rurſus hæc regula, ut ſervus conditionem domini meliorem facere poſſit, deteriorem non item, locum habet in rebus dominicis: videamus an locum habeat, vel quatenus in rebus peculiaribus. Servi nihil proprium habent, ſic jactatur vulgo: imo vero aliquid habent proprium conniventibus dominis: nam & dominis plerunque ſolvunt pro capite pretium, feriunt muneribus dominos: conqueritur ſervus ille, quod ſemper de demenſo ſuo defraudetur, quod ſemper ſit afficiendus dominus muneribus: & dato etiam peculio ſeparantur bona domini a bonis ſervi, *l.* 4. *D. de pecul.* & *l. per ſervum*, §. 1. *D. de acq. rer. dom.* ſeparatur ſubſtantia domini a ratione ſervi, & peculium eſt quaſi patrimonium ſervi, *l.* 40. *D. de pecul.* & ſervus vicarius, qui eſt peculiaris ſervus, eſt quaſi ſervus ordinarii ſervi: ergo in rebus peculiaribus videntur ſervi omnia poſſe, quia vice dominorum funguntur, & in rebus peculiaribus omnia poſſunt ſervi, & filiifamil. maxime ſi liberam habeant peculii adminiſtrationem, dum ne quid agant donandi cauſa, & ita ſcriptum eſt in *l. contra*, §. *ult. D. de pact.* *l.* 1. §. 1. *D. quæ res pig. oblig. poſſ.* poſſunt res peculiares vendere, permutare, novare, exigere, tranſigere, ſolvere, ſuo arbitratu: ſed donare & perdere res peculiares non poſſunt: ergo ſi paciſcantur donandi animo, de non petenda pecunia, quæ debetur ex cauſa peculiari, inutilis eſt pactio, etſi habeant liberam peculii adminiſtrationem: & idem in procuratore, qui habet liberam omnium bonorum adminiſtrationem: nam huic omnia libera, præter donationem, *l. mandato*, *D. de procurat.* ubi pro *decidendi*, eſt legendum *deminuendi*, ut quodam loco probavi multis, dum dicit procuratores, qui habent generale mandatum, non poſſe tranſigere decidendi cauſa, quod eſt iniquum & falſum, quia procurator decidere de lite poteſt, tranſigere decidendæ litis cauſa, dirimendi ambigui cauſa, ut de tutore proditum eſt iiſdem verbis in *l. Lucius*, §. *ult. D. de admin. tutor.* qui etiam habent omnium bonorum liberam adminiſtrationem: nam quod dicunt intereſſe inter procuratorem, qui habet generale mandatum, ab eo, qui habet liberam adminiſtrationem, nugatorium eſt, quia prorſus idem eſt. Ergo his omnibus procuratoribus, puta qui habent liberam adminiſtrationem omnium bonorum, & filiis, & ſervis, qui habent peculii adminiſtrationem, omnia licent præter donationem rerum peculiarium: & eadem ratione etiam adjiciemus, præter votum: nam & votum ſpecies quædam donationis eſt: nam ſervus aut filiusfam. nihil poſſunt vovere ſine auctoritate patris, aut domini, & ſi quid voveant, voti nuncupatio, ſponſio illos non obligat, cum alias ex voto ſit obligatio: ſi quid paterfamil. voveat pubes, ſui juris, obligatus eſt is, qui vovit, & heres ejus, ut rem, quam vovit ſolvat. Ceterum filiifamil. aut ſervi, qui per patrem, aut dominos ex voto, quem ſervi, vel filiifamil. ipſi fecerunt, non obligantur, *l.* 2. *D. de pollicit.* & hos duos caſus voti, & donationis, etiam Accurſ. notavit hoc loco: ſed præter hos duos caſus annotat Accurſ. alios, qui tantum ad ſervum pertinent: ſi ſervus ſe emi mandaverit, quem caſum male ſcindit in duos, puta & ſi ſe vendiderit: nam hic ſecundus poni nullo modo poteſt: nam ſervus ſe ipſum vendere non poteſt. Igitur ſi ſervus ſe emi mandaverit, nullum eſt mandatum, *l. ſervus*, & *l. cum ſervus*, *D. mand.* ſervus mandavit extero, ut ſe emeret a domino; nullum eſt mandatum, *d. l. cum ſervus*, &

ideo extraneus, qui mandatum suscepit, quique fidem dedit servo se empturum, contracto mandato non poterit cum domino agere act. mand. de peculio, ut scilicet eum servum vendat: tenetur quidem de peculio ex contractu servi: servus contraxit mandatum de seipso vendendo: videtur ergo posse dominus conveniri ex eo mandato, ut eum servum vendat: sed quia nullum est mandatum, non convenietur: & ita hic est unus casus, quo dominus non tenetur de peculio, & sequentes casus, quos notat Accurs. eo spectant, ut non teneatur dominus de peculio ex contractu servi. At finge: servus se emendum curavit, ut manumitteretur, & ita quidam, cui hoc mandavit servus, promisit se empturum, & emptum manumissurum, eumque extraneus suis nummis emit: alioquin non liberaretur judicio venditi, nisi suis nummis emisset, quoniam cogitur emptor facere nummos accipientis, licet non teneatur venditor facere rem accipientis. Igitur si emerit servum suis nummis, postea non poterit agere cum domino actione mand. de peculio, ut repetat pretium, quod numeravit de suo: alioqui si verum esset mandatum, dominus confestim cogeretur reddere pecuniam actione mand. de peculio: & Prætor, qui dedit actionem de peculio ex negotio gesto cum servo, non videtur cogitasse de his contractibus, quibus servi se dominis mala ratione auferunt. Igitur non dat mandati de peculio actionem, quia nullum est mandatum. Et e contrario, etiam non aget dominus servi adversus emptorem contraria actione mandati, ut servus manumittatur, nisi ex casu; hoc est, affectionis ratione: affectio pro necessitudine hic accipitur: quæ ratio facit, ut agam ultro necessariæ personæ nomine, *l. sed & hæ personæ, D. de procur.* quæ mihi actio non competit, ea aget is, qui mihi necessitudine conjunctus est, etiam me invito & ignorante, ut puta liberi licet sint in potestate, item parentes, & fratres, & affines, & liberti: affectionis ratio facit, ut agat hic venditor actione mand. non ut dominus, sed ut propinquus, atque ita affectio ponitur pro necessitudine. Finge aliter contractum mandatum inter servum & extraneum, puta mandasse servum extraneo, ut se emeret ea lege, ut redimeretur, fit quotidie in emptione pactio de revendendo, sed est quædam pactio de redimendo, de qua *l. servus, mand.* alia, de qua agitur in *l. cum servus, D. mand.* quæ est quoque de redimendo servo, nec utriusque pactionis eadem ratio, distinguere unum ab altero oportet. Finge ergo: mandavit servus extraneo, ut se emeret, ea lege, ut redimeretur: mandati actio ultro citroque est, & is, qui emit, promisit se revenditurum intra annum unum, aut alterum: an ergo ex mandato potest compelli venditor act. mand. ut eum servum redimat? minime: ut redimat compelli non potest: ita venditor redimere compelli non potest, quia nullum est mandatum, quia titulus de peculio nihil pertinet ad eos contractus, quibus servi se dominis auferunt malo more. Ergo, ut ait *l. servus*, non erit ei actio ulla mandati in dominum de peculio: ubi ultro, est actio contraria, quæ datur ex adverso, sive ex contrario, *l. 2. & ult. D. de negot. gest.* huic autem articulo contra, videtur esse contrarius articulus *ultro*, sed tamen contra actio ei datur, nonnumquam ultro, id est, etiam si non agatur directa actione, *l. in commodato, §. 1. D. commod.* cum ergo agitur directa, contraria datur: contra, cum non agitur directa, contraria datur ultro, *l. sed an ultro, D. de neg. gest. & l. 29. in fin. D. famil. ercisc.* idem est contra, & ultro: sed illo casu non habebunt actionem mandati, qua compellantur redimere eumdem servum, si se mandaverit emendum, ut redimeretur: non habebit venditor actionem mandati, qua compellat extraneum ut revendat, nisi affectus ratione, cum is, qui vendidit est pater, vel filius, quæ omnes species erant explicandæ, ut intelligerentur ea, quæ ponuntur in *l. cum servus, D. mand.* alios casus Accursius refert, quos nos explicabimus die crastina.

Heri diximus ex *l. 3.* servum creditoris, obligationem recte constitutam nova pactione in melius, non in pejus reformare posse, & quid esset reformare: pacta formare & reformare contractum, formare initio, reformare ex intervallo pactione nova: sic loquitur *l. 3.* & quodammodo novum contractum fieri, & pertinere eam regulam, etiam ad filiosfam. & procuratores, & omnino ad alios quoscunque vicarios, & perdere suum officium domino contrahente per servum: nam in eo contractu servo licere pacisci, etiam id, quo domini conditio deterior fiat, vitiari servo non acquirente, ubi exposui sententiam *legis ult. inf. de acq. poss.* vitiari servo delinquente, propter noxalem actionem, quam patitur dominus ex maleficio servi: sed id constitui non posse in liberis hominibus, quibus nulla competit actio noxalis, ubi satis difficilem enodavi locum *l. 3. §. proinde, D. de hom. lib. exhib.* & adduxi interpretationem *l. 23. hujus tit.* quæ idem in filiofam. constituit, quod *l. 3.* in servo, & ne quid eorum, quæ Accurs. tractavit prætermitterem, separavi rem dominicam a re peculiari: in re dominica nihil servum posse in fraudem domini, in re vero peculiari omnia posse, quasi dominum, dum ne quid agat donandi causa. Idem in filiofam. & procuratore, donando nihil agere, etiam si habeant liberam bonorum administrationem: idem in votis observari: deinde alios casus explicavimus, quos tradit hic Accurs. servis proprios, non communes cum filiisfam. Primus hic fuit, si servus se emi extero mandaverit vel simpliciter, vel addita lege ut manumitteretur, vel ut revenderetur: ubi satis heri disserui, quæ esset sententia *l. servus meus, & l. cum servus, D. mand.*

Nunc tractabo reliquos casus, & breviter, quia hujus loci non erant, traditos ab Accurs. quibus domini non tenentur de peculio: hi tres sunt casus servis proprii: nam etiam his casib. pater tenetur de peculio, sed non dominus. Si servus fidejusserit pro alio extra rem dominicam, vel peculiarem: debuit plenius dicere Accurs. si intercesserit pro alio, *l. in persona, §. 1. D. de pact. l. 3. §. si filiusfam. D. de pecul.* si servus compromiserit in arbitrum: hic est 2. casus, & 3. si judicium susceperit & condemnatus fuerit, & jusjurandum detulerit: his casibus ex sententia Sabini, quæ obtinuit, quia servus neque est intercessor, nec litigator idoneus, dominus de peculio jure prætorio non tenetur: & quemadmodum ex his casibus servus ipse, nec naturali quidem jure teneri videtur, qui alias ex contractu, vel quasi contractu naturaliter obligatur, idque ex Sabinianorum disciplina, ut dicitur in *l. 3. §. si filiusfam. ex Sabini & Cassii sententia, & duab. seqq. D. de pecul. l. depositi, §. 1. l. quotiens, §. 1. eo. tit. l. 19. & 20. D. de fidejuss.* contra tamen eam definitionem adducitur *l. quidam, D. de jurejur.* quæ dicit dominum teneri de peculio quosdam putare, si servus actori detulerit jusjurandum in judicio, & ut eam l. adducant in concordiam, frustra laborant, quandoquidem in *l. quidam* refertur sententia Proculejanorum, *quidam putant*, nempe Proculejani: sed dicendum est, obtinuisse sententiam Sabinianorum, & supradictis casibus cum intercessit servus pro alio, quia non idoneus est intercessor, nullus est intercessor: vel cum compromisit in arbitrum: vel cum judicio sistit & accepit, subiitque condemnationem; vel cum in judicio actori jusjurandum detulit, quia servus non est litigator idoneus, non est idonea persona, quæ possit stare in judicio. Ideo ex his casibus non obligat dominum de peculio, perinde ac si ipse nec censeatur naturaliter obligatus. His casibus exceptis, servus obligatur iis, cum quibus contrahit, sed præterea ad causam peculiarem obligatur naturaliter, & consequenter dominus de peculio: & hæc sufficient ad *l. 3.*

Ad L. IV. Postquam liti de prædio motæ *renunciasti, causam finitam instaurari posse nulla ratio juris permittit. PP. IV. id. Feb. Albino & Emiliano Coss.*

Ait

AIt *l.3. poſtquam liti de prædio motæ renunciaſti, &c.* Fuit igitur lis de prædio rei vindicatio, puta: qui vindicabat prædium, renuntiavit liti; renuntiare liti videtur actor, qui poſtquam litem conteſtatus eſt, deſerit eam in totum, quam conteſtatus eſt cum alio, cum agendi deponit animum, *l. Papinianus*, *§. ult. & l. ſeq. D. de minor. l. deſtitiſſe, D. de judic.* quibus locis J. C. utitur verbo renuntiandi: ſed exempla eſſe neceſſe eſt, ut res ſit dilucidior: finge; impugnat aliquis teſtam. per querelam, vel ex cauſa exheredationis, vel ex cauſa præteritionis, quaſi inofficioſum, vel quaſi injuſtum teſtam. deinde mittit iſtam quæſtionem omnino, & legatum ex teſtam. petit: videtur renuntiaſſe priori quæſtioni, priori liti, quia, quod ante impugnabat teſtamentum, id amplectitur modo, & ex eo legatum ſibi deberi intendit: & aperte dicitur hunc videri renuntiaſſe liti, *l. ſi filius, D. de minor.* Et hoc quidem modo, qui renunciat liti, tacite pactus videtur, ne amplius eo genere actionis experiatur: deſeritur lis, id eſt, ſi quis a lite deſiſtat in univerſum: actionis tacita remiſſio eſt, ſive tacita pactio, ne amplius agatur; tranſactio non eſt, quia nihil datur, retinetur, promittitur, *l. tranſactio, tit. ſeq.* & ob id recte hæc lex poſita eſt ſub *tit. de pact.* quia renunciatio litis tacita pactio eſt, ne eadem lis redintegretur unquam, *l. qui deſtiterit, D. ad SC. Turp.* qui deſtiterit, agere amplius & accuſare prohibetur: qui deſtitit, id eſt, qui abſtinuit lite in univerſum, quæ pertinet ad SC. Turpillianum, ſub quo eſt poſita, quia qui deſtitit ab accuſatione non tantum eam accuſationem non poteſt repetere ex integro, ſed plectitur quaſi calumniator, & tergiverſator ex SC. Turp. nam nobis eſt tergiverſator, qui in univerſum deſtitit a lite: & qui tergum vertit, qui omnino deſtitit a lite: ſed alias tergiverſari dicimus eum, qui in univerſum a lite non deſiſtit, ſed in ea cunctatur, moratur, fruſtratur, moras nectit, trahitque, unde veteribus gloſſis tergiverſatio eſt φιλοδικία, & περίκαμψις, μέλλισμός, & cunctatio hæc non coercetur, qui etiam deſiſtit in univerſum ab actione civili, non coercetur, ſed qui ab accuſatione in totum deſiſtit, coercetur: quia habetur pro calumniatore, id eſt, calumniatus ab initio improbe videtur: ergo ut propius ea, quæ pertinent ad legem explicemus: Si is, qui deſtitit a lite civili, denuo eadem actione experiatur, repelletur exceptione pacti, quia tacite pactus videtur, ne amplius agat, vel exceptione doli, vel in factum. Ergo renuntiatione ipſo jure non finitur, ſed per exceptionem: & ita ſunt accipienda verba *cauſam finitam inſtaurari non poſſe*. Cauſa vel lis finitur tranſactione, pactione, judicato, longo ſilentio, nec quæ ex his aliquo modo finita eſt, ejus litis inſtaurandæ jus eſt: utuntur ſæpe auctores nimirum his verbis, *inſtaurandæ litis*, maxime *in tit. ſeq.* quæ & veteres gloſſæ his verbis interpretantur παλινδικίας, quæ poſt rem judicatam inſtituitur uno verbo reparatio appellatur. Nicetas in Alexio, ἀπήτει παλινδικίαν, & Heſychius, παλινδικία ἡ ἐξ ἀρχῆς δίκη: ſed & quælibet litis quoquomodo finitæ retractatio παλινδικία eſt. Ergo hæc lex 1. quæ vetat poſtquam liti de prædio motæ renuntiatum eſt, cauſam finitam inſtaurari poſſe, vetat παλινδικίαν. Porro hoc loco Bartolus inſtantiam confundit cum lite, ineptiſſime: differre ex eo liquet, quod litis bonæ mala eſſe inſtantia poteſt, *l. & poſt edictum, D. de judic.* Tertullianus *libro de patientia: quoties inſtantia*, inquit, *ejus deterior inventa eſt cauſis ſuis: inſtantia*, inquit, *deterior fuit lite*, id eſt, ſæpe qui bonam cauſam habent, id eſt, juſtam litem, hi eam exequuntur male, id eſt, inſtant male, urgent male: id etiam ex eo liquet, quod etiam ſi is, qui renuntiavit liti, videatur renuntiare inſtantiæ, non continuo renuntiat liti: cui perit inſtantia, non continuo perit lis, *d. l. & poſt edictum*: ſi actor, qui impetravit tria edicta, & poſtremo peremptorium edictum, ſi die cognitionis non adſit, circumſcribitur edictum, id eſt, reo, qui venit eo die, quo jus datur, paruitque edicto

A peremptorio, abeundi jus datur: quia ex circumductione edicti ſequitur peremptio inſtantiæ, lis ſalva manet, quia licebit ex integro litigare, cui perit inſtantia, non perit etiam lis: & ita etiam ex *l. properandum, D. de judic. & l. ult. ut int. cer. tem. crimin. quæſt. term.* ſi non peragatur cauſa civilis intra biennium, cauſa criminalis intra triennium, lapſu biennii, aut triennii perimetur inſtantia, id eſt, relaxabitur reus obſervatione judicii, non perimitur actio, lis: nam conteſtatione lis perpetuatur, tantum abeſt, ut a conteſtatione intra biennium duntaxat perduret, *l. aliam, D. de novat.* id eſt, ſi ſit actio temporaria, conteſtatione fit perpetua, & ſi ſit perpetua, per conteſtationem prorogatur in annos 40. cum tamen non ſoleat perpetua actio durare ultra annos 30. *l. ult. inf. de præſ.*
B 30. *anno.* & ita Accur. hic annotat recte, cujus omnia quæ in hac lege annotavit, mihi magnopere probantur, non minori ſtudio, quam quæcunque poſt Accur. aut contra Accurſ. dicta ſunt a me improbantur. Inſtantia ergo quid ſit, liquet ex his, quæ ſupra dixi: quid eſt inſtantia? eſt obſervatio ejuſdem judicis judiciique, eſt in eodem judicio conſtans permanſio, & perſeveratio, lis plus quiddam eſt, lis complectitur actionem: ſed, ut dixi, Bartol. male confundit litem & inſtantiam; docet ita agi: conventio facta in una re, non nocet in alia re, propoſitio eſt vera, falſa aſſumptio hæc: conventio, de qua agitur in hac l. eſt de inſtantia, quia eſt de lite, & lis nihil aliud eſt, quam inſtantia, ergo hæc conventio, de qua agitur in hac l. non debet nocere in actione, id eſt, is, qui renunciavit liti, non
C videtur renuntiare actioni. Reſp. falſam eſſe aſſumptionem, litis nomine ſignificari non tantum inſtantiam, ſed & actionem, *l. litis, D. de verb. ſignif.* quam interpretatur *l. lis nulla, D. de judic.* conjuncta cum *l. cum ſervo, D. de reg. jur.* conjungenda eſſe alia alii, nam & utraque eſt ex eodem libro Caii primo ad edictum provinciale: una ait, litem nullam eſſe cum filiofam. alia ait, nullam actionem eſſe cum ſervo. Ergo litis nomen complectitur non inſtantiam tantum, ſed & actionem, & cum liti renuntiamus, actioni renuntiamus: litis ergo renuntiatio actionis remiſſio eſt, ſi non ipſo jure, ſaltem per exceptionem. Nam quod ait Bartol. reſpondens eum, qui renuntiat inſtantiæ, videri renuntiare, falſum eſſe docuimus ſupra: nam cum perit inſtantia actionis, non perit actio, non eſt ergo verum eum, qui re-
D nuntiat inſtantiæ, renuntiare actioni, probat male arg. *l. illud, D. de adq. hered.* ubi ponitur teſtamento heres ſcriptus is, qui etiam poterat teſtatori ab inteſtato ſuccedere, & eum repudiare hereditatem legitimam: per hereditatem legitimam, quam repudiat, inquit lex, videtur etiam repudiare teſtamentariam, quia neceſſe eſt repudiari prius hereditatem ex teſtamento, quam deferri ab inteſtato: unde eodem modo, quo repudiat hereditatem legitimam ab inteſtato, quæ poſterior eſt, videtur ex teſtamento repudiare; unde ita colligit: prior eſt actio inſtantia, hoc eſt certum: ergo, qui repudiat inſtantiam, ſtatim repudiat actionem, quæ inſtantia prior eſt: atque ita a ſcriptione *d. l. illud* vel ſibi, vel nobis imponit: ſed conſiderandum eſt in *l. illud* duos eſſe jure repudiandæ hereditatis modos: unum
E ex teſtamento, alterum ab inteſtato; poſteriori jure repudiato, conſequenter repudiari prius: ſed in ſpecie, quam tractamus unum eſt jus, una actio, quæ certe non remittitur, licet perſequendi inſtantia remittatur: poſterioris juris remiſſio, eſt & remiſſio prioris, quoties conſequitur aliud ex alio, quæ conſequutio non eſt cum unum jus tantum eſt: id ergo manet ſemper, niſi remiſſum eſt nominatim, id eſt, actio ſalva eſt, etiam ſi ea agere non pergam, aut ſi ei exequendæ non inſtem: male & idem auctor ait, poſt litem conteſtatam non poſſe remitti inſtantiam, niſi primum remittatur actio, quod etiam falſum eſſe liquet ex ſuperioribus, ex *d. l. & poſt edictum, & l. properandum*, quibus locis oſtenditur perire inſtantiam, etiamſi

etiamsi prius non perierit actio, nec post peremptionem instantiæ perire etiam litem: ergo qui renuntiat instantiæ, ut sit utilis renuntiatio, non necesse est, ut prius renuntiet actioni; sed accuratius separanda est lis & instantia, nec admittenda est differentia utriusque vocabuli illa, quam introducit Bartol. qui etiam ut probet non posse renuntiari instantiæ, nisi renuntietur actioni, male adducit *l. edita 3. de eden.* quæ dicit actionem editam mutari posse, vel emendari: mutatur actio, cujus nomen mutatur: emendatur actio, cujus nomine retento, quædam aliæ partes mutantur: ex eo male colligas, te non posse instantiam remittere, nisi prius remiseris actionem. Idem male probat, ante litem contestatam renuntiari posse instantiæ, futuræ scilicet, licet non renuntietur actioni: id probat ex *l. & post edictum, D. de judic.* ante litem contestatam renuntiari posse instantiæ futuræ, licet non renuntietur actioni, ac si ea, quæ dicuntur in *l. & post edictum* referantur ad tempus, quo lis contestata non est, cum longe aliter se res habeat: nam quæcumque habentur illo titulo de tribus edictis & peremptorio, post litem contestatam locum habent, cum actor, aut reus deserit litem contestatam, quod significat *l. & tertium, eod. tit.* cum utitur verbo tergiversari: nam numquam dicitur tergiversari, nisi post litem, *l. 1. ad Turpil.* quæ loquitur de eadem re, dum ait, si litem inchoatam deserit, & Harmenopulus *lib. 1. epit. tit. 4.* qui addit post litis contestationem, *μετὰ προκάταρξιν*; atque etiam Eustathius lib. *περὶ χρόνων, περὶ δέκα ἡμερῶν*. Ergo ex *l. & post edictum* id potius colligam, eum, qui post litem contestatam renuntiat instantiæ, non videri renuntiasse actioni, & cui post litem contestatam perit instantia, non perire etiam actionem: eum, qui post litem contestatam renunciat instantiæ, non videri renuntiare actioni: idem ait male, hodie etiam post actionem dictatam, editam & adversarium vocatum in jus, non posse actorem discedere a lite, ex *Nov. de litigio.* 112. Bartol. ex ea Nov. definit eum, qui vocavit adversarium in jus non posse pœnitere & abstinere improba lite, sed in ea perseverare debere usque ad finem, cum hæc Nov. vetet tantum differri litem: non desistit a lite, qui differt, *l. destitisse, D. de judic.* eum, qui semel egerit, actionem dictaverit, debere litem exequi usque ad finem, non inde vero affirmo eum non posse in universum desistere: illa Nov. vetat tantum differre litem: ergo dum vult, ut agere perseveret, hoc vult, ut ne cunctetur, moretur, frustretur, differat negotium, ut uno tenore rem peragat, non etiam, ut si hoc satius esse adverterit, lite abstineat in universum, & bonam fidem agnoscat: ea verba hujus Nov. effecerunt, ut plerique putarint hodie actionem semel editam non posse mutari, vel emendari, cum dicat Nov. esse perseverandum usque ad finem: sed nihil eis verbis permoveri debemus: nam facile admittetur, ut debeat quis perseveranter exequi eandem litem sine interruptione, aut mora ulla, qui dictavit actionem aptam negotio proposito: ergo si ea actio, quam elegi fuerit congrua, debeo eam constanter exequi: sed si non fuerit congrua, integrum mihi erit mutare, vel emendare ex *l. edita.* Sed sunt in eo auctore permulta, quæ quia sunt facilia, vobis legenda relinquemus: die crastina veniemus ad *l. 5.*

Ad L. V. Creditori tuo si partem pecuniæ *exolvisti, de parte vero non petenda inter te & eum cum convenit ob causas negotiaque ejus tuo patrocinio, fideque defensas, ea obligatione partim civili jure, partim honorario liberatus es. Nam exceptio perpetua pacti conventi, vel doli, residui petitionem repellit: cum & solutum per ignorantiam repeti potuisset: PP. VIII. Kalend. Aug. Romæ Ant. A. 4. & Balbino Coss.*

Lex 5. scripta est ad Demagoram, qui ut nomine, ita re erat Demagoras, id est, patronus causarum, ut A verba hujus rescripti demonstrant *ob causas tuo patrocinio defensas*, & species hæc est. Advocatus quidam debuit Titio centum: solvit ei 50. & de reliquis 50. cum Titio pepigit ne peterentur, ut scilicet, ut lex ait, hanc sui patrocinii, quo Titii causas defendendas susceperat, veluti mercedem retineret: quæritur, an advocatus omnino liberatus sit? & ajunt Impp. eum esse liberatum partim jure civili, partim prætorio: liberatus est jure civili, pro parte, quam solvit, jure prætorio pro parte, de qua non petenda pepigit. Solutione jure civili liberamur, ergo ipso jure: pacto jure civili non liberamur, *§. præterea, Instit. de except.* nam integra est creditori actio, etiam si cum eo pepigerim ne peteretur: jure tamen prætorio per pactum liberamur, id est, per exceptionem pacti conventi, vel doli, vel in factum; B nam hæ tres exceptiones concurrunt semper: & ita in hac *l.* verbum *liberatus* bifariam accipitur, ut solutione liberatus sit ipso jure: pacto per exceptionem: cur non etiam pacto liberatur ipso jure? quia ut certi sunt modi constituendæ, ita & tollendæ obligationis, & vero certos etiam modos esse tam constituendæ, quam tollendæ obligationis necesse fuit: qua de causa, quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi, *l. obligationum, §. placet, D. de oblig. & action.* Et hi modi sunt solutio, delegatio, novatio, acceptilatio, contrarius actus: unde ita colligamus ut M. Tullius in orat. pro Cæcinna, si per has rationes liberari majores voluerunt, intelligemus alio modo noluisse nos liberari pacto, ipso jure scilicet, sed Prætor liberationem introduxit per modum viamque exceptionis: & hoc est quod dicitur, C pacta jure non contineri, sed facto: in pacto jus non contineri, sed factum: pacta facti esse, non juris, *l. si unus, §. pactus, D. de pact.* eadem ratione, qua dicitur in *l. inter, D. de adm. tut.* divisionem tutelæ non esse juris, sed jurisdictionis: divisio nominum est juris, quia fit jure inter heredes ex 12. tab. pro portionibus hereditariis, divisio tutelæ non est juris, sed per Prætorem fit: & ita pacta non sunt juris, id est, vim suam non exercent ipso jure, sive *αὐτομάτως*, id est, sua sponte, sua vi, nullo intrinsecus adhibito adminiculo: denique pacta vim suam non exercent sponte sua per se, vel ipso jure, sed Prætoris auxilio, id est, facto, nimirum exceptione opposita & allegata postquam postulata fuerit: nam si mihi debeantur C. & pepigerim de non petenda pecunia; erit efficax actio in C. si debitor non petierit D exceptionem pacti, vel si non opposuerit: omnino enim exceptiones factum exigunt, *l. Papinianus, D. de Publ. in rem act.* cum non opponitur exceptio, qua tutus est reus, redditur actio efficax: ergo facto opus est, ut vis pacto supersit aliqua: nam ipso jure pacta vim suam neque exerunt, neque exercent: qua de causa necesse erit petita actione, vel data creditori in jure, debitorem postulare exceptionem adjungi actioni: nam is erat mos, ut actioni statim adjungeretur exceptio in jure, id est, apud Prætorem, non in judicio, *l. 7. de cond. instit. in ipsa actione*, inquit, *exceptione tuendus esset promissor:* quæ verba sunt notanda, quia actioni mox additur exceptio, quæ postulata est: & ut ait Cornificius 1. ad Herenn. in privata actione prætoriæ exceptiones sunt: & ita accipitur *l. ex contractu, D. de re* E *jud.* dum dicit, ita dari actionem judicati, nisi culpa tutorum pupilla condemnata est, id est, dari actionem judicati addita illa exceptione, quæ addebatur in jure, ut dixi, quia in jure dabatur actio, non in judicio: nam in judicio raro quæritur an sit actio, vel exceptio, cujusmodi quæstiones Rhetores vocant translationes, & docent recte hujusmodi quæstiones incidere plerumque in jure, ut idem Cornificius eodem loco, & M. Tullius 2. *de invent.* cum quæritur an sit actio, an is agat, quem oportet agere, an agat cum quo oportet, an quo tempore, quo loco, hæc omnia disceptantur in jure, id est, apud Prætorem: nam & ibi, inquit Tullius, postulantur exceptiones, & agendi potestas datur, & conceptio privatorum judiciorum constituitur. Itaque est quo-

quodammodo duplex actio : nam apud Prætorem A *cui*, *quo*, *quando*, & de loco omni diſputatur, poſtulatur actio & exceptio: deinde coram judice dato eadem de re quæritur diligentius, de qua tamen quæſitum apud Prætorem fuerat: in jure, inquit, poſtulantur actiones, & quodammodo agendi poteſtas datur. Ergo actio vim ſuam exercet, creditæ pecuniæ ſcilicet, etſi cum debitore pactum eſſet de non petenda pecunia, niſi poſtulaverit in jure debitam exceptionem pacti conventi, quia pactum vim ſuam non exercet ipſo jure, ſed per Prætoris interventum, & dare Prætor pollicetur exceptionem: & ideo ait, in edicto ſe pacta juſta ſervaturum, quæ contra leges, conſtitutiones, bonos mores non fiant, & alias exceptiones ſe ſervaturum: &, *lex 3. D. comm. divid.* pacta, quæ inter ſe pepigerant coheredes ſine dolo malo judicem ſervare debere: ergo pacta valent, quæ ſervantur per Prætorem, vel per judicem, B non per ſe, ipſo jure: ex eo liquet, in pactis jus non contineri, ſed factum, id eſt, facta indigere Prætoris auxilio: eſt ergo hæc vis pacti, ut pariat exceptionem. Eſt alia vis pacti in hac *l.* ut pariat condictionem indebiti, quæ hic notatur his verbis, *cum & ſolutum per ignorantiam repeti potuiſſet*, ſi is, qui tutus eſt exceptione pacti conventi per errorem facti ſolverit (nam error juris non dat condictionem indebiti, ſed tantum facti) ergo ſi is, qui tutus eſt exceptione pacti conventi ſolverit, per errorem ſcilicet facti, habet condictionem indebiti, *l. qui exceptionem*, *§. ult. D. de cond. indeb.* Si libertus, qui debet operas officiales patrono, pactus ſit ne peteret operas patronus, quicquid ab eo liberto ſolutum poſtea erit, condici poterit, *d. §. ult.* & hæc con- C dictio indebiti argumento eſt ſublatæ naturalis obligationis: nam ſi maneret naturalis obligatio, ſicut civilis, non daretur condictio indebiti, *l. ſi non ſortem*, *§. libertus*, *l. Julianus*, & *l. ſi quis juraſset*, *D. de cond. indeb. l. ult. D. de jurejur.* Quod ergo dicimus dari condictionem indebiti ei, qui ſolvit pecuniam debitam per errorem facti, cum poſſet ſe defendere exceptione pacti, hoc præſtat argumentum ſublatæ naturalis obligationis per pactum: ex quo liquet, etiam quanta ſit vis pacti: nec enim parit tantum exceptionem debitori, ſed & ſi ignorans ſolverit, non oppoſita exceptione pacti, parit condictionem indebiti: ut inde ita concludamus, pacto civilem obligationem ipſo jure non tolli, per exceptionem tolli, naturalem obligationem ipſo jure tolli, nec mirum cum & ex pacto naturalis obli- D gatio naſcatur, cum & pariat naturalem obligationem, *l. in his §. Imperator*, *D. de ſolut. & liber.* quæ dicit uſuras debitas ex ſtipulatione deberi civiliter, ex pacto deberi naturaliter: ut finge: pactus ſum de non petenda pecunia, deinde paciſcor de petenda eadem pecunia, hoc pactum poſterius reſtituit naturalem obligationem, quam ſuſtulerat prius: ejuſdem eſt tollere & parere obligationem: ſi ergo parit naturalem obligationem, & tollit, neceſſaria conſequentia. Porro duplex eſt naturalis obligatio, una eſt nuda & ſola ſine auxilio juris civilis, quæ ſola æquitate nititur naturali, non civilis juris præſidio: ut ecce ſi pupillus mutuam pecuniam acceperit, ex qua ſit factus locupletior, non obligatur jure civili, ſolum naturali jure obligatur, cui obligationi accedere poteſt fidejuſſor, qui tamen obligabitur E etiam civiliter per ſtipulationem: hæc ergo obligatio pupilli eſt naturalis nuda, & hanc nemo ambigit tolli pacto, *l. Stichum*, *§. naturalis*, *D. de ſolut.* quæ loquitur de obligatione hac naturali, qua tenetur pupillus: & ait lex obligationem hanc tolli numeratione pecuniæ, hoc eſt certum, tolli jurejurando, ut ſi juraverit pupillus dari non oportere: nam & jusjurandum expungit naturalem obligationem. Igitur naturalis obligatio tollitur non tantum ſolutione, ſed & jurejurando, & juſta pactione: pactione, quæ non ſit contra bonos mores, contra leges, conſuetudines, ex qua ſit juſta exceptio, ut noſtri auctores loquuntur: ſi pactio eſt juſta, erit & exceptio juſta, *l. non videtur*, *de reg. jur. l. 1. D. quod vi aut clam*: juſta exceptio eſt, quæ nititur æquitate defenſionis, juſtum pactum eſt, quod nititur æquitate conventionis probæ & legitimæ. Ergo naturalis obligatio pacto juſto tollitur: nam inquit, vinculum æquitatis, quo ſolo ſuſtinebatur naturalis obligatio (ut inde definire quis poſſit naturalem obligationem vinculum æquitatis) ſublatum eſt æquitate conventionis & vinculo æquitatis: æquitas æquitatem tollit & elidit, quod æquitate naturali continetur, æquitate naturali eliditur. Ideoque ſi pupillus fuerit liberatus his modis numeratione pecuniæ, pacto, vel jurejurando, liberabitur fidejuſſor & his caſibus ipſo jure: ſed fidejuſſor ipſe pupilli per has rationes non liberatur omnimodo, quia fidejuſſor pupilli obligatur civiliter: civilis autem obligatio non tollitur pacto, nec jurejurando. Igitur ſic liberato pupillo liberabitur fidejuſſor, ſed ſi fidejuſſor aget, non liberabitur: loquitur etiam ille *§. naturalis* de mera naturali obligatione, & palam docet, eam tolli pacto ipſo jure, id eſt, *αὐτομάτως*. Eſt alia quædam naturalis obligatio, quæ mixta eſt & implicita civili obligationi: ut ecce obligatio ex empto eſt civilis, quod mihi concedent omnes: nam emptio eſt civile negotium: ſic erit & civilis obligatio & naturalis, quia dicitur eſſe juris gentium, *l. juris gentium*, *D. de pact. §. jus autem gentium*, *Inſtit. de ju. natu.* jus autem gentium & naturale idem eſt, & naturalis æquitas & naturalis ratio. Eſt ergo obligatio ex empto tam civilis, quam naturalis, & hanc etiam tolli pactione, naturalem ſcilicet, quæ mixta eſt civili: arg. hoc probant: condictio indebiti, quæ datur ei, qui cum tutus eſſet exceptione ſolvit ignorans, non datur, niſi cum quis jure naturali liberatus eſt, & cum nactus eſt exceptionem congruentem cum jure naturali, cujuſmodi ſunt hæ exceptiones, pacti exceptio, jurisjurandi exceptio ex SC. Vellejano, exceptio non numeratæ pecuniæ: his exceptionibus, qui munitus eſt, liberatus eſt exceptione naturali, & ſi ſolverit per ignorantiam, condicet quod ſolverit, hoc eſt certum. Sed quædam ſunt aliæ exceptiones, quæ non conſentiunt cum jure naturali, imo abhorrent a jure naturali, ut exceptio SC. Macedoniani, veluti ſi filiusfam. mutuam pecuniam acceperit, tam filio, quam patri ejus datur exceptio ex SC. adverſus creditorem, non tam ipſa naturali æquitate, quod ſit æquum non teneri filiumfam. qui mutuam pecuniam accepit, nec enim hoc æquum, ſed odio creditoris & pœnæ cauſa, quia, ut ſæpe fit, filiofam. creditur incertis nominibus, id eſt, ita ut ſolvat morte patris, quod eſt ominoſum, quæ ſpes dicitur incerta Livio 40. & ita qui credit pecuniam, incerta ſpe, incerto nomine credit: & ideo is, qui nactus eſt exceptionem SC. Macedoniani, non liberatus eſt obligatione naturali, & ſi ſolverit etiam per errorem, non repetit quod ſolvit, *l. qui exceptionem in pr. l. ſi pœnæ*, *D. de cond. ind. l. quia naturalis*, *D. ad Maced.* Eadem eſt ratio exceptionis rei judicatæ: nam judicato non expungitur naturalis obligatio, *l. Julianus*, *l. judex*, *D. de cond. indeb.* & ideo ſi qui erat abſolutus ſententia judicis ſolverit, non condicet quod ſolverit, quia erat obligatus naturaliter: nec enim ſententia judicis avocat naturalem obligationem: eadem eſt ratio exceptionis ejus, quæ datur marito, ſocio, parenti, patrono, patruo, aliiſque perſonis, ne ſupra quam facere poſſint conveniantur, in hæc verba: *ſi non in ſolidum facere poſſum*: hæc exceptio non parit condictionem indebiti, quia & qui eam habet, non liberatus cenſetur naturali obligatione, *l. nam & maritus*, *D. de cond. indeb.* eadem ratio eſt exceptionis, quæ datur ex edicto, quod quiſque juris in alium ſtatuerit, adverſus eum, qui iniquum jus impetravit, id eſt, non datur hæc exceptio, quod ſit æquum liberari debitorem, ſed quod ſit æquum plecti creditorem, *l. 3. in fi. quod quiſ. ju.* Et hæ exceptiones, quæ ita dantur, quod ſit æquum ulciſci creditorem, non expungunt naturalem obligationem; verum pacti exceptio hanc tollit, quia æquum eſt liberari

rari

rari eum, qui pepigit ne ea teneretur cum voluerit creditor eum liberari: unde concludendum eſt, pacto tolli naturalem obligationem. Sed qui ſecus arbitrantur argumentantur male ex *l.ſi unus*, *§.pactus*, *D.de pact.* ſatis inconſulte colligunt, pacto non tolli naturalem obligationem. Quidam pactus erat non petere, deinde pactus eſt, ut peteret: lex ait, prius pactum per poſterius ipſo jure non tolli: exinde colligunt, pacto naturalem obligationem ipſo jure non tolli: ratio conſtituenda eſt hoc modo: prius pactum per poſterius non tollitur ipſo jure, prius pactum peperit obligationem naturalem, ergo hæc naturalis obligatio per pactum non tolletur ipſo jure: probanda aſſumptio: prius pactum per poſterius non tollitur, quale fuit pactum de non petenda pecunia, de liberando ergo debitore quid? an potuit liberare debitorem & parere obligationem naturalem? ſic ſane: quia liberat unum, alterum obligat ad liberandum: poteſt idem liberare unum, & obligare alium, non aliud, ſed ad id, quod pepigit: ergo qui pepigit ne petat, naturaliter obligatus eſt ne petat, ergo pactum de non petenda pecunia peperit naturalem obligationem. Igitur, quia prius pactum per poſterius non tollitur ipſo jure, naturalis obligatio, quam prius pactum peperit, pacto non tollitur ipſo jure: ſed circumſcribimur, niſi ſubvenerimus: nam reſpondendum eſt, in eo *§.pactus*, non eſſe referenda ejus verba ad jus naturale, ſed ad jus prætorium: nam in hoc tractatu inſpicienda ſunt tria jura, jus naturale, jus prætorium, jus civile: pacto non tollitur civilis obligatio ipſo jure, pacto tollitur per exceptionem jure prætorio: jure naturali tollitur obligatio naturalis ipſo jure, & in eo *§.pactus*, tractatur de jure prætorio, non de jure naturali: & hic eſt ſenſus. Prius pactum non tolli per poſterius ipſo jure, ſed replicatione, facto opus eſſe: ne confundamus jus naturale cum jure prætorio, & ne accipiamus unquam promiſcue: in eo §. JC. utitur verbis tollendi, elidendi, & exceptiones, ſeu replicationes dicuntur non tantum elidere, ſed & perimere, excludere, infirmare, tollere: & ſane elidere nihil aliud eſt, quam conſumere, ut cum dicis *poplum* pro *populum*, elidis & conſumis literam: & ſic cum pacto pactum elidi dicis, pacto pactum abſumi dicis, ſed hoc fit facto, id eſt, adhibita replicatione, non ipſo jure: ergo habemus ex *l.5.* obligationem pacto tolli non ipſo jure, ſed per exceptionem: & ideo Demagoram pro ea parte pecuniæ, de qua non petenda pepigit, non eſſe liberatum jure civili, ſed prætorio, id eſt, prius pactum per poſterius elidi non jure ipſo, ſed facto. Sed hic tamen advertendum eſt huic definitioni opponi poſſe, liberationem ipſo jure fieri per compenſationem, *l.poſteaquam*, *D.de compenſ.* Olim erat controverſum, ſed hodie eſt certum, compenſationem fieri in omnibus judiciis ipſo jure. Demagoras debebat pecuniam Titio, ſed illi debebatur merces ob defenſa Titii negotia: erat compenſationi locus, quæ cum procedat ipſo jure, videtur Demagoras liberatus ipſo jure: poſſumus reſpondere, eaque ratio cuilibet occurrit, compenſationem non fieri, niſi debitum ſit liquidum, quod eſt certum & confeſſum, *l.ſi debeas*, *D.de compenſ. l.ult. inf.de compenſ.* merces, quæ debebatur patrono, non adeo erat liquida, aut confeſſa, ſed nolo, quamquam poſſum ſane hac ratione uti, ſed utar iſta, quia cum pepigit Demagoras de non petenda pecunia, & adjicit rationem ob negotia, quæ meo patrocinio defendi, hæc ratio demonſtrat Demagoram omiſiſſe jus compenſationis, & elegiſſe conventionis: die craſtina explicabimus *l.6. & 7.*

Ad L. VI. Pacta, quæ contra leges *Conſtitutioneſque fiunt nullam vim habere indubitati juris eſt. PP.Kal. Aug. iiſdem Conſ.*

EXplicaturus ſum *l.6.* in qua ita ſcriptum eſt. *Pacta, quæ*, &c. hæc dicitur vetus regula juris, *l.ult. infra hic*, & ſumitur ex edicto Prætoris, *l.juris gentium*, *§.ait*

A *Prætor*, *D.de pact. l.pen. infra hic.* pacto ergo, quæ contra leges, conſuetudines, vel bonos mores fiunt, nullam vim habent, id eſt, neque jure civili, neque prætorio, neque naturali jure: ergo nec actionem, vel obligationem ullam pariunt, nec exceptionem, nullam vim habent, quam ſumunt vel ex naturali, vel civili, vel Prætorio: ex civili actiones, ex jure prætorio exceptiones, ſed nihil ex his ſuppeditatur his, qui contra leges, vel bonos mores pacti ſunt: de jure civili eſt certum, cum nec ſtipulatio contra leges, aut bonos mores interpoſita ullam vim habeat, *l.juriſgentium*, *§.ſi paciſcar*, *D.de pact.* & pacta etiam juſta actionem jure civili non pariunt, obligationem jure naturali pariunt, & prætorio exceptionem. Juſta pacta dicimus, quæ non abhorrent a jure naturali, *l.Stichum*, *§.naturalis*, *D.de ſolut. l.epiſtolæ*, *§.1. l.tale*, *§.1. D.de*
B *pact.* Quidam juſta pacta adverſa faciunt nudis, ac ſi quæ juſta ſunt non ſint nuda, quod falſum eſt: omnia enim pacta, tam juſta, quam injuſta, nuda ſunt, & pactis nudis oppoſuimus contractus, quaſi contrarios: utrumque enim eſt conventio, hæc obligatoria, illa non obligatoria: at cum nuditate pacti ſimul eſſe juſtum poteſt: denique pacta alia ſunt juſta, alia injuſta. Juſta lex non tuetur, Prætor tuetur, & natura probat; injuſta pacta nec lex, nec natura, nec Prætor, nec judex tuetur: & quod dicitur ſæpe, Prætorem pacta ſervare, cuſtodire, ſequi, id de juſtis tantum dicitur, *d.l.juriſgentium*, *§.Prætor ait*, *l.epiſtola*, *§.pen. & l.tale*, *§.1. D.de pact. l.3. D. comm.divid.* injuſta, aut turpia, ne apud Prætorem quidem, vel judicem ullam vim habent: rurſus alia ſunt pacta legitima, alia non legitima, & omnia nuda: quia
C nullum eſſe poteſt pactum, quod non ſit nudum, qualitatem nudi a pacto ſeparari non poſſe, aut nunquam ſeparari: unde pacta nuda alia facimus juſta, alia non juſta: illa non tueri Prætorem, hæc tueri: rurſus facimus alia legitima, alia non legitima, nec idem eſt juſtum & legitimum: juſtum pactum eſt, quod congruit cum æquitate naturali, ut ſi accepto pignore creditor paciſcatur cum debitore, ut quæ tributa ſolverit prædii pignerati nomine, ea a debitore repetat, juſtum eſt pactum, quia congruit æquitati, *d.l.epiſt.* *§.pen.* juſtum ergo eſt, quod æquitati conveniens eſt & accommodatum: legitimum eſt de quo lex ſcripſit, aut lex ſcripta nominatim confirmat, ut pactum de injuriis, quod confirmatur *lege 12. tab.* & ideo perimit actionem ipſo jure, *l.ſi tibi*, *§.1. D.de pact. l.legitima*, *D.de pact.* Legitimi pacti hæc eſt
D vis, ut vel pariat ipſo jure, vel perimat actionem, cum tamen juſti pacti hæc non ſit vis. Si quis ergo paciſcatur de injuriis, id eſt, ſi condonet injurias, pactum hoc legitimum eſt: & ideo actionem injuriarum ipſo jure perimit ſine auxilio exceptionis, ſine tuitione Prætoris: nam ita erat ſcriptum in veteri jure: *ſi membrum rupit, ni cum eo pacit, talio eſto:* ſi membrum ruperit, actio injuriarum eſto, ni cum eo pepigerit, quibus verbis ſignificat lex, nolle agi injuriarum, ſi pacto perdonata, ut ait Quintil. fuiſſet injuria: nam ſi donare eſt rectum, cur non & perdonare, & condonare? Quintilianus avus non nepos: & ſic etiam pactum de furto legitimum eſt, nimirum ex eadem lege 12. *tab. l.juriſgentium*, *§.ſi paciſcar*, *D.de pact.* de furtis paciſci lex non vetat, id eſt, lex 12.tab. nam cum legem dicimus, legem 12. tab. in-
E telligimus: & ſic exiſtimo hæc verba, quæ occurrunt, *pro fure damnum decidere*, quæ ſignificant paciſci de furto, & redolent antiquam dicendi rationem: ea, inquam, verba exiſtimo eſſe ex lege 12. tab. quæ de furto paciſci permittit: & uti liberi homines manifeſto furto prehenſi addicantur his, quibus furtum factum eſſet, & videtur fuiſſe adjecta exceptio, niſi quis pro fure damnum decidiſſet: nam pactione volebat lex 12.tab. perimi furti actionem: & ita *l.ſi ex cauſa*, *§.ſed ſi cum*, *D.de minor. l.inter omnes*, *§.hæc actio*, *D.de furt. & l.ſi pro fure*, *D.de cond.furt.* quæ eſt ex libris Ulpiani ad Sabinum: & quod proponitur initio eſt ex Sabino, *ſi pro fure damnum deciſum ſit condictionem non impediri*, *veriſſimum eſt*, ea verba ſunt Sabini: ſequuntur verba Ulpiani: *de-*

ciſione enim furti quidem actio, non autem condictio tollitur,
id eſt, pacto tollitur furti actio ipſo jure, non condictio
furtiva: quod ſequitur, *furti actio pœnam petit legitimam,*
condictio rem ipſam, eſt ex Sabino, ad quod ſubiicit Ul-
pianus: *ea res efficit, ut neque furti actio per condictionem,*
neque condictio per furti actionem conſumatur. Ergo quod
ſcriptum eſt in libris noſtris, *pro fure decidere*, eſt ex 12.
tab. quæ de furto paciſci permittebant, & palam perimi
actionem furti volebant deciſione damni pro fure, id
eſt, ipſo jure tolli actionem furti, integra manente con-
dictione furti. Intelligimus quid ſit juſtum pactum, quid
legitimum pactum: quodcunque pactum, etiam ſi non
ſit legitimum, modo cum æquitate naturali congruat,
juſtum eſſe. Legitimum dico quod lex ſcripta nominatim
confirmat, & ita Hermogenes, Aphtonius, & ceteri
rhetores differentiam faciunt inter juſtum & legitimum.
Legitimum eſſe dicunt, ut liberatores patriæ præmio af-
ficiantur, & proditores pœna: quia lex ita ſcripta eſt,
juſtum eſſe dicunt, ut quæ paraſſet proditor adverſus pa-
triam, ea patiatur ipſe: & ita Græci differentiam faciunt
inter νόμιμον ſeu νομον & δίκαιον, νόμιμον eſt legitimum,
δίκαιον æquum: & ita oportet interpretari δίκαιον: num-
quam dicitur de lege ſcripta, ſed de æquitate: & ſic
etiam Apulejus 2.Apolog. differentiam facit inter legiti-
mum & juſtum heredem: nam lege fit ut ab inteſtato
nobis legitimus heres ſit is, quem forte propter ingrati-
tudinem juſtum erat non eſſe: *ſciebat*, inquit, *inteſta-*
ti pueri legitimum magis, quam juſtum heredem ſe futurum.
Prætor tuetur pacta tam legitima, quam non legitima,
ſi modo juſta ſunt; injuſta Prætor non tuetur, id eſt,
quæ abhorrent a jure & æquitate, ut ſcilicet quæ pacta
fiunt, inquit hic, contra leges, conſuetudines, vel
contra bonos mores. Boni mores alii ſunt naturales,
alii civiles, id eſt, civitatis unius, populi unius, *l.item*
apud, *§.idem ait*, *D.de injur.* naturales omnium gen-
tium, & proprie mores cum dicimus, jus gentium, jus
naturale, pudorem, honeſtatem intelligimus, *l.liber-*
tinus, *& l.ſororis D.de ri.nupt.* dum ait, libertinum li-
bertinam matrem aut ſororem ducere uxorem non poſ-
ſe, quia hoc jus moribus, non legibus introductum ſit;
& *l.ſororis*, dum ait, inceſtum committi ſi quis uxo-
rem ducat ex his, quas moribus prohibemur uxores du-
cere: inceſtum dicitur committere, & jure gentium,
quod & jus naturale dicitur, *l.adoptivus*, *§.1. D.de ri.*
nup. jure gentium eſt cognatio inter ſervos & liberti-
nos, licet jure civili non ſit. Ergo libertinam matrem
prohibemur jure gentium ducere, quo jure reguntur
nuptiæ: hoc jus quod eſt de nuptiis, moribus introdu-
ctum eſt, non legibus: moribus ſcilicet omnium gen-
tium: & ſpecialiter pacta, quæ fiunt contra leges, con-
ſtitutiones, aut bonos mores, fiunt tribus aut quatuor
modis. Uno ſi turpem aut injuſtam cauſam continent,
ut ſi quis paciſcatur ne furti ſecum agatur: ſi furtum
fecerit, hoc eſt, ut impune ſibi furari liceat, quod eſt
contra bonos mores naturales, ſi quis paciſcatur cum
Titio, ne agatur cum eo de furto, quod eſt contra bo-
nos mores naturales, *l.ſi unus*, *§.pacta*, *D.de pact.* nam
furtum probrum eſt, quia jure naturali definita ſunt
dominia rerum: quam diſtinctionem evertit qui fur-
tum facit. Item ſi maritus paciſcatur accipiendo dotem,
ut non in id quod facere poteſt, condemnetur, ſed in
ſolidum (credo vos ſcire hoc datum eſſe beneficium ma-
rito ne conveniatur ultra quam facere poteſt dotis no-
mine) an, inquam, ratum erit pactum ſi contra paci-
ſcatur maritus ut condemnetur in ſolidum, non pro
viribus patrimonii? & eſt proditum in *l.alia*, *§.elegan-*
ter, *D.ſol. matrim.* pactum non eſſe ſervandum: quia eſt
contra bonos mores civiles, id eſt contra receptam re-
verentiam, quæ maritis exhibenda eſt, quod eſt no-
tandum: nam ex eo loco vere probare quis poteſt,
maritum non poſſe in jus vocari ſine venia Prætoris:
quia generaliter ſtatuendum eſt, eas perſonas, quibus
reverentia debetur, non poſſe in jus vocari ſine venia
Prætoris, *l.generaliter*, *D.de in jus voc.* Et quia qui vo-

A cabatur, aut ſequebatur, aut trahebatur invitus, ſatis
erat incivile: maritum invitum duci a muliere, in jus
trahi, rapi: nam qui vocabatur in jus, vel reipſa vo-
cantem ſequebatur, aut trahebatur in jus, ſi copiam
ſui faciebat in publico, vel ſi latitabat, mittebatur ad-
verſarius in ejus bona, *l.ſatiſque*, *D.de in jus voc.* nec
enim erat locus tribus edictis ante litem conteſtatam
eo latitante, quem vocaverat in jus, ſed erant ea edi-
cta propoſita poſt litem conteſtatam. Sicut *d.l.alia*, *§.*
eleganter, ait, nullum eſſe pactum ſi paciſcatur mari-
tus ne in id quod facere poſſit condemnetur, ſed in
ſolidum, quod pactum ſit contra bonos mores civiles:
ita pactum nullum eſt ſi inter ſe coheredes paciſcan-
tur ne teneantur pro hereditariis portionibus, quod eſt
contra leges 12. tab. quibus inter heredes dividuntur
B bona pro hereditariis portionibus. Igitur nulla eſt vis
pacti, quia ſinguli tenentur creditoribus hereditariis,
l.licet, *inf. famil. erciſ.* Item ſi pater paciſcatur, ut vi-
cino liceat per fundum filiifam. caſtrenſem ire agere,
quod eſt contra conſtitutiones, quæ in rebus caſtrenſi-
bus patriam poteſtatem obſervari noluerunt, *l.ex ca-*
ſtrenſi, *§.1. D.de caſt.pec.* Ergo hoc pactum ſervandum
non eſt. Reddidi ſingulis, quæ ponuntur in hac l.exem-
pla ejus pacti, quod eſt contra leges, veluti ſi paci-
ſcantur heredes, ut unus ſubeat onera hereditaria: po-
ſui exemplum contra conſtitutiones de caſtrenſi peculio,
& contra bonos mores tam civiles, quam naturales.
Sed alio modo pacta dicuntur eſſe contra leges, vel
conſtitutiones, vel bonos mores, quia etſi juſtam cau-
ſam contineant, tamen non fiunt civili more, & legi-
C timo modo: contra leges dicuntur fieri pacta non tan-
tum ea, quæ continent injuſtam cauſam, aut turpem,
aut ſuperiora, ſed etiam ea, quæ continent juſtam cau-
ſam & injuſtam, ſi non fiant more civili & legitimo:
ut ſi pupillus paciſcatur de non petenda pecunia ſine
tutoris auctoritate: cauſa pacti juſta eſt, ſi juſta cauſa
fuerit remittendi debiti: ſed mos paciſcendi eſt contra
leges, quia leges nolunt impuberem paciſci ſine tuto-
ris auctoritate, *l.contra*, *D.de pact.* Item ſi pacta facta
ſunt vi aut metu, etſi cauſam juſtam contineant, ta-
men, quia mos eſt hic incivilis, ideo pacta hæc obſer-
vanda non ſunt: & hoc, vel illo ſenſu potes dicere
nullam vim habere pacta, quæ fiunt contra leges, con-
ſuetudines, & bonos mores, ut quæ fiunt vi adhibita,
aut dolo, quod edicto erat expreſſum, pacta conventa,
D quæ neque dolo malo, neque adverſus leges, plebiſcita,
S.C. &c. quæ neque dolo malo, & adhibita vi, ut M.
Tullius teſtatur, & in C.Gregor. id habetur: *Pacta, quæ*
non ob vim contra leges conſtitutioneſque ſunt, vi nempe
adhibita: hæc nullius ſunt momenti, etiam ſi juſtam
cauſam contineant: & ob id tam in edicto Prætoris,
quam in hac *l.* non male ſupplet Accurſ. nulla eſſe pacta,
quæ fiant contra partes juris, vel contra plebiſcita, S.C.
ut puta ſi heres paciſcatur cum aliis, quam cum legatariis
ne Falcidia utatur vivo volenteque teſtatore, *l.quod de*
bonis, *§.1. D.ad leg.Fal.* pactus eſt heres vivo & volen-
te teſtatore cum alio, qui non erat legatarius ne Falcidia
uteretur: prima ratione hoc pactum eſt nullius momenti:
is enim, qui non eſt legatarius paciſcitur cum herede, ne
legatariis detrahat Falcidiam: ſed tamen, quia ſubjicit pœ-
E nam, ſtipulatio videtur valere: quia ſtipulamur recte alteri
ſub pœna; quoniam exitus ſtipulationis ad nos ſpectat: Et
ita etiam in hac ſpecie, qui non erat legatarius ſtipulaba-
tur ab herede ne Falcidia uteretur, & ſi uteretur, pœnæ
nomine tot daret: & reſpondetur in ea *l.*inutilem eſſe ſti-
pulationem pœnæ: alteri igitur non ſtipulamur recte ſub
pœna, quod eſt contra communem definitionem juris:
verum id omne ita explicandum eſt: quoties alteri ſtipu-
lamur contra jus publicum, vel quoties ſtipulatio, quæ
fit alteri, eſt contraria juri publico, ut hæc, quæ eſt contra
legem Falcidiam, nec pœnalis ſtipulatio valet: ſed quoties
ſtipulamur alteri, quod non ſit contra jus publicum, cui
& ſubjicitur ſtipulatio pœnalis, valet: at ille, qui ſtipula-
tur ne Falcidia uteretur, oppugnat plebiſcita, & id age-

bat

bat præmature nimis, vivente testatore: vitium est in prima stipulatione, ergo id permanere debet ad eam stipulationem, quæ sequitur: denique si sit vitium in stipulatione quæ fit alteri, & vitium erit in stipulatione pœnali, & contra. Contra etiam SC. & edicta non servantur pacta a Prætore, *l.1. §.si inter, D.de mag.conven.* Magistratus municipales, qui dederunt tutores, vel qui cavere pupillo non curaverunt, singuli tenentur in solidum actione in factum si tutores non sint solvendo, quæ actio est introducta SC. facto temporibus Trajani: nunc finge, Magistratus, a quibus sunt tutores dati, pacti sunt inter se ut unius periculo tutores darentur, id est, ut unus teneretur tantum actione illa subsidiaria: hæc pactio est contra SC. ideo vim nullam habet. In Pand. Flor. *d. l.juris gentium, §.Prætor*, non enumerantur omnes partes juris, omittuntur edicta Prætorum, & forsitan rectius legitur in aliis libris, *edicta & sequitur, decreta principum*, & ita numerantur omnes partes juris in specie *l.Neratius, D.de religios.* Actio funeraria est ex edicto Prætoris, quæ est privilegiaria, & ex eodem edicto maritus, qui ex dote aliquid lucratur, debet suis sumptibus funerare uxorem. Nunc finge: quidam dedit dotem marito ea lege ut maritus post mortem uxoris lucraretur tertiam partem dotis, duas redderet: & ita aliquid retineret: & adjecit pactum, ne maritus uxorem funeraret suis sumptibus; id est, ne ageretur funeraria adversus maritum, deinde mortua uxore, alius funeravit: an contra maritum agere possit funeraria actione? sic sane, nam ea pactio non est servanda, cum sit contra edictum Prætoris, *l.Neratius, D.de religios.* pactio inter duos facta leges in universum abolere non potest, privatorum pactiones legum auctoritate non censentur, *l.ult. D.de su. & legit.her.* ergo leges abolere non possunt, leges legibus publicis abolentur, non privatis tolluntur: tollitur eodem edicto Prætoris fraus: nam ait, *neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo:* quo genere videtur obligationem fieri contra legem, ut hic sit quodammodo tertius modus paciscendi contra legem: in fraudem is facit, qui facit quod lex non prohibuit palam, sed quod fieri intellexit etiam si non dixerit: palam contra legem facit, qui offendit scriptum legis: in fraudem, qui offendit sententiam legis: ergo qui in fraudem facit, contra legem facit. Ergo & hic est tertius modus paciscendi contra leges: sumatur exemplum ex lege Cincia, ad quam scripta est *l.contra, D.de legib.* lex Cincia erat de donationibus, & ideo dicta est lex muneralis, id est, modum imponebat donationibus: dicit lex Cincia, ne liceat donare ultra certum modum: qui donat ultra 500.aur. facit contra scriptum legis: at qui non donat, sed vendit contra eum modum titulo donationis suppresso, ut si vendat supra eum modum nummo uno, hic non facit contra scriptum, quia non donat, sed contra sententiam legis Cinciæ: quia lex Cincia id fieri vetuit. Ergo etiam hic erit tertius modus paciscendi contra leges, si id fiat oblique, non palam, contra legis verba: & est hic ultimus modus paciscendi contra leges, videlicet, si quis paciscatur contra beneficium sibi lege concessum: & hujus generis pacta observantur, cetera non observantur, quæ retuli: sed si quis beneficium sibi lege datum pactione omittat, rata est pactio, quanquam & is dicatur facere contra legem, *l.pacisci, D.de pact.* paciscitur contra edictum ædilium, qui beneficium edicto concessum remittit, id est, qui paciscitur ne redhibitoria agat: ut si in emendo mancipio paciscatur ut si sit morbosum ne redhibeat, rata est pactio, quia quid aliud hic agit, quam quod remittit beneficium sibi edicto concessum? nec exceptio hæc tantum pertinet ad edictum ædilium, cum idem dici possit de edicto Prætoris, vel legis, ut si paciscatur quis ne depositi vel judicati agat, *l.juris gentium, §.si paciscar, & l.ult. inf. ad leg. Fal. l.ult. §. ult. inf. de temp. app.* & ita generaliter, licet pacta in universum non possunt tollere jus publicum, tamen inter pacisce-

A res rata sunt, ut si coheredes inter se paciscantur ut non pro hereditariis portionibus singuli teneantur, sed ut unus subeat in solidum omnia onera hereditaria: hæc pactio rata est inter contrahentes, licet non observanda sit a ceteris, qui idem pacti non sunt: & ita in specie *l.Neratius*, licet pactum, ne maritus funeraria teneatur in universum non valeat, inter paciscentes tamen valet: atque ita sunt distinguendæ hæ tres regulæ, quæ videntur inter se confligari. Pacta contra leges, & constitutiones non valent: jus publicum pactis privatorum non potest mutari: unicuique licet renuntiare juri suo.

RECITATIO ALTERA.
Ad L. VI.

B HEri docui, pacta justa ab injustis differre: justa pacta propter naturalem æquitatem Prætorem tueri, injustorum nullam esse vim, & rursus quomodo etiam essent pacta justa a legitimis separanda exposui, & quam varie pacta dicantur esse contra leges, constitutiones, edicta, SC. plebiscita, bonos mores, qui sunt alii naturales, alii civiles: deinde contra leges nullam vim habere pacta, nisi quæ justam, & honestam causam contineant, vel quæ civili more fiant, ut puta si cum pupillo sine tutoris auctoritate fiant: & hæc omnia nullius esse momenti: sed alio modo contra leges, & edicta esse videri etiam ea pacta, quibus paciscimur contra beneficium nobis lege, aut edicto concessum, hæc vero pacta utilia esse & judicem observare: proinde ab regula, pacta contra leges non valere, cui con-
C gruit illa, jus publicum privatorum pactionibus non immutari, excipiendam esse hanc regulam, unumquenque juri suo renunciare posse. Nam etsi contra leges dicatur facere qui contra leges paciscitur, ut qui paciscitur ne depositi agat, tamen hunc non contineri priori regula, quæ pacta contra leges fieri vetat, eos tantum contineri qui rem injustam vel inhonestam in pactum deducunt, vel qui incivili more paciscuntur: & ita male opponitur *l.pacisci, D.de pact.* nam hæc *l. 6.* loquitur de his, quæ sunt contra leges, id est, quæ non fiunt civili receptoque more, vel continent injustam aut inhonestam causam, *l.pacisci* loquitur de his, quibus remittimus actiones nostras, vel beneficiis concessis lege, aut edicto renunciamus: pacisci licet contra edictum curulium, id est, contra beneficium, quod
D nobis largitur edictum curulium, hæc multis exemplis illustrata sunt, sed non tam multis quin supersint plura, quæ nos remittimus ad *l.pen. & ult. hujus tit.*

Nunc videamus quædam, quæ ad hæc annotavit Accurs. de vi pacti: nam quia lex ait, pacta injusta vel turpia nullam vim habere, ut intelligeretur, his verbis quibus viribus pacta injusta destituerentur, ideo existimavit Accurs. explicandas esse vires pacti, quas complectitur verbis quatuor, parere, perimere, informare, & elidere: nec tot verbis opus fuit: nam elidere abundat: cum ut dixi superioribus lectionibus idem sit elidere, & perimere, & nostri auctores promiscue his verbis utantur, perimere exceptionem, elidere actionem, & perimere actionem, elidere exceptionem, *l.quæcunque, D.de compens.* nec tamen etiam tot sunt verba quot desiderarem,
E unde alia mox supplebimus. At quid est parere? Parere est parere exceptionem & obligationem naturalem: hæ sunt vires pacti justi, itemque nonnumquam parere obligationem, & actionem civilem, si pactum sit legitimum: & hodie ex placito donationis est actio ex constitutione Justiniani: perimere autem dicitur dupliciter, per exceptionem, vel ipso jure: vulgo pacta justa actionem perimunt per exceptionem: sed & quædam actionem perimunt ipso jure, videlicet si & justa fuerint, & legitima, ut si quis paciscatur de injuria, vel furto, quæ pacta ipso jure lege 12. tab. perimunt actionem injuriarum, & furti, & hæc verba, *pro fure damnum decidere*, sunt verba 12. *tab.* Id quanto magis magisque cogito, verissimum esse animadverto, & maxime

me notandum censeo: nam ut in eo capite legis 12. tab. quod est de judicatis addicendis, id est, de condemnatis addicendis eis, quibus qui condemnati sunt, nisi judicatum faciant, additur exceptio: *nisi quis endo eo in jure vindex sit*, id est, nisi quis existat condemnati vindex, defensor, fidejussor. Ita in eo capite de furibus addicendis ei, cui furtum factum esset, ut est apud Gellium lib.20. verum esse videtur, *ni quis pro fure damnum decideris*, præter quam ea verba redolent antiquum sermonem; ut probat illud caput 12.tab. *duplione damnum decidito*, & pro fure damnum decidere, cum posset dici apertius de furto pacisci, & non alio loco usurpatur, quam in titulo de furtis: quod satis idem argumentum præbet esse verum, ea verba esse ex lege ea, quæ introduxit actionem furti, eaque est lex 12.tab. proinde hæc est sententia legis 12.tab. ut liber homo, qui furtum fecisset, & manifesto prehensus fuisset: nam nec manifesti pœna in duplum erat introducta, ei addiceretur, cui furtum fecisset: nisi quis pro fure damnum decidisset: quibus verbis significatur, decisione, pactione, perimi actionem furti ipso jure. Ergo inter vires pactorum hæc etiam est vis, & necessitas pacti una, ut perimat actionem modo per exceptionem, modo ipso jure. Male Accurs. ad verbum *parere*, notat pacta vestita actionem parere: nullum enim est pactum vestitum, omnia sunt nuda: nudum est inseparabilis qualitas pacti: & vestitum appellat ex *l.legem*, *inf.hic*, quod additur contractui: ut cum dono tibi hac lege, ut mihi insulam ædifices: hæc lex, hoc pactum vestitum est Accursio, & cooperitur contractu ipso scilicet, aut velamento contractus: denique vestitum pactum Accurs. est, quod cohæret contractui: hoc vero pactum non parit actionem: ergo falsum est pactum vestitum parere actionem: non parit actionem, sed format ipsam actionem, ut non abs re ait *l. juris gentium*, §. *quinimo*, *D. de pact.* significat enim aperte actionem, quæ nascitur ex eo contractu: cui pactum adjicitur, pacta ergo actionem non pariunt, sed formant ipsam actionem: male etiam Accurs. hic, pacta parere actionem demonstrat adductis in exemplum acceptilationibus, & stipulationibus factis novandi causa. Quis non videt statim hoc falsissimum esse: nam contractus sunt non pactiones, & separantur stipulationes, quæ fiunt novandi causa a pactis, quod in his factum, in illis jus contineatur, *l.si unus*, §. *pactus*, *D. de pact.* Male utitur Accurs. tertio verbo *informare*: nam pactum, quod cohæret contractui nusquam dicitur informare: quæ esset ratio hujus vocabuli; sed dicitur formare tam actionem ex contractu cui adjicitur, quam contractum ipsum: formare ergo actionem ex contractu, est formam, & legem ei dare, & quodammodo judicii ejus, quod est ex eo contractu conceptionem conficere, & præparare: modo dicitur pactum, quod incontinenti adjicitur actionem præparare, modo formare, *l.3. inf.de action. emp.* & *d.* §.*quinimo*, & *l.cum dotem*, *inf.de jur.dot.* Et quod plus est, pactum mutat etiam & reformat, sive renovat contractum *in* §.*adeo*, *l. juris gentium*, novum pactum novum quodammodo contractum efficit, *l. pacta*, *D. de cont. empt. d. si tibi decem*, §. *quædam actiones*, *D. de pact.* & *l. 3. sup. hic.* illo loco, *novo pacto*: ut si convenerit ut satisdet venditor evictionis nomine, vel ne teneatur duplæ nomine, vel ut pro parte discedat ab emptione. Igitur cum dixisset Accurs. parere, perimere, & formare, nos possumus addere quartum, reformare, & quasi renovare. Male etiam Accurs. pactum ex continenti factum, & contractui additum scribit, ita formare actionem ex contractu ipso, quod potius est transformare ut Accurs. explicat, ut scilicet, quæ fuerit actio bonæ fidei, puta ex vendito, fiat stricta propter pactum: ut puta vendidi rem aliquam tibi, emisti tu eo pacto ut tibi satisdarem de evictione, & cum ages ex empto, non ages ex fide bona, inquit Accurs. sed stricto jure: denique vult Accur. pactum ita formare actionem, ut actio, quæ fuit natura bonæ fidei, fiat stricta propter pactum: qua in re merito reprehenditur a Bartolo, argumento ducto a fructibus, qui non veniunt in actionem strictam, *l. videamus*, §. *si actionem*, *D.de usur.* veniunt tamen in actionem empti venditi, etiam si agatur ex lege venditionis, id est, ex pacto in continenti facto, *l. 2. inf. de pact. int. emp.* & *vend.* pactum ergo non reddidit actionem empti venditi strictam, nec in eo persequendo quod pacto continetur ages stricto jure. Denique probari potest hoc argumento, pactum partem esse contractus, absurdumque esse, ut pars quæ potius totum sequi debeat, totum ad se trahat, imbuatque jure suo totum, non totius jure ipsa imbuatur, proinde multo æquius est, ut si agas ex vendito ejus rei nomine, quæ pacto continetur, perinde agas ex fide bona, ac si principaliter in id ageres, quod in contractum venit. Igitur merito Accu. reprehensus est a Bartolo.

Ad L.VII. Debitori tuo si heres *extitisti*, *actio*, *quam contra eum habuisti*, *adita hereditate confusa est*. *Sed si eam hereditatem*, *postquam in judicio obtinuisti*, *ei tradidisti*, *quem sententia superaveras*, *ea conditione pactoque*, *ut tam ceteris creditoribus*, *quam tibi in eo*, *quod tibi deberetur*, *si eam hereditatem non adisses*, *satisfaceret*: *pacti conventionisque fides servanda est*: *quæ si non servatur*, *ex stipulatu*, *si modo pacto subjecta est*, *dabitur actio*, *vel præscriptis verbis*, *si stipulatio non intervenit*. *PP. III. Kalend. Aug. Antonino A. 4.* & *Balbino Coss.*

Legis 7.explicatio perfacilis est. Species est de confusione obligationis seu actionis. Id primum neminem ignorare arbitror, confundi actionem aditione hereditatis, videlicet si creditor debitori succedat, sicut confunditur usufructus si ad proprietatem revertatur, si proprietati accedat: confunditur ita usufructus: quia nemini res sua servire potest, confunditur & ita actio: quia nemo sibi ipsi obligatus esse potest: confusione sese perimunt debitor creditorque, sed & præter confusionem personarum, & jurium, subest etiam solutionis vis, & potestas quædam, quia is, qui successit debitori, videtur sibi ipsi solvere, quod debuit defunctus, & ita dicitur solutione perimi obligatio, quæ dicitur perimi confusione: ergo non tam videtur sublata obligatio confusione personarum debitoris, & creditoris, quam quod videtur creditor adeundo hereditatem sibi solvere, quod debuit: qua de causa etiamsi non sit, quod confundas, ut si nulla sit actio, quod accidit cum inanis obligatio est: tamen adeundo hereditatem pro solutione cedit, *l. Stichum*, §. *aditio*, *D. de solut.* Igitur, vel ratione confusionis personarum, vel solutionis effectu, & potestate extinguitur actio, si creditor debitoris hereditatem adeat, extinguitur inquam obligatio, & actio, non cetera, quæ habet creditor jure suo: nam in ponenda ratione legis Falcidiæ heres idemque creditor, qui debitoris adiit hereditatem, prius deducit, quod sibi defunctus debuit, & ex reliquis bonis deducit Falcidiam: sicut e contrario si debitor adierit hereditatem creditoris, contribuet, quod debuit defuncto, & detrahet Falcidiam, *l. 1.* §. *si debitor*, *D. ad leg. Falc.* In ponenda ratione legis Falcidiæ alia deducuntur bonis, alia contribuuntur priusquam deducatur Falcidia: & sunt omnes hæ deductiones ex lege Falcidia: nam neque erat unum tantum caput legis Falcidiæ, ut detraheret heres quadrantem, sed erat permissum, ut ante omnia deduceret res eas, quas defunctus debuisset heredi: ut quis possit affirmare, in testamentis militum locum habere legem Falcidiam, quod est ἄδοξον, cum in testamentis militum non habeat locum deductio quartæ: sed quia habet locum deductio æris alieni, quæ introducta est lege Falcidia, ideo vere posses dicere in testamentis militum locum habere Falcidiam. Ergo, sicut disserui, quanquam aditione hereditatis sublata sit actio, & obligatio, tamen non est sublata deductio, quia in po-

nenda

nenda ratione legis Falcidiæ heres deducit quod sibi defunctus debuit: ergo si non tollitur deductio, non etiam contributio debiti: quin etiam obligatio naturalis omnino non tollitur: nam pignus manet, quod non fieret si tolleretur naturalis obligatio, *l. debitor, D. ad Trebell.* cujus rei differentia, aut differentiæ ratio satis in obscuro est. Igitur hoc argumento dico, obligationem naturalem manere quod pignus maneat: nam ita est proditum aperte in *l. debitor, D. ad Trebell.* quo argumento vere defendi potest, aditionem hereditatis, sive confusionem non per omnia haberi pro solutione: Solutione enim tollitur naturalis obligatio, *l. Stichum, §. naturalis; D. de solut.* item quia si fidejussor stipulatori heres extiterit, reus non liberatur, fidejussor liberatur, *l. heres, §. ult. D. de fidejussor.* qui tamen liberaretur, si videretur fidejussor solvisse. Ergo ea confusio, quæ fit in personam, non omnino pro solutione cedit, *dict. l. heres, §. ult. D. de fidejussor.* Item ex constitutione Justiniani hodie si creditor debitori heres extiterit, facto inventario bonorum omnium, hoc solo quod fecit repertorium omnium bonorum heres non tenetur creditoribus hereditariis supra vires hereditarias; & in ponenda ratione legis Falcidiæ legatariis imponit æs alienum, etiam id, quod sibi defunctus debuit, & non interveniente lege Falcidia, creditoribus hereditariis in venditione bonorum reputat suum debitum, vel ante, vel post aditionem hereditatis, *l. ult. §. in computatione, inf. de jur. delib.* quo jure omnino utimur: si heres idemque creditor non fecerit inventarium in venditione bonorum, non reputat suum debitum ceteris creditoribus, si fecit inventarium, reputat suum debitum, & deducit ex bonis: quod præstat beneficium separationis, ut separemus quod servo defunctus debuit, *l. 1. §. ult. D. de separ.* & ita aperte scribitur in hac *l.* 7. Species hæc est. Creditor adivit hereditatem debitoris sui: eam hereditatem possidebat pro herede, ea bona possidebat pro herede: qua de causa quidam adversus eum egit petitione hereditatis: lis data est secundum possessorem, vicit creditor, idemque heres: deinde victo eam hereditatem tradidit: non dicit qua ex causa tradiderit: finge ex causa donationis, permutationis, ut sit creditor, idemque heres post aditam hereditatem conventus petitione hereditatis, vicit actorem, deinde vendidit, forte & tradidit hoc pacto, ut satisfaceret creditoribus hereditariis, & sibi quod defunctus debebat, quod pactum est vulgare: nam si non fuisset appositum, ita res se haberet, quia qui vendidit hereditatem, etsi non paciscatur, tamen hoc videtur intelligi, ut omnia onera subeat emptor hereditatis, etiam quod venditori defunctus debuit, *l. 2. §. penult. D. de hered. vend. l. hereditatem, D. de donat.* erat ergo pactum vulgare, quia si fuisset omissum, ipso jure res ita processisset: pacto huic subjecta est stipulatio, aget ex stipulatu, ut emptor hereditatis satisfaciat, ut solvat & sibi, & ceteris creditoribus, quod defunctus debuit: omissa stipulatione, qua actione aget? hoc non explicatur in ea lege: nam in aliis libris hæc omnia verba desunt: *ex stipulatu, si modo pacto subjecta est, dabitur actio, vel præscriptis verbis, si stipulatio non intervenit:* & suppleta videntur fuisse ab Azone, vel irrepsisse in contextum. Ergo similiter competit actio ex vendito, ut pacto stetur, si vendiderit hereditatem eo pacto, ut emptor hereditatis satisfaceret sibi, & ceteris creditoribus hereditariis: sed si non vendiderit, sed dederit, aut permutaverit, ex eo pacto dabitur actio præscriptis verbis, *l. rebus, D. de rer. perm. l. hereditatem, D. de donation. l. ult. inf. de re. permut. & pr. act.* pactum ergo justum est: nam est vulgare, & tacite pactus videtur quicunque tradit hereditatem venditori, ut fides impleatur, ut agat ex stipulatu, vel ex vendito, cum venditor adiit, vel præscriptis verbis: nec dicendum est hanc pactionem improbandam esse, quod is, qui tradidit hereditatem, pactus sit alteri, puta creditoribus hereditariis. Sed hæc pactio etiam si

A fiat alteri, non ideo est improbanda: paciscor alteri inutiliter, cum nihil mea interest dari alteri: sed hic mea interest, ut satisfiat creditoribus hereditariis, quia heres sum, & maneo post venditionem hereditatis, & me convenient creditores hereditatis, non emptorem: ergo mea interest liberari me a solutione. Et ita recte paciscor, & consulo non mihi tantum, sed & ceteris creditoribus hereditariis, quibus invitus respondere cogor: Non est dicendum, esse actionem judicati, ut impleatur pactum: nam quæ post judicatum in pactum venerunt quid ad judicatum spectant? qui adierat hereditatem vicit cum conveniretur petitione hereditatis, id est, pronuntiatum est, eum heredem esse: judicato satisfactum est, satisfactione extinguitur actio judicati: ergo amplius esse illo nomine non potest, & superesse judicati actio. B Et postremo non est actio ex pristino contractu, puta creditæ pecuniæ, cum in hac specie creditor successit debitori. Cui competebat actio creditæ pecuniæ, vendidit hereditatem, & tradidit ea lege, ut credita pecunia sibi redderetur: non redditur, an agi possit actione creditæ pecuniæ? minime: nam hæc sublata est confusione, & semel sublatæ actiones, spontanea aditione creditoris non restituuntur: hic sponte adiit, & sponte tradidit alteri, ergo non potest agere pristina actione, quæ consumpta est semel: ergo aget actione ex stipulatu, vel ex vendito, vel præscriptis verbis; verba legis hæc sunt: *Si eam hereditatem posteaquam in judicio obnuisti, ei tradidisti in judicio*, petitione hereditatis intellige, *ei tradidisti*, puta ex causa venditi: nam ita verba traditionis accipiuntur in libris nostris. Die crastina explicabimus C *l.* 8.

Ad L. VIII. Si pascenda pecora partiaria, *id est, ut fœtus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum & pastorem dividantur, Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacta præstare per judicem compelletur. PP. 4. Kal. Octob. Alexandro A. 2. & Marcello Coss.*

HOdie explicabimus *l.* 8. ait: *Si pascenda pecora partiaria, &c. per judicem.* sic interpretor, per judicium pro socio, vel actionem pro socio: nam ita speciem & rem omnem explicandam censeo. Dedit quidam pastori pecora sua pascenda, eo pacto, ut fœtus pecorum essent communes inter dominum & pastorem certis portionibus, puta ut fœtuum partem nonam, vel D decimam dominus ferret, reliquum pastor: justa conventio est, nec pactum hoc nudum est, sed contractus, quia subest causa, intervenit res: data enim sunt pecora pastori ea lege, ut fœtus, qui nascerentur essent communes: igitur conventio sine placito non stetit, sed datione pecorum sumpsit effectum: contractus est: ergo negotium, sed quale? societas nempe: pastor enim confert operam suam, dominus pecora, & id agitur, ut communes sint fœtus pecorum: hoc ergo genere societas contrahitur: quid est societas? communio pro indiviso certarum rerum contracta, aut verbis, aut consensu nudo; aut brevius: est conventio pro indiviso, quæ contrahitur tractatu habito: nam est quædam, quæ contrahitur sine tractatu, ut cum duobus legatur res eadem conjunctim: hæc societas non est contractus.
E Est vero hujus conventionis justa causa: nam constat ita coiri posse societatem, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, & lucrum communicetur, quia sæpe opera & industria alicujus pro pecunia valet, *§. nam & ita, Instit. de societ.* & *l. 1. inf. pro soc.* opera supplet quod deest, ut qui pro sua parte pecuniæ nihil confert, opera suppleat; *lex 6. D. pro soc.* ait, posse coiri societatem inter duos, etsi non sint æquis facultatibus: nam sane pauperior opera supplet quantum ei per comparationem patrimonii deest: opera est supplementum: qua de causa opera dicitur esse velamentum ita contractæ societatis, supplet opera inæqualitatem, quæ subesse videtur inter socios, cum unus pecuniam confert, alter non confert; & hoc est quod

dicitur,

dicitur, *pretium operæ artis eſſe velamentum*, *l. cum duobus*, *§. in coeunda*, *D. pro ſoc.* operam, vel artem ejus, qui nihil confert explere lacunam, id eſt, id quod deeſt. Ita M. Tullius pro Roſcio Comœdo, non eſſe captioſam, aut iniquam ſocietatem, ubi alter copias, alter diſciplinam in ſocietatem affert: & huic ſimilis eſt ea ſocietas, quæ contrahitur cum politore agrorum, qui ſcilicet agrum domini poliendum, colendum, arandum ſuſcepit, ea lege eoque pacto, ut fructus ſint communes, *d. §. in coeunda*. Ergo ſi dederis pecora paſcenda, ut fœtus ſint communes, ſive politori, ut fructus ſint communes, ſocietas contrahitur: quo genere, ut Cato ſcribit libris de re ruſtica, dominus & politor paciſcuntur inter ſe, ut politor ferat tritici partem, modo 9. modo 6. aut 7. & modo, ut triticum, quod mundum, tritum non ſit, dividatur inter dominum & politorem corbe meſſoria: modo ſi tritum ſit, vel piſtum, ut dividatur modio: denique leges addunt huic ſocietati & pactiones quas volunt. Eſt polire agros, polire ſegetes, nihil aliud quam purgare raſtris, quod locis quampluribus probari poteſt, & maxime ex Feſto: *Polimenta*, inquit, *dicebant teſticulos porcorum cum eos caſtrabant, a politione ſegetum ac veſtimentorum, quod ita expurgarentur*. Et ita Ennius in 9. annali: *raſtros dente fabres capſit, cauſa poliendi agri*: ita recte ait *§. in coeunda*, & cum paſtore, cui datur pecus paſcendum in commune quærendis fœtibus, & cum politore, cui datur ager poliendus in commune quærendis fructibus contrahi ſocietatem. Fuit & in ſpecie hujus legis ita contracta ſocietas: & ideo diviſionem fœtuum, de qua conventum eſt obſervandam eſſe per judicem pro ſocio, & hoc ait *l.* 8. Dixerit aliquis non eſſe ſocietatem ſi quis dederit paſtori paſcenda pecora ea lege, ut fœtus eorum inter ſe dividantur, eſſe potius locationem & conductionem, quaſi videatur pars ſtatim pro mercede paſtori cedere: & ita etiam hic paſtor, aut politor, qui ſuſcepit agrum poliendum in commune quærendis fructibus dicitur a Catone redemptor partiarius, id eſt, conductor: nam redemptor & conductor in libris noſtris ferme idem eſt, ut & emptor & conductor, *l. veteres*, *D. de action. emp.* nam noſtri auctores verbis emptionis & venditionis promiſcue utuntur etiam in locatione & conductione: conductio dicitur, venditio, locatio, emptio. Feſtus in verbo *venditionis*, venditionem ait fieri a Cenſoribus cum locantur vectigalia: & ita promiſcue dicimus pretium tam in emptione, quam in conductione: & ſic merces pretium appellatur in *tit. locat.* & in ſumma locatio & conductio affinis eſt emptioni & venditioni, & iiſdem regulis juris conſiſtit, *l. 2. D. loc.* quare non male conductor dicitur redemptor: videtur ergo cum politore, vel paſtore contrahi locatio, cum dicatur redemptor partiarius. Et ita etiam Plinius loquitur 9. *Epiſt. medendi una ratio eſt, ut non nummo, ſed partibus locent*: utitur locandi verbo: partibus locare, eſt cum colono ita paciſci ut agrum colat, & in commune fructus dividat cum domino agri: ſed ne abutamur his vocabulis: nam poteſt eſſe locatio cum dantur pecora paſtori ea lege, ut fœtus ſint communes, vel cum datur ager colendus colono ea lege, ut fructus ſint communes: quia locatio non conſiſtit ſine pretio, exemplo venditionis & emptionis: pretium autem non eſt niſi confeſtim ſit pecunia numerata, *§. item pretium*, *Inſtit. de emp. & vend.* quid ergo eſt? certe ſocietas, & ita definitur in *l. ſi merces*, *§. vis major*, *in fi. D. loc. Colonus*, inquit, *partiarius cum domino ſuo quaſi jure ſocietatis damnum & lucrum partitur*, ubi, *quaſi*, veritatem exprimit: nam revera inter dominum fundi & colonum partiarium ſocietas contrahitur: & id plerunque, ut Cato ſcribit, in ea ſocietate agitur, ut omnino ſint communia pro indiviſo, quæ percipiuntur ex agro inter colonum partiarium & dominum, præter fœnum, & pabulum, quod ſatis bobus ſit, quod dominus ſemper colono exhibet, & dat de ſuo: cetera ſunt communia pro indiviſo, quod nihil eſt aliud, quam ſocietas. Male exiſtimarunt quidam hunc colo-

A num partiarium, quem ſimilem facimus paſtori partiario, appellari a Juſtiniano (non eo, qui hos compoſuit libros quibus utimur, ſed Juſtiniano juniori) in legibus ruſticis, quæ extant apud Harmenopulum μορίτην. Et ſane fit in legibus ruſticis mentio μορίτου, & eſt tit. περὶ μορίτου, & interpretantur omnes partiarium colonum, qua in re errant: nam etſi dicatur a parte, ἀπὸ τοῦ μέρους, ut Heſychius ſcribit, tamen genus eſt clientis, ſive cenſuarii, ut nunc loquimur, non coloni: genus inquam clientis, qui accipit fundum forte a domino ſterilem, aut deſertum, aut ſqualidum, quem Juſtinianus eleganter appellat χωροδότην, id eſt, qui dat prædium, Galli vocant, fundarium. Excidit initium cœptæ orationis, non tamen ſententia. Hic ergo, qui accipit ita fundum a domino, quique appellatur μορίτης, domino tenetur B inferre dimidium fructuum tantum: ſunt hujuſmodi negotia multa hodie, ut quod dicitur feudum, quod libellaria, quod precaria, quod emphyteuſis, quod cenſus cenſuariuſve contractus, cum poſſeſſio aliqua a domino datur colenda alteri, perpetuo fruenda, ita ut modicam partem inferat perceptorum, non quaſi ſocius, aut conductor, ſed quaſi beneficiarius, aut cliens, qui ita prædium accepit, ut inferret quotannis decimam, is dicebatur μορίτης, & ita eſt accipiendus locus Juſtiniani, ut ex lectione colligi facile poterit, ſicut Athenis olim erant clientes, qui prædia accipiebant ea conditione, ut οἱ ἐκτῷ μέρει τὴν γῆν γεωργοῦντες, Heſychio, qui inferebant ſextam partem, & dicuntur ἑκτημόριοι in Solone Plutarchi. Sed de his hominibus non agitur, qui pendunt vectigal dominis, agitur tantum de ſociis, puta C de his quibus ad tempus agros colendos damus, in commune percipiendis fructibus, quibus comparamus paſtores, quibus ad tempus pecora paſcenda damus in commune quærendis fœtibus: dicimus cum his contrahi ſocietatem, non locationem, conductionem, non cenſuarium contractum, aut huic ſimilem alium: & ideo ſane in hac *l.* conſtat, contractam eſſe ſocietatem, quia dominium pecorum, quæ dominus dedit paſtori non tranſtulit in paſtorem: ergo pecora, quæ paſcenda dedit, in ſolidum ejus manent: idem eſſet ſi pro parte ejus manerent, id eſt, ſi communicaret pecora, ſi dominium pro parte transferret in paſtorem, & pro parte retineret: ſed hic dominium pecorum in ſolidum retinuit: nihil refert utrum rerum dominium totum tranſtulit, an pro parte adjiciendo ut fœtus pecorum ſint D communes: cum dominium habet in totum, vel pro parte, ſocietatem contrahit, quæ non contraheretur ſi dominium pecorum transferret in paſtorem, ea lege ut fœtus eſſent communes: hoc caſu non eſſet ſocietas, quia contrahendo ſocietatem nemo amittit dominium rei ſuæ in totum, ſed pro parte retinet: hic cum amittat dominium pecorum in totum, id eſt, pecora in totum tranſferat in paſtorem jure dominii, non erit ſocietas, ſed erit contractus do ut facias, do tibi pecora ea lege, ut tu mihi communices fœtus, ut tu me fœtuum participem facias, quo caſu datur actio præſciptis verbis, *l. ſi rem tibi*, *§. Julianus*, *D. de præſ. verb.* ſed in hac ſpecie dominus non tranſtulit dominium pecorum in paſtorem, ſed retinuit dominium in totum, ergo non amittit dominium rei ſuæ ita contrahendo: qua de cauſa cum E conveniat inter dominum & paſtorem, ut paſtor paſcat pecora, & fœtus ſint communes, ſtatuimus, contractam videri ſocietatem, & id quod pacto comprehenditur, impleri interventu judicis, id eſt curante & ſatagente judice pro ſocio: & ita eſt diſtinguendum quod ait Accur. hic, aliud eſſe ſocietatem, aliud do ut facias, hic eſt ſocietas, quia dominus dominium retinuit paciſcendo, non eſſe ſocietatem ſi dominium tranſtulit in totum, ſi tranſtuliſſet pro parte, eſſe ſocietatem.

Ad L. IX. Cum poſteaquam adverſarius *matris tuæ victus eſſet, matrem tuam circumvenerit, ut ei caveret nullam ſe contro-*

controversiam de servis moturam: id pactum mala fide factum, irritum est: & cum ex ea conventione cum matre tua agi cœperit, judex eam liberabit. PP. prid. id. Sept. Alexandro 2. & Marcello Coss.

C*Um posteaquam adversarius matris tuæ victus esset*, *&c.* hæc sententia videtur obscura & dubia, explicabitur autem facile si ponatur ita species. Erat inter matrem & Titium lis de servis quibusdam. Titius possidebat eos servos, & mater vindicavit, & vicit: sed cum nesciret se vicisse, quia forte judex statuerat quidem de re tota, sed nondum pronuntiaverat, & sciret tamen Titius quid de ea re statuisset judex, id est, decrevisse judicem pronuntiare secundum matrem meam insciam, matrem meam dolo malo, quæ fraus est frequentissima, circumvenit ut pacisceretur, & caveret nullam se controversiam amplius de servis moturam: hanc ab ea conventionem extorsit, quæ conventio injusta existit, quia fraus est manifesta, cui occurrit hæc lex, & hoc nescitur vulgo huic frequenti fraudi occurrere hanc constitutionem: nam si forte adversarius nesciverit quid statuerit judex; adoriretur forte & quodammodo transigeret cum illo. Sed si intelligat aliquid eum statuisse, huic conventioni nullo modo standum esse hæc constitutio ait: ut puta, cum decrevisset judex pronunciare pro matre mea, & hæc nesciret, sciret adversarius, adversarius eam circumvenit, ut pacisceretur mater, nullam se de servis controversiam moturam: pacto subjecta fuit stipulatio: nam hoc necessario ponendum est, cum dicat, ex hac conventione actionem esse, ex pacto nudo actio non est, nisi subjecta sit stipulatio, *l. 3. inf. de rer. permut. l. divisionis, D. de pact.* & ob id hoc ideo & in Cod. Gregoriano cum scriptum esset, *ut pacisceretur*, Tribonianus maluit scribere, *ut ei caveret*, pro illis verbis, *ut pacisceretur*, reposuit, *ut ei caveret*; ut pacto subjectam fuisse stipulationem intelligeremus: cautionis enim verbum stipulationem significat non pactionem. Pacto ergo superiori subjecta stipulatio pœnalis, si non ut convenisset omni controversia abstineret mater: at cognita fraude Titii, & sententia dicta secundum matrem, mox mater egit actione judicati adversus Titium, cum quo convenisse videbatur stipulatione pœnali, & de stipulatione cum matre agebat Titius: consulit filius Imperatorem, an utilis sit actio ex stipulatione pœnali: rescribit Imperator, esse quidem actionem ex stipulatu pœnali, sed tamen judicem matrem liberaturum, id est, matrem absoluturum, si opposuerit eam exceptionem doli, id est, si allegaverit in judicio mater rationem eam, quam principi allegavit filius: nam pactum hujusmodi dolo malo factum servandum non esse, cum edicto ita scriptum sit, se pacta servaturum si dolo careant. Pactum igitur dolo factum irritum est: ergo & irrita subjecta stipulatio; nam non valente pacto, non valet stipulatio pœnalis, quæ pacto servando subjicitur, *l. 69. D. de verb. oblig. l. quod bonis, §. 1. D. ad leg. Falc.* Nec obstat quod dicitur, stipulationem factam alteri valere si contractui subjecta sit stipulatio pœnalis: nam hoc verum est si stipulatio, quæ facta sit alteri, vitio omni careat, si nullum ei præterea vitium insit, quam quod facta sit alteri: hæc confirmabitur, addito pœnæ vinculo: sed si stipulationi, vel pactioni principali vitium aliquod insit, puta vis, metus, dolus, inerit & subsequenti stipulationi pœnali: qua de causa pactio si ratione doli irrita sit, irrita erit stipulatio pacto subjecta: dolus vero intervenit in paciscendo, quia Titius sciebat decrevisse judicem pronuntiare secundum matrem, & cum hoc sciret, extorsit hanc a matre conventionem, quæ hujus rei erat ignara: manifesta est fraus Titii, qui cum sciverit decrevisse judicem pronunciare secundum matrem, hac circumventione usus sit, quippe cum pactus est, quasi de re dubia cum matre, quæ jam erat statuta, de re autem judicata pacisci nemo potest, quæ ratio subiicitur in Cod. Gregoriano: de re

A enim judicata nemo potest pacisci. Est regula, de re judicata nos transigere inutiliter, *l. & post rem, D. de transact.* & ideo de re judicata, quasi de re dubia paciscimur inutiliter: & licet res judicata dicatur proprie, quæ pronunciatione judicis finem accepit, *l. ult. D. de re judic.* & quamvis Prætores, Jurisconsulti, promiscue utantur his vocabulis, *pronuntiare & statuere*, *l. pronunciatum, D. de verb. signif.* tamen si quis subtilius animadvertat, aliud est statuere, aliud pronunciare. Nam statuit judex de re judicata, quam pronunciat statim, statuit primum, deinde pronunciat, & in eo jure, quo cavetur de re judicata pacisci neminem aut transigere, rem judicatam accipere oportet de ea re, de qua statuit, nondum pronuntiavit: unde si velis eruere ex hac lege, quod in ea definitur, idque stringere sum- B matim, ita possis commodissime: de re ea, de qua judex pronuntiavit, vel de qua statuit, nondum pronuntiavit, pacisci & transigere inutiliter: qui aliter hanc l. explicant, ponunt rursus matrem agere in hac specie rei vindicatione, rursus servos vindicare, & opponi exceptionem pacti. Contra replicari de dolo: hi errant: primum quia singulis controversiis singulæ actiones uniusque judicati finis sufficiunt, *l. 6. D. de excep. rei judic.* quinimo expunguntur ipso jure, etiam non opposita exceptione rei judicatæ, cum scilicet non ambigitur, quin ita judicatum sit, sicut cum constat juratum esse, non est necessaria exceptio jurisjurandi, sed ipso jure tollitur actio, *l. nam posteaquam, de jurejur.* hic cum constat judicatum esse, non indigeret exceptione rei judicatæ, nam ipso jure non competit actio C cum judicatum sit: non potest ergo hic mater rursus agere rei vindicatione, quia sufficit unus judicati finis: deinde recedunt illi a verbis, qui ita rem explicant: nam agere in hac l. accipiunt pro excipere, & cavere pro pacisci: quidam alii ponunt matrem hic agere actione de dolo malo: & hi etiam recedunt a verbis legis, cum in hac l. non dicatur matrem agere, sed cum matre agi ex conventione, & judicem eam liberaturum; liberaturum igitur eo ipso judicio, quo cum matre agitur, admissa exceptione doli, non ut ponunt data actione de dolo: nam qui tutus est exceptione, ei non datur actio de dolo, *l. 1. §. ait Prætor, D. de dol.* mater, quæ pœnam promisit si de servis controversiam faceret, tuta est exceptione de dolo: ergo non potest ei dari actio.

D Ad L. X. Legem, quam dixisti cum *dotem pro alumna dares, servari oportet: nec obesse tibi poterit, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc jure utimur, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur, & aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio. PP. III. Kal. Mar. Albino & Maximo Coss.*

LEgem 10. explicant male, aut certe non explicant, nam quod in ea præcipuum est, omittunt: verba sunt, *Legem, quam dixisti cum dotem pro alumna dares, &c.* Pacta, quæ contractibus adjiciuntur proprie appellantur leges, quia legem contractui dant, *l. contractus, D. de reg. jur.* & inde legis commissoriæ mentio, quæ est non lex quædam P. R. stulte qui scripsit librum de legibus P. R. inter eas posuit legem commissoriam, sed est E pactum adjectum venditioni & emptioni, ut scilicet si ad diem certum non solveretur, res sit inempta: & ita in *l. quo tutela, §. ult. D. de reg. jur.* neque paciscendo, neque legem dicendo, neque stipulando alteri quis cavere potest: ergo aliud est pacisci, aliud legem dicere, sed pacisci patet latius, quam legem dicere: legem dicere, est pacisci in ipso negotio, pacisci est etiam pacisci intra contractum, vel extra contractum: & ita hic legem accipe pro pacto adjecto in conventione dotis: & hæc lex ponitur sub *tit. de pact. conv. sup. do.* & ait servari: servare, est tueri: id fit duobus modis, data actione, vel data exceptione, *l. inter, §. 1. fam. ercisc.* In edicto de pactis Prætor pollicetur se pacta servaturum, scilicet per exceptionem: sed hic servari inter-

pretabimur actione data: nam pactio hæc fuit, ut pecunia, quam dabas pro alumna dotis nomine, ſoluto matrimonio tibi redderetur, hoc vero non potes interpretari, ut tibi reddatur niſi per actionem: dum ergo ait, hanc legem ſervari oportere, ex lege dandam eſſe dotis repetitionem, atque adeo actionem ſignificat: quod etiam in extremo legis ait, utilem eſſe condictionem (male ſcribunt quidam conditio) cum & in *l.1. inf. de pact. conv. ſuper dote*, ſit, *condictio*, ut in Baſilicis, quæ ita vertunt, *χρήσιμος ἐστιν ὁ τῆς ἀπαιτήσεως λόγος*. Condictio videtur nihil aliud eſſe quam repetitio dotis: pactus eſt educator, ut ſibi dos redderetur ſoluto matrimonio: pactum juſtum eſt: ex hac conventione danda eſt repetitio dotis: dotem repetit, qui eam ſibi ex conventione dari poſtulat: dirempto matrimonio igitur utilis eſt repetitio: nam condicere eſt repetere, & ei eſt utilis repetitio, etiam ſi pacto non ſit ſubjecta ſtipulatio: nam hæc differentia eſt inter patrem & extraneum dotem dantem, quia extraneus dotem, quam dat, poteſt ſibi recipere pacto ſolo, non addita ſtipulatione in caſum ſoluti matrimonii, & is, qui dotem dedit in hac ſpecie erat extraneus, nam erat educator: utiliter paciſcitur dotem item ſibi reddi ſoluto matrimonio: utilis eſt condictio matri, quæ extranea eſt, cum poteſtatem nullam habeat, & ita poteſt dotem ſibi retinere ſoluto matrimonio, etiam ſi non adjecta ſit ſtipulatio, ſed pater non poteſt, ne initio quidem dotis, eam ſibi recipere pacto: ſi recipiat pacto ſolo, nulla eſt conventio, & ita pater non poteſt inter dandum cavere eam ſibi reddi ſoluto matrimonio, niſi per ſtipulationem, *l. avia, inf. de jur. dot.* & id non ſine ratione magna: nam patris officium eſt dotem filiæ dare, & conſervare conſtitutam ſemel, patri incumbit onus dotis conſtituendæ filiæ, & conſervandæ, & ideo non poteſt eam in ſe transferre temere, eamque ſibi retinere, ſed neceſſaria eſt ſolemnis ſtipulatio. Ergo quam dat dotem, ſi eam vult ſibi reddi, is debet de eo ſolemniter ſtipulari, nec enim temere id effici debet, *d. l. avia*, ſed hic fuit extraneus, qui dotem dabat, hic rei ſuæ legem dedit quam voluit, *l. ob res, §.1. D. de pact. dot.* etiam ſi pactus ſit, non ſtipulatus; & quia non eſt ſtipulatus, certe non habebit actionem ex ſtipulatu dotis repetendæ cauſa: qua igitur actione repetet? an eſt actio dotis, qua ſolet dos repeti ſoluto matrimonio? minime: nam hæc actio datur uxori tantum ſoluto matrimonio, quæ & ſola videtur dotem contraxiſſe: poſſet dici dandam eſſe illi, qui pro alumna dotem dedit ſoluto matrimonio ex conventione actionem dotis: quia dotis datio eſt contractus uxorius, *l. contractus, D. de reg. jur. l. exigere, D. de judic.* huic contractui adjecit etiam legem de dote reddenda ſoluto matrimonio: lex format contractum dotis, *l. cum dotem, inf. de ju. dot.* format ergo actionem de dote legem dicenti: hic ergo ſoluto matrimonio dotem repetet actione de dote, ſed denegatur repetitio: quia actio de dote datur tantum uxori: nam & ipſa ſola videtur dotem contraxiſſe, cum & ejus ſolius nomine data ſit: ei ergo ſoli reſtat actio de dote, id eſt, rei uxoriæ: ex parte autem ejus, qui dotem dedit, non videtur contractum negotium dotis, ſed aliud, ut do uti reddas, quod negotium nomine vacat, & ideo pro parte ejus, qui dotem dedit, dabitur dotis repetendæ cauſa actio præſcriptis verbis, & ita in *l. 7. §. accedit, inf. de rei ux. act. d. l. avia*: hoc ergo loco condictio, eſt repetitio dotis per actionem præſcriptis verbis: & ita Thalelæus recte ad *l. 1. inf. de pact. conv.* & ex Latinis interpretibus multi ajunt, repeti dotem ex hac conventione per actionem præſcriptis verbis: malæ quidam utilem actionem interpretantur efficacem, & utilem non accipiunt quaſi adverſam directæ: eſt enim hæc condictio non directa, ſed utilis, quam efficacem vocant, quod vim & momentum afferat, & ita videntur Græci accepiſſe, qui pro utili reponunt *χρήσιμον*, & ita ſane hic affirmo, utilem eſſe ſic accipiendam, quaſi deficiat dire-

A cta: utilem non dicit pro efficaci, ſed ex adverſo directæ actionis, quia hæc condictio dotis intenditur per actionem præſcriptis verbis, quæ utilis eſt, non directa, *l. quoties, D. de præſ. verb. l. 3. ff. de donat.* Euſtathius & Dymus accipiunt pro actione præſcriptis verbis, nec abs re: nam omnis præſcriptis verbis datur exemplo civilis & directæ actionis, quæ datur ad exemplum alterius, utilis eſt: ut actio præſcriptis verbis ex articulo do ut des, ad exemplum actionis empti & venditi: actio præſcriptis verbis ex articulo do ut facias, ad exemplum actionis locati: actio præſ. verb. quæ datur ex precario, datur ad exemplum commodati, quia precarium ſimile eſt commodato: & ita hic actio præſ. verb. quæ datur educatori eſt exemplo actionis rei uxoriæ: ergo utilis: directa actio ſoli uxori B competit, ſoli mulieri conſequendæ ſuæ dotis cauſa, utilis educatori, qui eam ſibi reddi poſtulat: ergo verum eſt hoc caſu ex conventione, quæ cohæret dationi dotis ei dari condictionem dotis per actionem præſcrip. verb. ergo utilem, non directam: nimirum ad inſtar uxoriæ actionis: & hoc ſi explicaſſent, in l. quod erat præcipuum explicaſſent: ſed trahuntur in alia omnia, quæ nihil ad rem pertinent: ut quum hic tractant qua ratione veſtiantur pacta: nam quæ dixi, recto ingenio ſatisfacient ſatis, aut neſcio quid ſit ſatis, cum nihil eſt, quod poſſit deſiderari: Extremum hoc eſt ut reſpondeam ad *l. ſi tibi, inf. loc.* quæ huic opponitur: ex hac l. is, qui dotem pro alumna dedit, & dando pactus eſt eam ſibi reddi ſoluto matrimonio, agit ex conventione legis: ſecus eſt in ſpecie *l. ſi ti-* C *bi*: nam ibi conductor prædii dat agricolis pecuniam aliquam, & prorogat, id eſt, dat aliquid pro mutuo colonis. Deinde, non addita ſtipulatione paciſcitur cum domino prædii eam pecuniam ſibi reddi: lex ait, ex ea conventione, quod ſit nuda, non dari actionem: cohærebat tamen pactioni datio: reſpondetur, quod non ſubjecerit ſtipulationem de ea reddenda, agere non poſſe: cur tamen hic agit educator de reddenda dote? res difficilis non eſt: nam in hac *l. 10.* qui dedit dotem, cum eo pactus eſt in danda dote eam ſibi reddi ſoluto matrimonio: at in ſpecie *l. ſi tibi*, qui dedit pecuniam, cum eo non eſt pactus ſibi reddi, ſed cum alio: dedit pecuniam in anteceſſum, vel dedit promutuo, Galli dicunt *avancer*, Græcis eſt *πρόχρεια*. Ergo hic conductor prædii agricolis prorogavit ſummam D aliquam in anteceſſum, & huic dationi nullam adjecit legem. Igitur non dedit illis pecuniam addita certa lege: ſed deinde cum domino prædii pactus eſt eam pecuniam ſibi reddi, eoque modo eſt pactus tantum: nam qui dedit cum eo non eſt pactus cui dedit, cum alio eſt pactus: reſtat ergo pactum eſſe nudum: non poteſt ergo ex eo actio dari: ſed hic, qui dedit pactus eſt cum eo cui dedit: & non obſtat regula, quæ ait, ex pacto actionem non dari: nam inquit, hoc jure utimur cum pactum nudum eſt, unde ſtulte abrepta occaſione contendunt quidam: non igitur omne pactum eſt nudum, quoddam eſt non nudum, ſeu veſtitum: non ita oportet interpretari verba l. nam his verbis, *tunc enim hoc jure utimur cum pactum nudum eſt*, aliquid aliud ſignificatur, id eſt, cum conventio pacti nudi nomine cenſe- E tur, *l. ult. inf. de rer. perm.* at hæc conventio contractus potius quam pactum cenſetur, hæc de qua agitur contractus eſt, non pactum: & ideo non mirum ſi ex ea conventione naſcatur actio: & eodem ſenſu explicant *l. ſi dominus, D. de præſ. verb.* pactum nudum non interveniſſe, cum certa lege datur aliquid: imo vero, quia lex illa certa eſt pactum nudum, omnis lex pactum nudum eſt: ſed quia non lex tantum dicitur ſola, ſed datio intervenit, ex datione illa reſumit nomen: & ideo miſſo nomine principalis negotii, non recte appellaveris pactum nudum, quod eſt contractus. Unus eſt doctrinæ, & præcipuus modus vera invenire, & inventa docere: ſecundus falſa convincere: hic certe illo facilior eſt. Utinam, inquit quidam ex veteribus: *tam facile*

vera

vera invenire possem, quam falsa convincere, quare quod erat difficile in explicatione ejus *l. ult.* omiserunt. Jam nos dissolvamus in eo quot & quanta peccaverit Bartolus, vel potius Accurs. illius enim fere sunt, quæ dicuntur a Barto. sumpta ex his, quæ notat ex *l. juris gentium*, §. *quinimo*, *D. de pact.* Primum in eo peccat, quod utilem condictionem, quæ hac l. datur, scribit, non esse adversam directæ, sed directam efficacem condictionem, quod satis perspicuum reddidi nudiustertius: & quia hæc condictio intenditur per actionem præscriptis verbis, omnis autem actio præs. verb. est utilis, quia datur exemplo cujusdam civilis, & directæ, ergo condictio hæc, quæ datur per actionem præs. verb. est utilis, non directa: deinde error in eo est, quod ut conciliet *l. si tibi*, *inf. loc.* cum ista l. ait, in hac l. pactum, quod dationi dotis cohæret vestiri favore dantis dotem: in *l. si tibi*, non vestiri odio prorogantis pecuniam pro colonis conducti prædii: nam in *l. si tibi*, conductor, qui prorogat pecuniam colonis conducti prædii cum domino paciscitur sibi hanc pecuniam reddi, sed accipiente alio quodam veluti conductore, vel accipientibus colonis pecuniam: nam quæro quo odio dignus est qui prorogat pecuniam alii? an pro beneficio promeretur odium: prorogatio est beneficii species: quare Barto. sibi hac in re non constat, & aliter has ll. inter se conciliat in *d. l. si tibi*, & rectius, meo quidem judicio in *l. si tibi*, quam hic hoc modo. Pactum nudum non vestiri inter alias personas, inter easdem personas vestiri: recte si modo abstinuisset vestiendi verbo, & si pactum nudum, pacto vestito vestiri, aut non vestiri non dixisset: nam vel in illa *l.* duo non sunt pacta, unum nudum, alterum vestitum, quod operimentum infernat alteri, sed unum est tantum pactum de reddenda pecunia prorogata pro colonis in *l. si tibi*, & in hac l. de reddenda pecunia pro alumna data dotis nomine, ex quo pacto an sit actio quæritur: debuit dicere Barto. in hunc modum: ex pacto nudo, quod rei, vel pecuniæ traditioni cohæret, esse actionem adversus eum, qui rem pecuniamve accepit, & cum quo pactum factum est, ut in hac l. ex pacto autem nudo non esse actionem, quod quis fecit, non cum eo, qui rem, vel pecuniam accepit, sed cum alio: nec enim hoc pactum rei cohæret: semper eodem errore is interpres fallitur: nam cum tractasset de conciliandа *l. si tibi* cum ista l. deinde instituit tractare plene de pactis vestitis, & proponit initio hoc discrimen: pactorum alia esse nuda, alia vestita: perperam: quia omne pactum nudum est, nudum, inquam, a causa & nomine proprio: hæc est pacti qualitas inseparabilis: non possis mihi dare pactum vestitum, quod non doceam nudum esse, vel contractum: nullum est ergo pactum vestitum: nam in primis si dixeris, cum inter duos convenit de re vendenda certo pretio nudo consensu, pactum esse vestitum, hoc pernegabo, & contendam esse contractum emptionis & venditionis: cum ergo nudo consensu agitur inter duos, ut res vendatur certo pretio, est contractus, id est, emptio & venditio: non est etiam vestitum, quod lex adjuvat, id est, ex quo lex vult actionem dari, vel tolli: nam id dicitur nudum, *l. legitima*, *D. de pact.* quæ lex ostendit in eo pacto legitimo vitiari regulam, quæ dicit ex pacto actionem non nasci, quæ est de pacto nudo: ab ea dum excipit pactum legitimum, innuit pactum legitimum esse nudum; sed parit actionem, quia lex pactum nudum confirmat, id est, voluit ut ex eo nasceretur actio: atque ita pactum nudum nonnunquam parit actionem, *l. nuda*, *D. de contr. stipul.* ex pacto nudo non semper denegari actionem: nam interdum etiam ex pacto nudo datur actio, ut si lege adjuvetur, *d. l. legitima*: vestitum etiam non est pactum, quod fit in ingressu contractus, ut in traditione rei, *l. juris gentium*, §. *quinimo*, *D. de pact.* nam cum ante dixisset IC. pactum nudum parere exceptionem, adjicit statim, quinimo format ipsam actionem: pactio ergo nuda, ut si fiat in ingressu contractus, & ex continenti: pactionem ergo quæ fiat in ingressu contractus, vel in medio contractus, ut in mutuo, commodato, deposito, vocat nudam; & tantum abest, ut traditione rei vestiatur pactum, vel vestitum censeatur, quod fit in traditione rei, ut etiam si concurrat traditio rei, & auxilium legis, tamen dicatur nudum, id est, si in danda pecunia mutua fiat pactum de usuris: ut si pecuniam det civitas quædam, aut Respublica, & in ea danda paciscatur de usuris, ex eo pacto nascitur actio, quod ut lex aliqua efficeret necesse est, cum non soleat ex pacto nasci actio: ergo in ea specie pactum dationi pecuniæ cohæret, & præterea lege adjuvatur, quia parit actionem, & petitionem usurarum, de quibus convenit, & tamen pactum nudum dicitur in *l. etiam*, *D. de usur.* etiam ex pacto nudo creditæ pecuniæ civitatis debentur usuræ: & eodem modo si in dando frumento mutuo, id est, tempore dationis conveniat de usuris, pactum est nudum, & cohæret tamen dationi rei, vel frumenti, & legitimum est: nam placuit actionem nasci, & petitionem usurarum ex pacto incontinenti apposito credito frumenti, vel hordei, *l. 12. infr. de usur.* ubi pactum dicitur nudum. Ergo quod vocant vestitum, puta quod fit traditione rei, vel in ingressu contractus, hoc nudum videtur, etsi lege adjuvetur, id est, etsi pariat actionem, *l. etiam*, *D. de usur. l. 12. inf. eod. tit.* item pactum, cui additur stipulatio, etiam nudum est: illi vestitum vocant, & nudum dicitur in *l. nuda*, *inf. de contr. stipul.* quod ex eo probari potest, quia etsi pacto sit adjecta stipulatio, ex eo non nascitur actio, sed ex stipulatione. Paulus *lib. 2. Sentent. omnibus pactis stipulatio subiici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit*, quia ex pacto nudo non est actio, subjici stipulationem, ut quæ non potest esse ex pacto, sit ex stipulatu: item pactum, quod stipulationi adjicitur, etiam nudum est, sicut quod adjicitur ceteris contractibus: & hoc potissimum, quod adjicitur stipulationi, nec ipsam actionem ex stipulatu format: nam hoc tantum receptum est in contractibus bonæ fidei, *l. in bonæ fidei*, *inf.* & consequenter non est etiam dicendum literis vestiri pactum nudum, sive literarum obligatione: nam literarum obligatio procedit ex alia obligatione: quum transfertur, aut deducitur in literarum obligationem, id est, transfertur ex alio debito, puta ex mutuo, vel fœnore, vel alio titulo, ut recte Theoph. *in tit. de liter. obligat.* quod non ante mihi potui persuadere verum esse, quam omnino id explicatum legi *l. 6. Theod. de denunt. rescrip.* quæ valde confirmat, quod Theoph. tradit: igitur ex alia causa debet transferri obligatio in literarum obligationem. In alio titulo pactum fuit nudum, ergo & in literis erit nudum, nec ex his operimentum accipiet: denique nullum pactum vestitum ponunt, quod non possis probare esse nudum, vel contractum potius esse. Idem Barto. male scribit, aliud esse vestire contractum re, aliud rei interventu: & vult esse separanda, vestiri re mutuum, commodatum, depositum: vestiri rei interventu contractum do ut des, do ut facias. Transit perperam a pactis ad contractus: tractabat enim ante de pactis vestitis, modo tractat de contractibus vestitis, & contractus ait vestiri re, aut rei interventu: unde is cum legisset in libris nostris pacta nuda, commentus est statim pacta vestita, sicut inter medicos quidam cum legisset morbos acutos, statim commentus est morbos obtusos: sic cur mihi, cum legam apud Barto. contractus vestitos, non liceat ex adverso facere contractus nudos? sed hoc ut faciam ne ipse quidem Barto. feret, nec feram ipse pari jure, ut & appellatione nudi conficiat is nobis statim pacta vestita: & multo minus, ut confundat pacta, & contractus, quæ accurate semper auctores nostri separant, ut nusquam pactum contractum, vel contractum pactum appellaverint, idemque Græcis accidisse puto, qui nusquam σύμφωνον, συνάλλαγμα, vel contra appellant, pacti & contractus vis non est una: pactum vacat nomine & causa, contractus habet no-

men, & cauſam: pactum obligationem non parit, contractus obligationem parit: non feram pari jure ſeparari rem a rei interventu: mutuum re contrahitur: nam quid eſt aliud re contrahi, quam rei interventu contrahi? nihil ergo intereſt re dicas, an rei interventu, ſicut nihil intereſt, ſive pretio contrahi emptionem dicas, ſive pretii interventu: ex quo efficitur, etiam falſum eſſe, quod idem interpres tradit ex Jacobo quodam, rei interventu veſtituram fieri, quæ fit tantum in contractibus innominatis: nam mutuum, depoſitum, commodatum, pignus, nominati ſunt contractus, & tamen rei interventu, id eſt, datione, aut traditione rei, aut pecuniæ contrahuntur: ergo, ut ita loquar, rei interventu veſtitura fit in contractibus nominatis, ut in mutuo: at male dicam mutuum rei interventu veſtiri, & male dicam, in contractibus nominatis, qui re contrahuntur, velut in mutuo, vel commodato, vel pignore, tacitam ineſſe conventionem de reddenda re, vel pecunia, in contractibus innominatis exprimendam eſſe eam conventionem, puta do ut des, do ut reddas, hoc eſt falſum: nam etiam in contractibus innominatis tacita ineſt conventio, licet non exprimatur, ut in donatione hereditatis, *l. hereditatem, D. de donat.* cui ineſt tacita conventio, ut qui accipit hereditatem, ſatisfaciat creditoribus hereditariis, & etiam donanti, ſi quid ei defunctus debuerit: & ideo ex ea donatione naſcitur actio præſcriptis verbis, & eſt contractus innominatus, cui tamen tacita ineſt conventio, ut ſolvat creditoribus: ergo falſum eſt conventionem de reddendo, de viciſſim dando exprimendam eſſe in contractibus innominatis: nam id pro cauto habetur. Idem auctor acute pacta, ſive contractus dicit: non enim inter ſe confundit: ait, contractus veſtitos recte dici, non veſtiri: veſtitos contractus naſci, non fieri, veſtiri nudos: nullos eſſe nudos contractus: ergo nullos veſtiri: naſci contractus veſtitos re, aut verbis, aut literis, aut conſenſu, ſicut homo, utitur enim hoc exemplo, naſcitur veſte carnis indutus, ita contractus naſcuntur veſtiti, nec veſtimenta accipiunt: quid igitur ſi contractus ab initio veſtitus ſit, puta credita pecunia, ſi veſtitus re, quale eſt mutuum, & ex intervallo, non novandi animo interponatur ſtipulatio creditæ pecuniæ, an non recte dicam, ut minui ſtipulatione, contractum ſtipulatione veſtiri? corroboratur enim addita ſtipulatione, & veſtiri corroborari eſt, & veſtitum veſtire num eſt abſurdum: exemplum ſit homo quo utitur, veſte carnis indutus, veſtimentum eſt primum, deinde veſtitur togis: ſic igitur & mutuum, quod ortu ſuo eſt re veſtitum, veſtitur poſtea recte ſtipulatione adhibita, & licet ſi ſtipulatio addatur mutuo ex continenti unus ſit contractus, id eſt, ſtipulatio, ſi ſit utilis, & mutuum ſi ſtipulatio ſit inutilis, *l. 6. §. ult. & l. ſeq. D. de novat.* etſi, inquam, ſi mutuo ex continenti addatur ſtipulatio unus ſit contractus, id eſt, ſtipulatio, vel mutuum, tamen ſi ex intervallo non novandi cauſa addatur ſtipulatio, vel duo ſunt contractus, & prior corroboratur poſteriore, quanquam ſtipulatio vacet. M. Tullius in fine orationis pro Roſcio Comœdo: *cum*, inquit, *ſine cautione, & repromiſſione illi debeatur, qui nulla diligentia fuit, ut diligenter ſtipularetur.* Idem hic tentat, ex contractibus, qui conſenſu contrahuntur, non naſci civilem obligationem, naſci naturalem tantum, veluti emptione, mandato, locatione: ſed ſi ex his contractibus naſcatur tantum obligatio naturalis, ideo conſequens eſt non naſci actionem obligatoriam, falſum eſt ex his contractibus non naſci actionem, ergo falſum eſt naturalem naſci, non civilem, & id tantum tentat Barto. non probat, & nititur hac ratione forti, pactum nudum non tollit obligationem civilem: pactum nudum tollit obligationem conſenſu contractam: ergo obligatio conſenſu contracta non eſt civilis, non eſt neceſſaria collectio: eſt propoſitio vera: aſſumptio probatur *l. juris gentium, §. adeo, ff. de pact.* quæ dicit pa-A cto reſolvi jure emptionem, cum placet inter contrahentes, ut recedatur ab emptione, vel in totum, vel pro parte: pactum ergo tollit obligationem conſenſu contractam: & ut reſpondeamus huic quæſtioni, neſcit plane reſpondere: debuit hoc modo: emptionem pacto reſolvi ipſo jure, atque ita obligationem conſenſu contractam non tam poteſtate pacti, quam judicii bonæ fidei, cui tacita ineſt exceptio pacti, *l. 3. ff. de reſcind. vend.* tollitur obligatio empti venditi, quæ fuerat conſenſu contracta per exceptionem, ſi pactum per ſe ſolum ſpectes: tollitur ipſo jure, æquitate arbitrii bonæ fidei, cui ineſt exceptio pacti, vel doli etiam ſi non opponatur, & ita ait *l. ab emptione, ff. de pact.* hanc pactionem, ut recedatur ab emptione bonæ fidei interpretationem admittere: quia, inquit, bonæ fidei B interpretatio, ad quam omnia hæc rediguntur, hanc quoque conventionem admittit: ex quo intelligimus, non lege ipſa pacto tolli obligationem conſenſu contractam, ſed interpretatione bonæ fidei: tollitur ergo non ipſo jure plane. At cur tollitur pacto? quia exceptio pacti ineſt arbitrio bonæ fidei, etiamſi non opponatur: tollitur ergo non tam pacto, quam per exceptionem, quæ ineſt judiciis bonæ fidei, etiamſi non opponatur, alioqui ſi eſſet ſtrictum judicium, non tolleretur actio ipſo jure, niſi oppoſita exceptione, *l. 3. inf. de reſcind. vend.* & ita etiam hypotheca, quæ pacto conſtituitur, ſi convenerit de non petendo, non tollitur, niſi oppoſita exceptione, *l. ſi tibi, §. de pignore, ff. de pact.* non quaſi hæc ſit poteſtas pacti, ut conſumat obligationem civilem ſine exceptione. Sed C non opponitur exceptio: quia bonæ fidei arbitrium non exigit, ut omnes exceptiones opponantur: & ita debuit reſpondere: reliqua quæ ſuperſunt cras explicabo.

Dixi nudius tertius, ex contractibus, qui conſenſu contrahuntur, naſci obligationem naturalem tantum, non civilem, tentari hoc arg. poſſe: pactum ipſo jure non tollit civilem obligationem: pactum ipſo jure tollit obligationem conſenſu contractam, ergo obligatio conſenſu contracta non eſt civilis: hoc arg. tentare quis poteſt obligationem eam, quæ conſenſu contrahitur eſſe naturalem tantum, non etiam civilem, cui ita reſpondi: pactum obligationem conſenſu contractam veluti empti venditi tollit, non plane ipſo jure, ſed per exceptionem pacti, quod tamen neceſſe non D eſt opponi, propter æquitatem judicii bonæ fidei, quæ tacite complectitur exceptionem pacti etiam non oppoſitam: bonæ fidei ergo interpretatio facit, ut exceptio, quæ oppoſita non eſt, oppoſita videatur, eo pacto reſolvetur emptio non quidem ipſo jure, ſed per exceptionem tacitam, & interpretationem bonæ fidei, ut ait *l. ab emptione, ff. de pact.* quod bonæ fidei nomen manat latiſſime, & ambitu ſuo complectitur exceptionem pacti, & doli, *l. ſed ſi ideo, ff. ſolut. matr. l. 3. ff. de reſcind. vend.*

Aliter tamen Bartol. reſpondet, cui modo damus operam: quæ enim veriora eſſe exiſtimamus, & proprie pertinere ad *l. 10.* ea diſcutienda ſuſcipimus: capio ex Bart. quæ probabiliora videntur, & rejicio quæ probabilitatem nullam habent. Is ergo reſpondet in hunc E modum. Pacto nudo ipſo jure tolli obligationem conſenſu contractam etiam civilem, quia etiam pacto nudo fuerat conſtituta & perfecta: pacto, inquam, nudo ipſo jure tolli obligationem empti venditi etiam civilem, quia pacto nudo fuerat conſtituta civilis obligatio: & hoc eſt naturale, ut prout quidque contractum eſt ita ſolvatur, *l. prout, ff. de ſolut.* nego pacto nudo perfici emptionem: paſſim legitur, nudo conſenſu perfici emptionem, nuſquam autem pacto nudo legitur perfici emptionem, non idem eſt pactum nudum, & nudus conſenſus, quo emptio perficitur, & naſcitur obligatio: & captio eſt ex accidenti, ſi quis ita argumentetur: nudum pactum eſt nudus conſenſus, nudo conſenſu perficitur emptio & venditio, ergo pacto perfici-

ficitur emptio & venditio. Nam propositio non est absolute vera, sed consensus nudus, qui non transit in proprium nomen contractus, is scilicet est pactio: consensus autem ille proprium nomen habet, ut, verbi gratia, si duo consenserunt invicem de re tradenda, & de pretio, hæc conventio statim transit in proprium nomen contractus, *l. jurisgentium*, *ff. de pact.* consensus autem nihil aliud est, quam conventio, *l. 1. §. adeo*, *ff. de pact.* Lex ait nullam esse obligationem, quæ in se non habeat conventionem: & mox subjicit: nam etsi stipulatio non habeat consensum, nulla est: idem ergo conventio & consensus. Conventio est genus, ergo consensus etiam est genus: nam & species hæ sunt pactum, & contractus: pactum omne est conventio nuda, at contractus, aut est conventio nuda, ut ecce venditio: quid est venditio emptio? est conventio nuda rei tradendæ certo pretio, est perfecta definitio: quid est conductio locatio? est conventio nuda fruendi, vel faciendi certo pretio: aut contractus est conventio, quæ ex re, vel verbis initium obligationi præbet non ex conventione sola: ut ecce depositum, quid est depositum? est conventio custodiendæ ejus rei, quæ traditur sine mercede, interposita reddendi fide: est perfecta definitio: mutuum quid est? est conventio pecuniæ creditæ & datæ ea lege, ut tantumdem reddatur; quid est stipulatio? est conventio solemnibus verbis ex interrogatione & responsione confecta: hæ igitur conventiones non sunt conventiones nudæ: denique contractus, aut est conventio nuda, aut conventio, quæ exigit, ut perficiatur, res aut verba. Male etiam idem Bartol. scribit, consensum esse vestem emptionis similiumque contractuum. Dico, consensus perficit emptionem, vestis non est perfectio rei: ergo consensus non est vestis emptionis: vestem dixere Accurs. & Bartol. cum hoc loco, tum etiam in *l. jurisgentium*, *§. quinimo*, consensum esse vestem, quam exiguam & levem, ut loquuntur, quod etiam si concessero, non tamen hæc vestis fecerit, ut dixerim emptionem esse contractum vestitum: nam ut ait Aristot. paria sunt vestem habere exiguam, & nullam vestem habere: *ὁμοίως ὅλως μὴ ἔχειν τὸ φαῦλον καὶ τὸ μικρὸν ἔχειν*, & nostri auctores admittunt ex *l. quoties*, *ff. qui satisd. cog.* Rursus si consensus est vestis emptionis similiumque contractuum, cur non & pactorum? contractus solo consensu perfecti, vestiti sunt: demus hoc, sed sunt etiam pacta vestita, quæ solo consensu perficiuntur, hoc tamen nolunt, ut consensus vestiat pactum: merito ergo nolim, ut consensus vestiat contractum: sed ut differentiæ rationem afferant pacta sunt frigidiora: ita scripsit Accurs. in *§. quinimo*: non indigent veste consensus, contractus sunt calidiores: hæc sufficient ex nugationibus, quas hic afferunt interpretes, in reliquis graviores forsitan offensuri. Bartol. adjicit, donatione perfecta pacto, non nasci actionem ex pacto, sed condictionem nasci ex *l. si quis argentum*, *inf. de donat.* fatetur pacto hodie perfici donationem, sed actionem non dari ex eo pacto, dari tamen condictionem ex lege Justiniani: fateor dari condictionem ex lege adversus donatorem, ut impleat donationem & perficiat, ut rem donatam tradat, & ita ait Novel. 62. esse condictionem ex lege, sed quod dicatur esse condictio ex lege, non ideo minus est ex pacto actio, ut actio hypothecaria dicitur esse ex edicto Prætoris, & tamen est ex pacto, *l. si tibi*, *§. si pignore*, *D. de pact.* & ita de donatione lege Justiniani datur condictio ex pacto: utrumque est pactum hypotheca, & donatio, non contractus: nam ut hypotheca duorum consensu perficitur, ita & donatio: nec enim est donatio nisi is, cui donatur consenserit: donatio quæ fit *μονομερῶς*, id est, non accipiente donatario, non valet, pollicitatio est, non pactio: ex pacto donationis est actio, ex pollicitatione donationis non est actio, quod demonstrat constitutio Græca, quæ desideratur in *tit. de sacros. eccl. sup.* qua cavetur, ut valeat donatio si quis locum pietati dedicaverit, etsi nemo fuerit, qui dedicationi interfuerit: hanc donationem

A non vitiari propter *μονομερίαν*, alioqui demonstrat, non valere factam ex una tantum parte: ut ergo, quæ edicto Prætoris datur actio de hypotheca, est ex pacto, ita quæ lege Justiniani datur actio de donatione, est ex pacto: & quamvis dicatur esse condictio ex lege, non ideo minus est ex pacto, sed condictio dicitur ex lege, quod eam lex Justiniani dederit ex pacto. Præterea adjicit Bartol. pactum vestiri opere cœpto, id est, si quis cœperit dare aut facere quod promiserat. Namque quod cœperit dare aut facere quod promiserat, obligari eum in hoc ut cœptum peragat, atque ita opere cœpto pactum vestiri, & parere obligationem: sed tamen hoc Bartol. videtur improbare, & recte, sed liquido non demonstrat, qua ratione improbet. Id demonstremus: quod dicitur eum, qui cœpit opus facere, obligari in

B hoc ut perficiat opus, vel eum, qui cœpit pecuniam solvere, obligari in hoc ut persolvat, id habet tantum locum in pollicitatione facta Reip. non in pacto. Sed dicet aliquis: si hoc habet locum in pollicitatione, & in pacto multo magis. Nam plus est pactum, quam pollicitatio: pactum duorum consensu efficitur, pollicitatio solius offerentis promissione: pollicitatio est animi unius hominis, pactum duorum, aut plurium: plus est pactum quam pollicitatio: unde si qui ex pollicitatione cœpit dare, aut facere, obligatur ut rem peragat, cur quis ex pacto non obligatur, ut fidem persolvat? ut intelligatur ratio differentiæ, sciendum est, ex pollicitatione actionem dari duobus aut tribus casibus: primum datur actio ex pollicitatione dotis, *l. ad exactionem*, *inf. de dot. prom.* ergo dabitur etiam ex pa-

C cto dotis; non dabatur olim actio de dote nisi ex stipulatione, vel dictione dotis, quæ fiebat solemnibus verbis citra stipulationem a certis personis, ut ab avo, patre, non extraneis, ut ait Ulpia. in fragm. hodie citra stipulationem dos constituitur pollicitatione sola, & ex ea actio competit, *d. leg. ad exactionem*: denique ex pacto dotis est actio. Item ex pollicitatione operis, vel pecuniæ facta Reip. non privato homini est actio, ut si quis ob honorem decretum, vel decernendum, vel ob aliam justam causam veluti ob incendium, vel terræ motum, vel aliquam ruinam, quæ civitati contigit, si quis, inquam, ob justam causam polliceatur civitati, se quid facturum, vel pecuniam daturum, hic obligatur ex pollicitatione, in *l. 1. & 3. D. de pollicit.* obligatur hic etiam ex pacto si pa-

D ciscatur ob justam causam cum actore civitatis se pecuniam daturum, vel aliquid facturum, & ita erit ex pacto actio: at si quis sine causa promiserit ultro Reip. se aliquid facturum, non obligatur, nisi cœperit opus facere, vel pecuniam solvere: cum enim cœpit, obligatur ex constitutionibus & reliquum præstare, *d. l. 1. & 3. de pollicit.* idem admittemus in pacto, si quis paciscatur cum actore Reip. sine causa se aliquid facturum: nam æquum est, ut hic, si cœpit dare, aut facere, reliquum persolvat exemplo pollicitationis. Sed non idem erit si pactum, vel pollicitatio fiat privato: in multis quidem civitates privatis comparantur, *l. inter*, *de verb. signific.* sed in hac causa separabimus civitates a privatis: nam hoc est e re civitatis, ut temere ne polliceantur. Quare qui

E pollicitus est Reip. cum causa, statim obligatur, & qui sine causa cœpit facere, obligatur in residuum & continuum: sed qui pollicitus est quid privato, is etiamsi cœperit ex pollicitatione agere, vel facere, non obligatur, *l. 7. inf. de usur. l. si certis annis*, *inf. hic.* Ex pacto debebat centum annua, eam solvit pecuniam certis annis: an cogetur reliquis annis solvere? minime: item ex pollicitatione solutione facta per annum, non est in residuum actio: est & plerisque aliis causis ex pacto actio, licet non sit ex pollicitatione, ut ex pacto donationis, hodie est actio ex constitutione Justiniani, ex pollicitatione donationis hodie non est actio nisi fiat Reip. aut Ecclesiæ, aut pietatis nomine, & intuitu: donatio quæ fit pollicitatione ea est, quæ

non

non accipitur à donatario, ex pollicitatione donationis non eſt actio, ex pactione tamen dicimus generaliter eſſe actionem. Et eſt tertius caſus, nempe ex voto, *l. 2. inf. de pollicit.* & non male ſub tit. de pollicitationibus tractatur de voto: votum eſt ſpecies pollicitationis, & ſunt affinia vocabula, polliceri & pollucere: nam pollucere eſt vovere diis: ex his liquet, quid diſtet hac in re pactum a pollicitatione, & verum non eſſe pactum veſtiri opere cœpto, ut ait *lex ſi certis annis, inf. hic*, niſi factum ſit Reip. quia voluntas collata in Remp. pœnitentia non revocatur, ut collata in privatum voluntas: cum jure non ſit obligatus, qui nudo pacto privato promittit, nec ſi volui hodie, & nolim cras, jure obligatus ſum. Præterea docet Bartol. pactum veſtiri jurejurando; hoc eſt omnino verum: nam qua forma dicit Bartol. pactum veſtiri ſtipulatione ſubjecta, cur non & ipſe dicam, pactum veſtiri jurejurando ſubjecto? verum eſt, efficaciſſimum eſſe pactum, cui ſubditum eſt jusjurandum, *l. ſi quis major, inf. de tranſact.* Sed hoc modo quicquid fuit pactum ita explicandum eſt: aut jurat quis ſe daturum, aut facturum: hoc nihil pertinet ad pactiones, quia non paciſcitur, ſed jurat: an eſt ideo actio? minime: ut ex pacto & pollicitatione non eſt actio, ita ex jurejurando non eſt actio; excipitur unus caſus, qui introductus eſt lege Julia & Papia, ſi libertus poſt manumiſſionem receptam ſtatim juret ſe præſtaturum patrono pecuniam, vel operas: hoc ſolo caſu obligatur, quis in operis, vel pecunia, *l. 7. inf. de oper. liber.* Dices, in *l. ſi quis pro eo, D. de fidejuſſor.* quidam quaſi libertus juravit ſe operas daturum cum non eſſet libertus, & fidejuſſorem dedit: quæritur, an obligetur fidejuſſor? lex ait non obligari. Imo vero, quia fidejuſſor accedere poteſt naturali obligationi, & adjungitur ei recte, ſatis eſt, ut fidejuſſio valeat, ſi præcedat debitum, & ex jurejurando eſt obligatio, ſicut ex pacto: conjungitur pactum & jusjurandum, *l. Stichum, §. naturalis, ff. de ſolut.* Ut jurejurando, ita pacto tollitur naturalis obligatio: & ut ex pacto, & ex jurejurando naſcitur naturalis obligatio, ſic etiam tollitur: qui ergo jurat ſe operas daturum, etſi non ſit libertus, obligatur naturaliter: ergo & fidejuſſor. Sed reſpondendum eſt, in hac ſpecie, eum qui jurat ſe operas daturum, juraſſe quaſi libertum, etſi ſervus eſſet. Sed ſi patronus in favorem libertatis exigat jusjurandum a ſervo, quo juret ſe poſt libertatem operas daturum, hic juravit cum ſervus adhuc eſſet, vel juravit ſtatim poſt manumiſſionem, ut in *l. ult. D. de liber. cau.* ut libertus, in *d. l. ſi quis* juravit quaſi libertus, cum libertus non eſſet. Igitur videndum eſt: nam ſi appareat nullam fuiſſe manumiſſionem, conſequens erit ex eo jurejurando nullam natam obligationem, nec naturalem quidem, & inde fidejuſſorem non teneri: alioqui ſi ponas naturalem obligationem, neceſſe eſt ut fidejuſſor obligetur civiliter, *l. & per jusjurandum, D. de accept.* quæ docet obligationem cum promiſit libertus operas tolli acceptilatione, tametſi vulgo dicatur, acceptilatione tantum tolli verborum obligationem: ſed verborum obligatio non contrahitur per unum modum tantum, id eſt, per interrogationem & reſponſionem: contrahitur tribus modis, per ſtipulationem, per jusjurandum liberti, & per dictionem dotis: his tribus modis contrahitur obligatio verborum, & eadem tollitur acceptilatione: nam quodcunque verbis quoquo modo contractum eſt, verbis tollitur per acceptilationem. Sed obligatio, quæ contrahitur per pollicitationem, vel pactionem, an tollitur, & perimitur acceptilatione? minime: quia pollicitatio, & pactio non fiunt ſolemnibus verbis: pactione, actio, & obligatio, quæ fit, conſenſu contrahitur, aut tollitur: nam actio, quæ tollitur pacto, non fit ſolemnibus verbis: ſolemnia ſunt acceptilationis verba: dictio etiam dotis ſolemnibus verbis fit;

A & ne dixeris arg. *l. & per jusjurandum*, obligationem conſtitutam per pactionem vel pollicitationem acceptilatione tolli: tractatur de eo genere obligationis in *l. 7. ff. de oper. liber. & l. 6. §. ſi qui abſente, ff. de confeſſ.* In quo §. conferuntur hæc tria, res judicata, jusjurandum liberti, & confeſſio: judicatum me abſente adverſus me non valet, confeſſio non valet, jusjurandum a ſervo abſente patrono non valet, ut dixi ſupra: donatio facta μονομερῶς non valet: idem eſt ſtatuendum de confeſſione facta μονομερῶς: ea nullius eſt momenti abſente adverſario: idem de jurejurando liberti, quod quidem ſolum parit obligationem: nam & hoc jusjurandum nullius eſt momenti niſi fiat accipiente patrono: aut ergo jurat ſe facturum, aut pacto adiicit jusjurandum: hoc caſu, ſi ſervandum eſt pactum, & jus-

B jurandum igitur: ſi ſervandum non eſt pactum, nec jusjurandum, *l. juris gentium, §. generaliter, D. de pact. l. non dubium, ſup. de legib.* licet aliud ſit jure pontificio: nam etiam ſervandum eſt jusjurandum, licet ſit contra bonos mores civiles, ut ſi contenta ſit filia dote, & paciſcatur, ne quid amplius petat in bonis paternis, quæ pactio licet ſit perſola, ut Plautus ait, qui perſolum oculum in luſco eſſe ait, ſervabitur tamen jusjurandum quod pactioni ſubjicitur: at jure civili ubi non eſt ſervandum pactum, nec etiam jusjurandum, nec facit adjectio jurisjurandi ut detur actio, nec ex jurejurando, ergo nec ex utroque: nam ex pacto iterato ſæpius non datur actio: iteratio enim nihil adiicit: nec his adverſatur quod olim ex conſtituto ſi pacto adiiciatur, conſtituta eſt actio ex edicto Prætoris: nam

C conſtitutum non eſt pactum, plus eſt quam pactum, quod & verbum ſatis ſignificat: hoc enim verbum *conſtituendi* ſignificat conſenſum, quod etiam adjectio diei demonſtrat: nam conſtitutio omnis eſt in diem: ſi conſtituit quis, & recipit ſe daturum quod pepigit illo die, vel in decimum conſtituiſſe intelligitur, ut *l. promiſſor, de conſtit. pecun.* ergo plus eſt conſtitutum quam pactum iteratum. Igitur ex conſtituto actio naſcitur. Diximus etiam ex *l. ſi quis major*, pactum veſtiri jurejurando, id eſt, dari actionem ex pacto, cui ſubjectum eſt jusjurandum. Poſtremo aut jurat quis ſibi deberi aliquid, & hoc nihil ad pactiones: an ex hoc jurejurando eſt actio? minime: non eſt actio propria, ſed eſt actio judicati utilis: nam poſtquam juratum eſt, judex dat litem ſecundum eum, qui jurat ſibi deberi, &

D dicitur competere utilis actio judicati, & ita appellatur ſæpe *tit. de jurejur.* non datur actio ex priore cauſa debiti, ex quo jurat ſibi deberi, quia novatur judicato. Igitur cum ſecundum jusjurandum ſequitur pronunciatio judicis, novatur prior actio, & eſt actio judicati, quæ dicitur utilis: actio judicati, directa actio eſt ſi judicium exerceatur inter invitos: actio judicati utilis eſt, ſi judicium exerceatur inter volentes, ſi pronuntietur inter volentes ut hoc caſu, ex quo datur utilis actio judicati, vel ſi non ſequatur ſententia, de jurejurando dabitur actio ex priſtina cauſa, ut ex cauſa empti venditi, dabitur actio ex empto vendito, *l. ſi duo, §. Marcellus, ff. de jurejur.* Quædam reſtant alia ex Bartolo, quæ cras explicabo.

Expoſitis veſtimentis pacti, Bartolus pacti nudi de-

E finitionem ponit hujuſmodi. Pactum nudum eſt id quod veſtitum non eſt: definitio eſt ex contrario vitioſa, quia ponitur ex contrario pacti, quod contrarium non eſt, quod ita probo. Contrarii ſenſus non eſt ſine contrario altero: pacti nudi ſenſus eſt ſine veſtito: ergo pactum nudum veſtito contrarium non eſt. Rurſus quod nuſquam eſt, contrarium alteri eſſe non poteſt: pactum veſtitum nuſquam eſt: ergo pactum veſtitum nudo non erit contrarium, nec privatio veſtis erit definitio pacti nudi: nuditas in pacto non eſt privatio veſtis, ſed ſimplicitas, cum placitum ſcilicet pacti fine ſtetit, nec proceſſit ulterius: pacta & contractus ſunt contraria: eorum enim vis & ratio eſt diverſa: pactum eſt conventio, quæ vacat nomine, &

cau-

cauſa : contractus eſt conventio prædita nomine, & A cauſa : contractus civilem obligationem parit, pactum non parit : ergo ex contrario, ſi vis definire pactum, ſic debes. Pactum eſt quod non tranſit in nomen, vel cauſam contractus : vel pactum eſt quod non eſt contractus : protulit tamen & aliam definitionem ex *l. 1. D. de pact.* quæ veriſſima eſt : pactum nudum eſt duorum vel plurium in idem placitum conſenſus, quæ eſt definitio pacti nudi : pactum ergo nudum eſt duorum vel plurium in idem placitum conſenſus, ut ſcriptum eſt in Pandect. Flor. ſed ita conſtruere debemus, pactum eſt conſenſus duorum aut plurium in idem placitum, in idem ἀρετὸν, & conſenſus quidem perſolus ac ſimplex, id eſt, nihil niſi conſenſus. Ergo pactum nudum conſenſus perſolus ac ſimplex, nihilque præterea : duorum vel plurium in idem placitum, perfecta eſt definitio. B Multas alias definitiones pacti nos tradidimus in præfatione hujus tituli, & omnes ſunt bonæ : nam nihil vetat quin poſſit res una multifariam definiri : dum ſervetur eadem notio ſemper : poſſunt mutari vocabula, non tamen notiones, ut medicus ſcribit in methodo : πάμπολλους ὁρισμοὺς ἔνεστι ποιεῖν ἑνὸς πράγματος ἐν ταῖς φωναῖς μόνον, ὐκ ἐν τοῖς νοήμασι διαφέροντας, &c. Poſt definitionem pacti Bartolus ponit duo exempla pacti, quæ ſunt ex Accurſio *l. juris gentium*, *§. ſed cum nulla, de pact.* unum, ſi pactum ſit inter convenientes, ut ea conventio eſſet pactum, erit pactum, *l. juris gentium*, *§. quod fere, de pact.* alterum ſi ſtipulatio fiat inter abſentes, quæ ſtipulatio eſt inutilis : eam conventionem non poſſumus tueri jure ſtipulationis, ſed jure pacti, argumento *leg. ſi unus*, C *§. pen. D. de pact.* hoc igitur ponit pro exemplo pacti nudi : ego vero non accipio pro exemplo : nam dum hoc mihi proponitur, omne pactum eſſe nudum, audio ſtipulationem inutilem habere vim pacti, ſed exemplum pacti non video, quod mihi repræſentet formam pacti : quæro qua forma ſit pactum nudum, quæ eſt conceptio pacti nudi, quod non dicit, qui mihi objicit mentem tantum convenientium : exemplum mihi non exhibet pacti, qui dicit ſtipulationem inutilem factam inter abſentes habere vim pacti : hoc itaque ſit exemplum, do ut des eſt contractus, quia ſubeſt cauſa, id eſt, datio; nomen non ſubeſt, quia conventio caret nomine : ſed quia cauſa ſubeſt, eſt contractus : dabo ut des eſt pactum nudum, quia hæc conventio neque datione, neque ſtipulatione ſumpſit effectum, D nec tranſit in ullum proprium nomen contractus : verbi gratia, dabis mihi togam, ego pallium, conſenſus eſt nudus; ſimplex, ſine nomine, in idem placitum conſenſus ſine cauſa factus, ſine ſtipulatione : ergo nudum eſt pactum : dabo equum, tu mihi dabis veſtem : & ita etiam ſi conveniat inter creditorem & debitorem, ut creditor non petat pecuniam a debitore, vel contra; pactum eſt nudum, ſi non ſubjiciatur ſtipulatio ſolemnis, *l. litigatores*, *§. interdum*, *D. de recept. arbit.* & ſimiliter ſi inter me & te conveniat, ut tu mihi reddas pecuniam, quam ego Titio numeravi, uti reddas pactio eſt nuda, *l. ſi tibi*, *inf. de loc. & cond.* Et ita inter coheredes ſi conveniat de partibus hereditariis faciendis ex portione, ſed nondum ſint factæ, & permutatæ invicem, pactum E eſt nudum diviſionis, *l. ſi diviſionem*, *inf. famil. erciſc.* Nam res non exceſſit fines placiti, res ſtetit finibus placiti, nec eſt progreſſa ulterius : ergo conventio eſt ſimplex cum diviſione nondum ſumpſerit effectum, nec ſtipulatione ulla : & ob id Græci recte definiunt ita, ψιλὸν σύμφωνόν ἐστιν ἡνίκα μὴ προηγήσηται δόσις ἢ ποίσις, ἀλλὰ μόνον συστῇ ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει, id eſt, *nudum pactum eſt, cum non intervenit datio, aut factum, ſed conſtitit conventio in eo, ut daretur, vel fieret aliquid*. Sed pleniorem definitionem fecerimus, ſi adjecerimus etiam nomen non intervenire ullum, aut non ſubeſſe : nam emptio venditio nullam habet cauſam. Perficitur enim ſolo conſenſu,

A ſine traditione rei, aut datione pecuniæ, & hæc priuſquam acta ſint, perfecta eſt emptio & venditio ſolo conſenſu : nec tamen eſt pactum nudum, quia hæc conventio proprium nomen habet : videtur ergo ſecundum ea, quæ dixi, omne pactum fieri eadem forma, qua fit ſtipulatio : nam ut ſtipulatio ita fit recte, dabis dabo, ita pactum nudum ita fit recte, pecuniam illam non petes, non petam, dabis pecuniam, dabo, & retro, tu vero viciſſim dabis pecuniam, dabo, proponi videtur eadem forma pactum, qua ſtipulatio : unde in *l. juris gentium*, *§. quod fer. D. de pact.* quæritur hæc verba : *rogavit Titius*, *ſpopondit Mævius*, quæ ſolent fere inſeri in noviſſima parte pactorum, an habeantur ſtipulationis loco, an pactionis, deinde ſubjicit : *hæc verba non tantum pactionis loco* B *accipiuntur*, *ſed etiam ſtipulationis* : inanis eſt quæſtio, niſi conveniant verba tam pactioni, quam ſtipulationi : videtur ergo eadem ſtipulationis & pactionis formula : promittendi verbum eſt commune innumeris locis : complectitur enim tria : ſponſionem factam ſtipulatori, & pollicitationem, & pactionem nudam : quæ pollicitatio eſt, ſolius promiſſio dicitur : qui pollicetur promittere dicitur, & qui ſpondet ſtipulanti promittere dicitur, & inde ratio nominis, quod omnes hi profiteantur ſe daturos aliquid, vel facturos : qui paciſcitur, ſpondet, pollicetur, promittit ſe aliquid facturum : promittere nihil eſt, quam profiteri, ut apud Petronium Arbitrum, *teſtibus tuis*, inquit, *obſtem*, *aliquid aliud promittam*, id eſt, aliud aliquid profitebor : qua ergo no- C ta diſcernemus ſtipulationem a pacto? nudo animo ſcilicet convenientium, & fine atque concluſione tractatus : pacto ſubjici ſolet ſtipulatio : ſi ergo id, quod pactus fuero tecum rogavi, deinde tu ſpopondiſti, & forte ita inſtrumento ſcriptum eſt, me rogaſſe, te ſpopondiſſe quod pepigeram ante, proculdubio ſtipulatio eſt, niſi ſpecialiter contrarium probetur, quod non animo ſtipulantium hoc factum eſt, ſed paciſcentium : nam ſi diſcedimus ut pacti, pactum eſt, ſi vero diſcedimus ut ſtipulati, ſtipulatio eſt : & ideo inſpicienda eſt concluſio tractatus habita inter duos pluresve : ex eo intelligemus ſit pactum an ſtipulatio. Si ergo ſcriptum pactum ſit nudum, vel ſtipulatio, tractatus habetur pro ſtipulatione, & in inſtrumentis etiam ſi non fiat mentio interrogationis, vel reſponſionis, D accipiemus pro ſtipulatione, modo ſit ſtipulatio confecta inter præſentes : nam hoc exigitur *l. 1. inf. de contr. ſtip. l. ea quæ*, *ff. de donat. int. vir. & uxor. l. Titia*, *§. 1. ff. de verb. oblig. & l. 30. eo. tit. & §. ſi forte*, *Inſtit. de verb. oblig.* exigitur ut res ſit geſta inter præſentes, alias, ſi geſta ſit inter abſentes, ſi quis alteri miſerit cautionem, in qua ſcripſerit ſe promittere, hanc ſcripturam non poſſumus accipere pro ſtipulatione, quia ſtipulatio fit inter præſentes : accipimus tamen eam pro pactione : ergo ſi inter præſentes res geſta eſt, ſtipulatio eſt, ſi inter abſentes, pactum eſt, non ſtipulatio, quia ſtipulatio non fit, niſi inter præſentes, *l. 1. ff. de verb oblig.* quia fit ſolemniter, coram fit, præſentibus his, quorum res agitur, & exigit ſtipulatio verba ſolemnia : ſolemnia verba non ſunt, quæ ſcribuntur, ſed quæ pronunciantur co- E ram, aut nuncupantur : & non eſt ſtipulatio, niſi fiat coram, non ſcriptis, ſed verbis palam nuncupatis, datis, redditiſque viciſſim : ſed pactio, quæ fit quocunque modo, recte fit inter abſentes, *l. 2. ff. de pact.* verum finge : inter abſentes animus fuit contrahendæ ſtipulationis, & ſcripſit unus alteri ſe promittere centum, vel quid aliud ſtipulationis jure, & ita contraxerunt ſtipulationem : ſtipulatio eſt inutilis : ſed quæritur, an habeat vim pacti, quod nuſquam concedendum eſt, & Bartolus hoc loco non concedit, qui utitur argum. *l. non codicillum*, *inf. de teſtam.* qui voluit teſtamentum facere, & fecit inutiliter, ejus voluntatem jure codicillorum non tuebimur, quia non voluit facere codicillos, ſed teſtamentum : ita ſi animus fuerit ſtipulationis contrahendæ,

dæ, eam ſtipulationem non tuebimur pacti jure, quia
noluerit paciſci, ſed contrahere, *l.1.§.ſi quis, D.de verb.*
oblig. Si quis ita interrogatus dabis , non reſpondeat
dabo, ſed ita quidni? valet ſtipulatio: ſed ſi interro-
gatus dabis, nihil reſpondeat, ſed annuat, an eſt per-
fecta ſtipulatio? minime: eſt imperfecta ſtipulatio, cum
ſine verbis is, qui interrogatur, annuit: nam non con-
trahitur: & ideo non obligatus eſt qui annuit, ne na-
turaliter quidem. Hæc ergo ſtipulatio eſt inutilis, nec
huic ineſt pactum, quia obligaretur naturaliter: & ideo
dicitur eum, qui annuit, nec naturaliter, nec civiliter
obligari, & fidejuſſorem non teneri: ac eodem modo
conſtat inutilem ſtipulationem non habere vim conſti-
tutæ pecuniæ, *l. 1. §. eum qui, D. de conſtit. pec.* & ea-
dem ratione in *l. ſi quis pro eo, in prin. D. de fidejuſſ.*
ſi is, qui non erat libertus promiſit ſe operas præſtatu-
rum, & dederit fidejuſſorem, fidejuſſor non tenetur:
ergo non valet etiam prior obligatio, *l.6. D.de oper. liber.*
ergo ſi is, qui non erat libertus, ſed ſervus, quaſi li-
bertus juraverit, inutile eſt jusjurandum: & ideo quia
juravit nec naturaliter quidem obligatur: jurijurando
inutili non ineſt conſenſus, ſicut ſtipulationi inutili non
ineſt conſenſus ſive pactio: quia jurare voluit non pa-
ciſci, aut polliceri: ex jurejurando obligari voluit, non
ex pollicitatione vel pactione: ſi non valeat jusjuran-
dum, nec conſtituitur ex eo obligatio ulla, nec civi-
lis, nec naturalis: ergo ut non ineſt ſtipulationi pa-
ctio, ita jurijurando inutili non ineſt conſenſus, non
pactio, non pollicitatio, & fidejuſſor non tenetur. Nec
moveri debemus *l.ſi unus, §.pen. D.de pact.* cui congruit
l.an inutilis, & l.ſi acceptolatum, D.de accept. & l.cum
emptor, D.de reſc.vend. conſentiunt in hoc eæ ll.ut ac-
ceptilatio inutilis habeat vim pacti: id quod contra-
ctum eſt re, non poteſt tolli acceptilatione, quia ver-
borum tantum obligatio acceptilatione tollitur; fit enim
verbis; & quod fit verbis, verbis tollitur: quod re
contractum eſt, inutiliter tollitur per acceptilationem:
ergo etiam ſi acceptum feram id, cui dando adverſa-
rius obligatus eſt re, acceptilatio eſt inutilis. Sed an
videtur tacite id actum ut non petam? ſic certe: ſi
acceptilatio eſt inutilis, tacita pactione id actum vide-
tur ne petatur: ſed argumentamur male ab acceptila-
tione ad ſtipulationem: procliviores ſumus ad liberan-
dum, quam ad obligandum, *l.Arrianus, D.de oblig.&*
action. non temere conſtituimus obligationem, facile li-
beramus: nec licet nobis a liberatione ad obligationem
argumentari: ergo nihil moveri eo debemus. Poſt hæc
Bartol. tradit, duas eſſe virtutes pacti, ſic eas appellat:
unam pariendi actionem ſi ſit veſtitum, ubi dicendum,
ſi ſit legitimum: nullum enim eſt veſtitum: alteram
formandi actionem ipſo jure, ſic legendum, ſi fiat in
ipſo contractu ex continenti, & formandi ipſam actio-
nem contractus, ſi fiat ex continenti, & quid ſit ex
continenti, interpretatur recte, ſi fiat nulla intermixta
aliena actione, niſi caſus aliquis naturalis incidit, qui
coegerit unum ex contrahentibus paulum ſecedere, *l.*
cum antiquitas, inſ.de teſtam. l.duos, §.ultim. D.de duob.
rei.ſtip. denique ait, incontinenti fieri quod fit in ipſo
contractu, nondum abſoluto contractu. Græci id expli-
cant de verbo ad verbum, ut proprie dicant pactum,
incontinenti, quod fit *συγχρόνως*, id eſt, in ipſo tem-
pore contractus: nam quod fit peracto contractu abſo-
lutoque, fit ex intervallo, & ita ſi pactum fuerit ex
continenti, format, inquit, ipſam actionem, format
contractum: ſed adiicit præterea, & novam parere actio-
nem præſc. verbis: duo ergo ex ſententia Bartoli, pa-
ctum quod incontinenti apponitur, præſtat: format pri-
mum actionem, quæ naſcitur ex contractu, & quodam-
modo dat formam certam, deinde facit novam actio-
nem præſ. verb. hoc non admitto, id male colligit ex
l.2. inſ. de pact. int. emp. & vend. pactus eſt emptor cum
venditore rem ſibi reddi oblato pretio quandocumque.
Id vero cohærebat contractui: ut impleatur fides pacti
hujus, lex ait agendum eſſe præſcr.verb. vel ex vendi-
A to: ergo ex lege adjecta contractui incontinenti naſci-
tur actio præſ.verb. Sed nihil eo moveri debemus, quia
ſubjicit, ſtatim dari ex vendito, ſupervacua igitur actio
præſcr.verb. quia non datur niſi deficientibus his, quæ
nomen habent, ut *l.Labeo, D. de contr. empt.* impugnat
denique eam ſententiam; quod ſuppetat actio ex ven-
dito, ſed ideo, ait Imperator in *l. 2. D. de pact.* agi
præſcriptis verbis, vel ex vendito, quia dubitabatur
an poſſet agi ex vendito ad reſcindendam venditionem;
videbatur enim abſurdum. Sed cum admiſerit, ut aga-
tur ex vendito ad reſcindendam venditionem, ceſſat
actio præſ.verb. quod merito fuit admiſſum in lege com-
miſſoria, *l.ſi fundus, D.de leg.commiſſ.* vendidi tibi fun-
dum lege commiſſoria, id eſt, ut ſi ad diem non ſol-
veres pretium, res mihi reſtitueretur: non ſolviſti pre-
B tium, agam igitur ex vendito ad reſcindendam vendi-
tionem: ſignificat lex de hoc fuiſſe dubitatum, & opus
fuiſſe reſcripto principis: ſed poſtquam hoc definitum
eſt reſcripto principis, concludamus, ſupervacuam eſ-
ſe actionem præſcr. verb. imo nec competere: & ad-
jicit recte Bartol. pactum formare actionem ipſam ex
contractu, vim ejus hanc eſſe, ut mutet naturam
contractus, *l. Lucius, D. depoſ. l. cum dotem, inf. de*
ju. dot.

Quæ ſuperſunt ex Barto. non adeo longa ſunt quin
paucis abſolvamus & expediamus, priuſquam venia-
mus ad *l.11.* pactum incontinenti factum formare ipſam
actionem, & formandi hanc eſſe vim ait Barto. ut na-
turam contractus immutet: hoc eſt verum, ut heri do-
cui; item ut actionem quæ erat bonæ fidei, faciat ſtri-
C ctam in eo perſequendo quod pacto continetur: hoc eſt
falſum, ut docui in *l.6. hic*, & ipſe Barto. hoc falſum
eſſe ſentit in *d.l.6.* Si igitur ipſe contraria dicit, & pa-
cto dat hoc loco quod ademit illo, an conſtans erit
Barto. & ſimiles juris interpretes? & certe conſtantes
nulli ſunt: quamobrem de his poſſet dici quod Cato
de Græcis, bonum eſſe eorum vitas inſpicere, non per-
diſcere: certe nec inſpicere bonum eſt, antequam pu-
ra juris diſciplina inſtitutus fueris. Sed pergamus: ad-
dit Barto. hanc formandi vim locum habere non tan-
tum in judiciis bonæ fidei, ſed & in judiciis ſtrictis,
& ita pactum incontinenti factum etiam ſtipulationi
ineſſe ex parte actoris, id eſt, ex eo pacto agi poſſe
ex ſtipulatu, quod etiam eſt falſum: id enim tantum
eſt receptum in judiciis bonæ fidei, *l. juris gentium,*
D *§.quinimo, ff.de pact. & leg. in bonæ fidei, inf. hic:* &
nihil obſtat *l. lecta, ff. de reb. cred.* cum dicit, pactum
in continenti appoſitum ineſſe ſtipulationi: reſponden-
dum enim eſt, pactum ineſſe ex parte rei, non ex par-
te actoris. Item nihil obſtat, quod ſi negotia ita con-
trahantur, ædifico tibi domum, ut tu eas pro me
Romam, vel trado tibi domum, ut tu mihi reficias
illam ex *l. 6. ff. de præſc. verb.* (quæ explicanda eſt ex
l. tenetur, §. 1. ff. de actio. emp.) hæc negotia nomine
vacant, & pariunt actionem præſcr. verb. in hoc ut
eas Romam, vel domum reficias: nam hæc lex eun-
di vel reficiendi, contractum efficit: ædificatio e-
nim, vel traditio ſola, contractus non eſt; ſtipula-
tio per ſe ſola contractus eſt: pactio ſi qua addi-
tur ſtipulationi, perfectioni ſtipulationis nihil addit.
E Bart. ſi contractus innominatus geſtus ſit hoc modo,
ædifico tibi domum; ut eas pro me Romam, ſcri-
bit eſſe actionem præſ. verb. non ex contractu inno-
minato, ſed ex pacto illo ut eas pro me Romam,
male; nam omnis actio præſc. verb. ex contractu,
d. l. juris gentium eſſe contractum inquit, unde na-
ſcitur actio præſ. verb. Sed hæc pactio contractum ef-
ficit; ædifico tibi domum: nondum eſt contractus,
ædifico tibi domum ut eas pro me Romam, eſt con-
tractus: hæc pactio ſi abeſt, & contractus abeſt:
quin & perfecto contractui ſi ex continenti addatur
pactum, licet ex eo pacto dicatur naſci actio, *l. in*
bonæ fidei, inf. hic: tamen eſt ex contractu: cum
& appellationem ſumat ex contractu; puta ex ven-
dito

dito actio: nam his actionibus agitur, ut fiat quod actum est pacto incontinenti facto, in ipso negotio emptionis & venditionis: pactum enim contractui inest, quasi forma: & ideo qui agit ex pacto, ex contractu, agit ex forma: ne ergo dicas actionem præscr. verb. esse ex pacto: nam ex pacto non est actio, etiamsi fiat ex continenti, sed ex contractu, ut fiat, quod ex continenti adjectum est pacto. At finge, ego stipulanti tibi promitto me ædificaturum domum ea lege, ut mihi des centum. Bartol. scribit esse contractum innominatum, facio ut des, quod est falsum: promitto me facturum, non facio: non est ergo facio ut des, & stipulationem esse quis non videt? Stipulatio autem est contractus, *l.* 1. §. 1. *D. de pact.* Ergo cum stipulanti promitto me facturum ea lege, ut mihi des centum, non est contractus innominatus, quia stipulatio est. Postremo quærit Bartol. si in contractu venditionis addantur complura pacta, veluti, ut meo nomine exigas pecuniam a meo debitore, ut tibi describam librum, ut mihi rationes tuas exhibeas, ut pro te eam Romam: si in contractu venditionis hujusmodi pactiones continenter adnectantur, quærit Bartol. an omnes dicantur cohærere contractui: respondet, cohærere emptioni & venditioni, male: nam & hæ pactiones nihil pertinent ad contractum emptionis & venditionis, alienæ sunt a contractu: ergo male cohærere dicuntur; & ita in *l. fundi, D. de cont. empt.* cum ego tibi vendo fundi partem, & statim legem addo, ut tu aliam partem conductam habeas certo pretio: quæritur, an ut impleatur pactio agi possit ex vendito, quasi pactum illud servandum sit: & respondetur, non posse agi ex vendito, quia pactum hoc nihil pertinet ad venditionem, nisi probetur vilioris vendidisse, ut hæc conductio præstaretur: si nihilominus vendiderit justo pretio, & pactum hoc adjectum erit, ut impleatur ea pactio, non agetur ex vendito, quia aliud est pactio a negotio emptionis & venditionis. Sed Bart. ita posuit speciem: in contractu emptionis & venditionis addita sunt compluria pacta, hæc nempe, ut venditor det fidejussorem evictionis nomine, ut si emptor non solvat pretium intra Cal. proximas, res sit inempta: ita in hujusmodi contractu emptionis & venditionis adduntur complures pactiones: sic posita specie, recte respondet Bart. omnes cohærere contractui emptionis & venditionis: omnes enim cohærentes esse contractui, idem vesti contubernium.

Ad L. XI. Ex conventione quidem, *qua pactam: novercam tuam cum patre tuo dicis cum fundum in dotem daret, ut creditoribus, quibus fuerant prædia obligata, usuras solveret: actio tibi adversus eam competere non potest, etsi pactum in stipulationem deductum probetur. Sed si fundus æstimatus (ita ut pars instrumenti significat) in dotem datus est: ex vendito actio, ut placitis stetur, competit. PP. Non. Decemb. ipso A. III. & Dione 2. Coss.*

SPecies hæc est: noverca mea patri meo dedit in dotem fundum eo pacto, ut ipsa creditoribus suis, quibus fundus ille simul & omnia prædia pignori obligata erant, solveret usuras, ne scilicet possessio fundi avocaretur patri meo per actionem Servianam, per actionem hypothecariam ab ipsis creditoribus, quibus promisit se soluturam usuras: quandiu enim solvuntur usuræ neque personali, neque hypothecaria agere creditores solent: morte patris solutum est matrimonium: quæritur an mihi competat actio vel ex contractu dotis, vel ex stipulatu, ut scilicet ea, quæ fuit mea noverca, creditoribus solvat usuras: videtur mihi competere actio: patri enim meo competebat: ergo mihi, qui heres sum patris mei: rescribunt Impp. mihi actionem non competere: cur ita? quia intererat patris mei manente matrimonio solvi usuras creditoribus hypothecariis, ne fundus evinceretur sibi actione hypothecaria: mea vero nihil interest soluto matrimonio, quia fundus in ea causa est, ut restituere me illum oporteat; & ita res in eam causam deducta est, a qua incipere non poterat, quia alteri facta stipulatio est inutilis: ergo cum desiit mea interesse, non recte agam ex conventione illa, ut mulier solvat creditoribus usuras: actiones inventæ sunt utilitatis causa, id est ejus, quod interest agentis ratione: mea nihil interest, ut mulier solvat usuras creditoribus suis: ergo non agam, ut solvat usuras creditoribus suis: erit mihi actio si pater meus manente matrimonio usuras solverit creditoribus uxoris, ne sibi fundus evinceretur actione hypothecaria, erit actio pro tempore præterito, ut ait Accurs. sed non pro tempore futuro; quia cum fundus dotalis mihi non remaneat, mea nihil interest eam pactionem in posterum observari: ergo non agam in hoc ut pactioni pareatur: & ita hoc procedit si fundus inæstimatus in dotem datus sit, quæ est prima pars hujus l. Secunda est de fundo æstimato in dotem dato: quid ergo si fundus æstimatus datus sit in dotem, jam non est contractus dotis: æstimatio aliam dat formam contractui, sive rei, quæ geritur inter novercam & patrem meum: nam æstimatio venditio est, *l. plerunque dotem, de jure dot. & l. cum dotem, inf. de jur. dot.* ergo cum uxor dat fundum æstimatum, contrahitur emptio venditio, quia vir tantum videtur fundum emere, quia tanti æstimatur: & ideo soluto matrimonio eum fundum retinebo si viro successerim, & malim solvere æstimationem mulieri; quare, ut mulier eum fundum liberet pignore, & ut præstet, ut mihi habere liceat, recte agam ex empto, quod pacto ex continenti facto conventum est, in ipsam contractus actionem venit: hic contracta est emptio venditio: æstimatio rei dotalis est emptio venditio, ergo ex empto agam, ut fides pacti impleatur, ut fundus dotalis mihi restituatur, & me liberet hypothecaria, ne mihi evincatur fundus a creditoribus: actio ex empto; quia ego emptor sum: successi enim patri meo, qui videtur emisse eum fundum æstimatum accipiendo. Emptori autem datur actio ex empto, venditori actio ex vendito: at contra lex ait, mihi dari actionem ex vendito, cum venditor non sim, sed emptor: sed actio ex empto sæpe etiam dicitur actio ex empto vendito, ut in *l. etsi uno, de actionib. emp. l. multum, de her. vend.* Varro 2. de re rust. *emptor poterit ex vendito illum damnare si non tradat*: & ideo dum ait, ex vendito, imperfecta est oratio: intelligendum enim est ex empto vendito, *l. sed & hæc nomine, l. si cum venditor, §. si secundus, D. de evict.* erit ergo mihi, qui heres sum emptoris actio ex empto in hoc, quia fundum retinere malo, ut illa mulier illum liberet pignore, vel ut solvendo usuras efficiat, ne creditores illum avocent. Sed huic parti obstat *l.* 1. *inf. sine censu, vel reliquis fund. comp. non posse*, eadem est inscriptio legis utriusque, eadem substantia, eadem oratio: in hoc tantum est discrimen, quod hic proponit in danda dote convenisse, ut mulier creditoribus suis solveret usuras: in illa proponitur convenisse in danda dote marito, ut ipsa mulier tributa fiscalia agnosceret. Rursus hic in secunda parte ita scriptum est: *Sed si fundus æstimatus.* In *d. l.* §. 1. *sed & si fundus æstimatus*: & ad hæc in extremo legis scriptum est affirmate, *actio ut placitis stetur* competit, in *l.* 1. scriptum est negate. Ergo pugnant invicem: hæc enim non sunt magis pugnantia, quam ajentia, & negantia. Sed respondet Acc. in *d. l.* 1. agi de tributis, hic agi de usuris: ceterum, quod ad vim differentiæ attinet, neque explicat, neque assequitur Accurs. ergo in hoc responso, quod est potissimum non præstat: Ponenda est species in *d. l.* 1. de tributis, noverca dedit patri meo fundum ea lege, ut ipsa fundi tributa inferret fisco: constante matrimonio, forte fidem pacti non implevit ipsa, nec tributa intulit fisco: & ea tributa fisco pertulit pater, ut debuit: nam tributa sunt onera prædiorum, non personarum, *l. Imperatores, ff. de Publ. l. neque, ff. de imp. in res dot. fact.* & jus fiscale non potuit lædi privatorum

torum pactis, *l. inter*, *D. de pact.* Mortuo patre meo diremptum eſt matrimonium: agam quidem pro præterito tempore ſi manente matrimonio pater tributum forte intulerit fiſco, quod debebat noverca: ſed non agam pro futuro tempore, ut ſolvat fiſco in poſterum, quia mea nihil intereſt cum fundum me reſtituere oporteat mulieri ſoluto matrimonio; & hoc ſi fundus inæſtimatus in dotem datus ſit: ſed ſi fundus æſtimatus, videtur mea intereſſe, ut fundus ille liberetur tributis, ut eum immunem & ſolutum optimo jure poſſideam, quia fundus ille apud me remanet, ſed hoc caſu *d. l.* 1. ait actionem mihi non competere, quia huic pactioni leges publicæ repugnant, quæ tributorum onus volunt dominum, poſſeſſoremque ſubire: hæc enim eſt pactio, ut dominus tributa non agnoſcat, venditor, qui deſiit eſſe dominus agnoſcat: huic pactioni leges publicæ repugnant, quæ volunt dominum, poſſeſſoremque tributorum onus ſubire, quod & æquitas vult: at ſuperiori pactioni leges publicæ conſentiunt, ut debitor ſolvat uſuras creditoribus ſuis: quid enim juſtius? non dominus prædii pignerati, ut venditor liberet fundum pignore, quod eſt etiam ſecundum jus commune, *l. evictus*, *D. de evict.* & ideo recte defendit Accurſ. aliud eſſe in tributis, aliud in uſuris. Sed in eo, ut non perſtet movetur hac ratione: quia pactio illa de tributis ſolvendis a muliere, quæ dedit fundum æſtimatum in dotem, fiſco non præjudicat: nam exiget tributum a poſſeſſore: inter ipſos contrahentes tamen rata eſt ex *l. inter*, *& l. epiſtolam*, *§. pactum*, *D. de pact.* unde ita mavult reſpondere ad *dict. l.* 1. pactionem illam, quæ eſt de æſtimatione fundi dati in dotem, & opponitur, ut mulier tributa ſemper agnoſcat, non valere in præjudicium fiſci, quia poterit fiſcus tributum exigere etiam a marito, vel herede mariti, valere tamen in præjudicium contrahentium: aſſentitur Bartol. huic ſuperiori reſponſo: errant: nam in *d. l. inter*, *& l. epiſtolam*, *§. pactus*, *D. de pact.* inter debitorem & creditorem hoc conventum, ut debitor ſolveret tributa fundi pignerati, juſta eſt pactio, quia debitor eſt rei pigneratæ dominus, æquum eſt, ut dominus rei ſuæ tributa agnoſcat. In *d. l.* 1, irregulariter conventum eſt inter virum & uxorem dantem fundum æſtimatum, ut dominus non agnoſcat tributa fiſcalia, ut emptorem non ſequatur onus tributorum: hæc conventio eſt injuſta: ideo nec inter ipſos contrahentes obſervanda eſt: & hoc ait *lex* 1. heredem actionem non habere, & hoc quid aliud eſt, quam eam pactionem non eſſe obſervandam? & vero inter ipſos contrahentes ſervanda non eſt, quia legibus contraria eſt: & longe alia eſt ratio ejus pactionis, quæ proponitur in *l. inter*, *& l. epiſtolam*, *D. de pact.* quia in pactionibus, quæ ponuntur in eis legibus, id agitur, ut debitor tributa ſolvat, quod juſtum eſt. In ſumma dato in dotem fundo æſtimato contrahi emptionem, maritum, heredemve ejus pro emptore haberi, & ita ex empto agi, ut pareatur pactis juſtis, quæ ex continenti facta ſunt: juſtum eſſe pactum ſi convenerit, ut ipſa mulier creditoribus ſuis ſolveret uſuras, juſtam eſſe conventionem. Sed ſi convenerit, ut ipſa tributa agnoſcat fundi venditi, injuſta eſt conventio: hæc eſt æquitas, ut ipſa onera tributorum ſemper ſequantur dominum, id eſt, eum, in quem transfertur dominium rei: quia ſunt onera realia non perſonalia, & ita alia eſt ratio uſurarum, alia tributorum, & permanendum eſt in priore ſententia Accurſ.

Ad L.XII. Pacta noviſſima ſervari oportere, *tam juris, quam ipſius rei æquitas poſtulat. Quapropter ſi conventione, quæ præceſſit, diverſa pars uſuram ſe non eſſe conſenſit, & maxime ſi (ut proponis) id etiam apud acta præſidis adſeveravit, actionem, quæ ſuper prima conventione fuerat, exercere non prohiberis. PP. III. Calend. Martii, Agricola & Clemente Coſſ.*

HUjus conſtitutionis hæc ſunt verba: *pacta noviſſima ſervari oportere, &c.* proponit Imper. prius re-

A gulam juris, quam ſpeciem ipſam, quæ ex ea regula definitionem ſumit: principium prius eſt quam id, quod ſit ex principio: & principium eſt notius quam ut explicatione egeat: principium tale eſt: Pacta noviſſima eſſe ſervanda: utitur verbis iiſdem, quibus Prætor in edicto de pactis. Juſta ſcilicet & pacta noviſſima: pactum enim prius poſteriore tollitur, *l. ſi unus*, *§. pactus*, *ff. de pact.* & Paulus initio ſentent. omne pactum poſteriore diſſolvi ait, nec aliud eſt elidere, aliud diſſolvere, quin etiam pacto præcedentis obligationis cauſa mutatur, vel ipſo jure, vel per exceptionem, *l. nec ex Prætorio*, *ff. de reg. jur.* ipſo jure ſi pactum fiat in continenti, per exceptionem ſi fiat ex intervallo: & ſimiliter pactum pacto tollitur per exceptionem, id eſt, prioris pacti exceptio tollitur replicatione poſterioris: & ita B in ſpecie hic propoſita ait Accurſius contra exceptionem prioris pacti opponi replicationem poſterioris pacti, & hanc replicationem prævalere: nec obſtat *l. Stichum*, *§. naturalis*, *ff. de ſolut.* quandoquidem ille §. loquitur de jure naturali, & diligenter ſeparare debemus hæc tria jura, naturale, civile, & prætorium: fateor juris naturalis obligationem pacto conſtitui, vel conſtitutam pacto ipſo jure tolli, *dict. §. naturalis*, at juris civilis obligatio ipſo jure non tollitur, ſed prætorio repelli poteſt per exceptionem, vel fulciri poſita replicatione poſterioris pacti: naturalis autem obligatio, quæ priori pacto perempta eſt ipſo jure, poſteriori renaſcitur ipſo jure, & retro, quæ priori conſtituta eſt, poſteriori tollitur, ſed ſecundum jus naturale tantum, non ſecundum jus civile. Ergo quod ait hic, actionem C exercere non prohiberis, ſic debemus exaudire, ut ſi forte opponatur exceptio prioris pacti adverſus actionem, defendat actor intentionem ſuam, poſita replicatione poſterioris pacti. Species talis eſt. Creditor ſtipulatus eſt pecuniam ſibi reddi, quam mihi credebat appoſitis ſemiſſibus uſuris ſi tardius eam pecuniam ſolverem: & promiſi ei ſortem quoque redditurum, vel ſi tardius redderem, uſuras ſemiſſes: deinde convenit, ut peteret uſuras, & ita reddidit mihi inſtrumentum ſtipulationis uſurarum, cautionem uſurarum, quæ redditio cautionis ſola erat argumentum taciti pacti de non petendis uſuris, *l. 2. ff. de pact.* poſtea pactum factum eſt de uſuris petendis, & promiſi me conventione, quæ præceſſit non uſurum, idque etiam apud acta præſidis adſeveravi: valet poſterior pactio, non prior: atque ita creditori D erit utilis actio ex ſtipulatu uſurarum nomine, & eo maxime, quod præter pactionem apud acta, profeſſus ſum me priori pacto non uſurum: ita prius pactum, non tantum poſtremo pacto, ſed etiam profeſſione diſſolvitur: poſterius profeſſione ea corroboratur: ſufficiebat ſola pactio, & articulus (*maxime*) non eſt ἐπιτατικός: quia tantum valet profeſſio, quæ fit apud acta, quantum pactum, ſive remiſſio, quæ fit inter duos, quod demonſtro. Si quis pepigerit cum ſuo adverſario ne poſſit appellare a ſententia judicis, non licebit appellare, *l. ult. C. de temp. appell.* Ita qui profeſſus eſt apud acta ſe non appellaturum, non poteſt appellare, *l.* 1. *§. ſi quis ante*, *ff. a quib. app. non lic.* tantum ergo valet profeſſio facta apud acta, quantum pactio, nec adjicit hæc alteri quicquam, cum par ſit utriuſque poteſtas: & retro quod E pactione non poteſt fieri, non poteſt profeſſione facta in jure, ſive apud acta: ut pactione ſervus quis non poteſt fieri, ita liber homo non fit ſervus profeſſione nuda, *l. liberos*, *inf. de liber. cau.* Certis modis fiunt homines ſervi, aut naſcuntur, non pactionibus, profeſſionibus, & confeſſionibus nudis, *l. parentes*, *eod. tit.* Omne quod acquiritur, vel dominium eſt, vel poſſeſſio, vel obligatio: dominium acquiritur certis modis, non pactionibus nudis, id eſt, inter modos legitimos acquirendi dominii non eſt pactio, ſive conventio nuda: traditione jure gentium adquirimus, uſucapione jure civili, & traditione facta a domino ex juſta cauſa, uſucapione cum facta eſt traditio a non domino, ut in *l. traditionibus*. Sicut ergo dominium acquiritur traditio-

ditionibus, & usucapionibus, & aliis legitimis modis, non nudis pactionibus: ita obligatio acquiritur certis modis, & tollitur, *l. obligationum fere*, §. 1. *D. de oblig. & actio.* non nudis pactis: possessio quoque non acquiritur nuda conventione: nec enim acquiro possessionem nisi adprehendero: solo animo, vel conventione sola non acquiro possessionem, nec per possessionem dominium: nam per possessionem solet acquiri dominium, *l. 1. inf. de acq. poss.* dominium ex naturali possessione nascitur, *l. 1. inf. de acq. poss.* ergo hæc tria sunt paria hac in re: nam nec dominium, nec possessio, nec obligatio acquiritur conventione nuda: & ita liberi hominis dominium non acquiro nuda professione. Quod si non pactione, nec professione facta in jure, vel apud acta: ergo in hac specie, si ego pepigero cum creditore meo ne is peteret usuras, & postea pepigero ut peteret, & apud acta professus fuero, me non usurum exceptione prioris pacti: hæc pactio posterior servanda est, non quod pactioni professionem adjecerim: abundans enim fuit professio illa, quam feci apud acta: & sufficiebat sola pactio: constat enim prius pactum posteriori dissolvi, pactione scilicet, vel professione posteriori facta apud acta: itemque in hac eadem specie licebit creditori meo adversus me agere ad exhibendum, *l. 4. inf. ad exhib.* quæ huic coaptanda est: utriusque enim eadem est inscriptio & subscriptio: priori pacto egeram cum meo creditore ne peteret usuras, & extorseram instrumentum usurarum, deinde subjeceram pactum ut peteret, consequens est ut me ei oporteat restituere cautionem usurarum, eoque nomine adjicitur ad hanc legem creditorem adversus me acturum ad exhibendum, ut cautionem exhibeam, vel si nolim exhibere, creditorem posse in litem jurare quanti sua intersit eam proferri, ut in *l. instrumentis, D. de in lit. jur.* Adnotant interpretes comparari hac in re conventiones supremis judiciis: actiones aliæ sunt viventium, aliæ morientium, *l. ult. in fi. D. comm. prædior.* quemadmodum in his novissimæ voluntates valent, *l. si mihi*, §. *ult. D. de lega. 1.* ut recte illo poetæ comici loco, *ille moriens nos tibi commendavit senex*, antiquus Scholiastes, *in jure* ait, *morientium ultima judicia certiora sunt:* ita in contractibus novissimæ voluntates valent quasi ὑστέρων ἀμεινόνων, quasi posteriora quæque meliora sint. Ergo utuntur comparatione pactionum, & supremorum judiciorum: nam ut in supremis judiciis inquiunt, ita in conventionibus novissimæ voluntates spectantur, & ita ad definitionem hujus constitutionis addit exceptionem Accur. ut non valeant posteriora pacta, si priori pacto convenerit ne si quid in contrarium postea convenisset hoc valeret: cujus rei argumentum sumit ex *l. si mihi*, §. *ult. & l. si ita adscriptum, ff. de lega. 1.* Quidam scripsit testamentum tale: quod Lucio Titio legavero, id neque do neque lego: deinde legavit Lucio Titio: quæritur an posterior scriptura valeat? Resp. legatum non valere remissa & adempta datione: nam & si fuerit ademptio prior scriptura, est posterior intellectu: Est aliud prius intellectu, aliud prius scriptura: legatio etiamsi sit posterior scriptura, prior est intellectu: & ideo si quis sic scripserit, si quid bis legavero, hoc tantum semel dari volo: nam etiamsi in posteriore parte testamenti bis legaverit, semel tantum debebitur, & quidem exiguius, *d. l. si ita*: quia ex duobus unum videtur ademisse priori scriptura; & ita si priori pacto convenerit ne si quid in contrarium convenisset, id observetur, sequemur non posteriorem, sed priorem conventionem: verum hoc non est usquequaque verum: nec quod in supremis, idem est in conventionibus: nam si appareat eos recessisse a priori voluntate: posterior valet, non prior: quia contrahentes non possunt sibi legem dicere, a qua non possint contrario actu recedere, & si forte legem sibi indixerint, licet ab ea recedere, & rata erit posterior voluntas, non prior; *l. si quis in prin. de leg. 3. & l. Divi*, §. *licet, ff. de ju. codic.* Quidam scripsit in testamento ut non alii codicilli valeant, si quos forte faceret, nisi qui sua manu signati essent: fecit alios, quos non subscripsit, sed demonstravit se velle, & his obtemperare heredes: Lex ait, posteriorem voluntatem valere, & prioribus derogare, & eum, qui sibi legem dixit in codicillis posse eam solvere, & sufficere posteriorem voluntatem: quod memini me respondisse in donationibns causa mortis, cum quidam donasset alii rem mortis causa, & legem dixisset, ut non liceret revocare, nisi nominatim mentione habita donatarii, & donationis: quia tamen postea facto testamento donationem, quam fecisset extero revocavit, dixitque se eam rem ipsam, quam donaverat alteri, egenis relinquere, & auferre priori donatario, non adscripto nomine prioris donatarii, nec facta distinctione donationis, quod frustra exigi putabam ex *l. is cui*, cum non fuerit obscura voluntas ejus, qui scripsisset se non perstare in pactis dotalibus, & qui contulisset in egenos: & eadem ratio est *l. ult. in prin. ff. de leg. 2.* Pater scripsit heredem filium & uxorem, & adjecit ut si quid filius a se obsignatum accepisset, id vice codicillorum valeret: deinde epistolam scripsit ad filium non obsignatam, qua demonstravit deditque filio peculium præcipui titulo. Quæritur an ea epistola vice codicillorum valeat, cum non fuerit obsignata. Resp. epistolam valere pro codicillis, quia manifesta erat voluntas patris recedentis a priore judicio, quia scribebat, ut peculium haberet, & præcipuum, & sui juris, & post mortem suam, quod præbet argumentum mutatæ voluntatis, & quoad fieri potest, in eo laboramus semper ut liberum sit cuique se solvere lege, quam sibi quisque dixit in testamento, & ut etiam sit liberum in conventionibus se solvere lege, quam initio contractus sibi dixerunt contrahentes. Ergo ea exceptio Accurs. non usquequaque est vera: comparatio supremorum judiciorum cum conventionibus vera est: duæ etiam aliæ exceptiones, quas proponit Ac. sunt verissimæ, priora pacta non tolli posterioribus, si priora pacta ipso jure actionem sustulerint, si prius pactum perimit actionem ipso jure, ut pactum de injuria, vel de furto ex lege 12. tab. de injuria ex illa lege 12. tab. *si membrum*, *&c.* actio etiam furti tollitur jure ex illa lege 12. tab. *ni pro fure damnum deciderit*, *&c.* & hoc genere si actio injuriarum fuerit sublata ipso jure priori pacto, non potest actio ipso jure perempta posteriori pacto restitui. Tertia exceptio est, posteriorem conventionem non valere, si prior conventio traditione sumpserit effectum ex *l. ab emptione, in fi. D. de pact.* emptio & venditio contrahitur nuda conventione: Finge: post peractam emptionem & venditionem venditor rem tradidit emptori pretio accepto, vel non accepto: postea convenit inter emptorem & venditorem ut emptor rem restitueret venditori: non id est actum, ut discederetur ab emptione & venditione in integrum restitutis omnibus, sed ut cogeretur emptor rem restituere venditori: constat hoc casu quoniam non agitur, ut resolvatur venditio, sed constituitur nova obligatio, inutilem fore pactionem. Igitur ex hac pactione, non poterit cogi emptor ut rem restituat, & quod dicitur contrario consensu venditionem resolvi posse, hoc primum ita procedit, si res sit integra, id est, si neque res sit tradita, neque pretium numeratum: deinde si res sit tradita, hoc ita procedit, ut eandem rem restituendo in integrum restituantur omnia: sed in integrum non restitutis omnibus si quis paciscatur eam rem restituere, inanis erit pactio. Igitur cum prior conventio traditione sumpsit effectum, posterior pactio non est spectanda, nec vim habere potest, nisi re demum in integrum restituta, licet pacisci de solvenda emptione & venditione: nam bonæ fidei interpretatio hoc admittit, *l. ab emptione, ff. de pact.* & ita sunt explicandæ hæ tres exceptiones Accur. ceteroquin stat regula, prævalere pacta novissima.

Ad L. XIII. In bonæ fidei contractibus *ita demum ex pacto actio competit, si incontinenti fiat. Nam quod postea placuit,*

id non petitionem, sed exceptionem parit. PP. V. id. Ian. Maximiano 4. & Africano Conss.

IMperator ait in bonæ fidei contractibus actionem ex pacto competere si incontinenti fiat: ex pacto facto postea, id est, ex intervallo non competere actionem, sed per exceptionem dari: nam quod fit postea, id ex intervallo fit, ut *l. pacta, de contr. empt.* est enim tota de pactis, quæ subsequuntur ex intervallo. Est vero certa hujus l. definitio: in judiciis bonæ fidei ex eo pacto, quod subsequutum est ex continenti, competere actionem, ex intervallo exceptionem: sed existit quæstio, an idem sit dicendum de judiciis strictis: & multi putant idem esse dicendum de judiciis strictis, quorum opinio mihi non placet: nam in his verbis in bonæ fidei judiciis, quæ leguntur in *l. jurisgentium*, §. *quinimo*, *D. de pact.* est manifesta ἀντιδιαστολή, id est, adjici bonæ fidei ad differentiam strictorum: non est ergo idem statuendum de judiciis strictis, cum duobus locis hoc sit proditum de judiciis bonæ fidei. Et verum existimo, in mutuo quod negotium est stricti juris, ex pacto incontinenti facto non esse petitionem usurarum, *l. Titius*, *D. de præs. verb. l. 3. infr. de usur.* in contractu tamen bonæ fidei, ut in mandato ex pacto facto ex continenti est petitio usurarum, *l. qui negotia*, *D. de mand.* Non idem statuimus in judiciis strictis, quod in bonæ fidei: nam in bonæ fidei dicimus pactum factum ex continenti inesse, id est, prodesse ad actionem: in contractu autem stricti juris incontinenti factum non prodesse ad actionem: & qui aliter sentiunt utuntur his legibus, *l. 4. §. ult. D. de pact.* & *l. petens*, *inf. hic*, & *l. lecta*, *D. de reb. cred.* quibus respondeamus: primum in *l. 4. §. ult. D. de pact.* poni stipulationem, quam constat esse stricti juris, pure conceptam de reddenda pecunia credita, deinde pacto facto ex continenti convenisse, ut donec usuræ solverentur sors non peteretur: fuit hæc pactio apposita stipulationi ex continenti: lex tamen ait, hanc conventionem pacti inesse stipulationi, quod verbum *inesse* est ambiguum: nam pactum inest, sive continetur contractui, vel ex parte actoris, vel rei. Et faciunt male qui statuunt, pacta inesse pro parte actoris, & ii, qui ajunt ex parte rei, juris everterunt ordinem, cum *l. jurisgentium*, §. *quinimo*, dicat, pacta facta ex continenti in judiciis bonæ fidei, etiam ex parte actoris inesse: qui articulus demonstrat ea pacta bonæ fidei judiciis, seu contractibus inesse, non tantum ex parte rei, sed & actoris. Pactum ergo factum in continenti inest in contractu bonæ fidei, non solum ex parte rei, sed & actoris, quod ita potest demostrari. Contractus est commodatum: huic si adjiciatur pactum ex continenti, pactum illud præparabit actionem, & ita inerit ex parte actoris, sed & ex parte commodarii, id est, rei: nam si conveniat ex continenti, ut non præstet dolum & culpam, culpæ nomine ipso jure non poterit agere cum commodatario, id est, erit tutus commodatarius, etiamsi non opposuerit exceptionem pacti: quia inest ex parte rei: denique pactum, quod adjicitur ex continenti contractui bonæ fidei, id verissime dicam inesse & ex parte actoris & rei: & ut hoc definiam: ex parte actoris inest pactum, ex quo competit actio: ex parte rei inest pactum, ex quo competit exceptio, quam tamen non sit necesse opponi & allegari, sed inest tacite & ipso jure, *l. 3. D. de rescind. vend.* Ex parte actoris non inest pactum factum ex continenti, nisi in judiciis bonæ fidei: ex parte autem rei inest pactum factum ex continenti non tantum in judiciis bonæ fidei, sed etiam strictis: & hoc etiam demonstrat *d. l. 4. §. ult. D. de pact.* Sed non dicit ex eo pacto inhiberi actionem creditoris, sed ex eo pacto inhiberi actionem petitoris, id est, tutum esse eo pacto reum, seu promissorem, ut non possit jure agi cum reo, quandiu solvit usuras, quia convenit, ut quandiu solveret usuras, sors non peteretur: quia scilicet dicam, ipso jure non esse intendendam actionem, quandiu est reus paratus solvere usuras, nec necesse esse op-

A poni exceptionem pacti: denique *l. 4. §. ult.* tantum probat inesse stipulationi pactum ex parte rei, non actoris, & eodem modo dicendum est de *l. lecta*: nam *l. lecta*, cujus speciem totam detexui quodam loco de verb. oblig. & heic iterum dico, non dicit, pactum stipulationi adjectum ex continenti inesse ex parte actoris, sed ex parte rei: in hac specie creditor est stipulatus pecuniam sibi reddi Cal. proximis, si non reddatur, usuras ex mora; deinde huic stipulationi ex continenti adjecit pactum, ut solveretur pecunia mense centesimo: & ita mox post stipulationem nullo interjecto intervallo prorogatus est dies solutionis in Cal. centesimas: ante Cal. obstabat exceptio pacti, quæ inest tacite stipulationi, etsi nec allegetur, nec opponatur; ergo propter pactum incontinenti appositum stipulationi jure ante
B Cal. centesimas non est actio ex stipulatu: & hoc voluit *l. lecta*, pactum illud inesse ex parte rei, id est, a reo non posse peti ante Cal. centesimas ipso jure, & inesse exceptionem pacti: ceterum non dicit pactum factum incontinenti inesse ex parte actoris, nec potest pactum factum incontinenti stipulationi inesse ex parte actoris: ut finge: stipulatus est creditor, pecuniam sibi reddi Cal. proximis: mox subjecto pacto convenit, ut pecunia redderetur intra biduum: quæritur an potest post biduum petere petitor? minime, quia hæc pactio non inest ex parte actoris, id est, hæc pactio non potest parere actionem, parere defensionem promissori potest, eaque contineri ipso jure intelligitur stipulatione: ergo, qui stipulatus est sibi reddi Cal. proximis, si paciscatur sibi reddi citius, pactio non proderit ad agen-
C dum: sed si paciscatur debitor ne reddat ante Cal. tertias, pactio proderit debitori ad defensionem, etsi eam non allegaverit: ad summam hæc tantum dicit *l. lecta*, stipulationi inesse pactum in continenti factum ex parte rei: ex parte actoris inesse, ut profit ad actionem nullo signo demonstrat. Postremo moventur *l. petens*, *infra hic*, cui erit facile respondere: petens, iniquit, ex stipulatione, quæ placiti servandi causa sequuta est, seu antecessit pactum, seu post statim interpositum sit: recte secundum se ferri sententiam postulat, nihil ad rem pertinet hæc *l. petens*: nam nos loquimur de pacto, quod accedit stipulationi, & quærimus an sit ex parte actoris: negamus, illi affirmant, *l.* autem *petens* loquitur de stipulatione, quæ accedit pacto: hæc sunt valde diversa: ergo *l. petens* loquitur de pacto confirmato stipulatione: in-
D venta est stipulatio obligationum firmandarum causa: nam ut dictum est in Instit. veteres stipulum firmum dixerunt, ut in amphoris auctore Festo stipa est ea, qua fortiter amphoræ sustinentur, ita stipulatio firmare & corroborare dicitur obligationem. Et ad rem nihil pertinet, an præcedat ipsa stipulatio, an sequatur, sicut nihil interest codicilli testamento confirmentur antequam fiant, an postquam facti sunt, *l. ante*, *D. de jur. codic.* ita nihil interest pactio confirmata fuerit, antequam fiat, aut post, sicut nihil interest mutuum præcedat stipulatio, an sequatur: unus est contractus stipulatio, non mutuum, *l. 6. §. ult.* & *l. 7. D. de novat.* & *l. 4. §. ult.* & *l. 7. D. ad Macedon.* Ergo summa definitio *l. petens* hæc est; si pactio confirmata fuerit stipulatione, procul dubio ex stipulatione est actio, & nihil interest præcedat stipu-
E latio, an sequatur: nam quæ præcessit, sequi videtur natura sua & intellectu, licet non scriptura: & hoc est quod ait *l. petens*, & sequuta est etiam, quæ præcessit intellectu, & natura sequitur, seu præcessit pactio, seu præposita sit stipulatio: sed cur ait statim, id est ex continenti? ideo scilicet desiderat statim interponi, ut videatur esse conventio, non duæ; quid si fiat pactio ex intervallo & stipulatio? duæ erunt conventiones, pactio & stipulatio, sed si pacto apponatur statim stipulatio, una erit tantum stipulatio, quia id agitur, ut sit tantum stipulatio, *l. 6. §. ult. D. de novat.* Ex his liquet *legem petens* loqui de stipulatione adjecta pacto: hæc stipulatio obligat: nos loquimur de pacto adjecto stipulationi: hoc pactum non obligat: pactum emptioni adjectum ex con-

continenti obligat, & ita eſt differentia inter contractum ſtrictum & bonæ fidei: pactum, inquam, adjectum ſtipulationi incontinenti non obligat: pactum adjectum emptioni obligat, *l. venditor, D. comm. præd.* lex venditionis obligat: lex quid eſt? eſt pactio adjecta ex continenti: ſi obligat, & parit igitur actionem: & ita in hac *l.* 12. ait, ex eo pacto, quod adjicitur contractui bonæ fidei, ex continenti competere actionem, ſed ita ut competat actio non propria, ſed actio ipſa contractus, ut expoſui *l.* 10. formatur potius actio ipſa contractus, quam producitur nova: pactio obligat, & ex ea competit actio ipſa contractus, quæ producitur eo uſque quo vis pacti poſtulat: ſatis demonſtravi, non eſſe admittendam ſententiam eorum, qui ut in judiciis bonæ fidei ſcriptum eſt duobus locis, non abſque ratione differentiæ aperta, ineſſe ex parte actoris pacta facta ex continenti, ita ineſſe cenſent judiciis ſtrictis: quinimo differentia ſtatuenda eſt inter judicia ſtricta & bonæ fidei, nec hoc novum: nam idem eſt ſtatuendum cum pacta fiunt ex intervallo inter judicia ſtricta & bonæ fidei: hoc vero dicimus, quod ſicut eſt differentia inter judicia ſtricta & bonæ fidei, cum pacta ſunt ex continenti: ita eſt differentia cum pacta fiunt ex intervallo: nam aliquando pacta, quæ fiunt ex intervallo, inſunt judiciis bonæ fidei ex parte utraque, ex neutra inſunt judiciis ſtrictis, *l. 3. D. de reſcind. vendit. l. pacta conventa, D. de contr. empt.* qua quidem mirum in modum confirmatur ſuperior differentia: id ita eſt ex *d. l. pacta conventa*, pacta, quæ fiunt ex intervallo, aut ſunt ex adminiculis contractus, aut de natura contractus: adminicula ſunt, ſine quibus conſiſtit contractus, adminicula ſunt fulturæ contractus, ſine quibus contractus conſiſtere poſſunt, quæ a Græcis Rhetoribus dicuntur ἀφορμαί, cum ponunt inter partes circumſtantiarum adminicula, quæ vocant ἀφορμάς. Circumſtantiæ adminicula ſunt, facta puta, cædes, homicidium, tempus, ut interdiu, an noctu, dum quæritur facta ſit cædes, locus, ut loco ſacro, an profano, & cauſa faciendi, vindicandi ſe, an occidendi alterum, an alia ratione. Et modus, ut occiderit ne clam, an palam, vel an dolo: hæc ſunt poſtrema adminicula, ut cum quæritur, an per interpoſitas perſonas occiderit, ut adhibitis ſervis, an gladio, an veneno: hæc ſunt actionis adminicula, ſine quibus cædes potuit patrari, potuit ſine gladio patrari cædes. Similiter adminicula emptionis ſunt ſubſidia, ut arræ, ſine quibus conſiſtit emptio, ut fidejuſſor evictionis nomine, ſive auctor ſecundus, ſine quo conſiſtit emptio, ſufficit enim primus & ſtipulatio: nam quandoque admittitur ſtipulatio: & ſine his conſiſtit emptio. Finge: ex intervallo convenit, ne venditor teneretur de evictione: hæc pactio non ineſt contractui bonæ fidei; ideoque non prodeſt venditori, niſi oppoſita exceptione: neceſſaria eſt oppoſitio pacti, & e converſo, ſi convenerit ex intervallo, ut venditor ſatiſdet de evictione, ut non petat pretium, niſi det fidejuſſorem, hæc pactio non ineſt contractui: nam non poterit emptor ex hoc pacto agere, & cogere ut det fidejuſſorem: hæc pacta ſunt de adminiculis, de cautione evictionis, ſine qua conſiſtit emptio per ſe, & ut oſtendi, neque ex parte actoris inſunt, neque ex parte rei: ex parte actoris, quia ex eo non eſt actio: ex parte rei: quia reo non proſunt, niſi oppoſita exceptione; & dicuntur eſſe extra naturam & ſubſtantiam contractus, quia ſine his conſiſtit ſubſtantia contractus, & abhorrent a natura emptionis; nam hoc eſt alienum a natura emptionis, ut venditor non teneatur evictionis nomine, ut venditor ſatiſdet: nam cum quis eſt venditor petit pretium, nec ſatiſdat, *l. ſi dictum, D. de evict.* Ergo hæc pacta, quæ ſunt de adminiculis, ſunt extra naturam contractus, ſunt extrariæ pactiones quædam, niſi ſint de ſubſtantia vel natura contractus; nec enim differentia inter ſubſtantiam & naturam videtur eſſe, *l. juriſgentium, §. idem reſp.* pacta ergo ſunt de natura ſeu ſubſtantia contractus, cum fiunt de re vel pretio, vel cum agitur, ut abeatur ab emptione: itaque ſi ex intervallo conveniat de minuendo pretio, ipſo jure tutus eſt emptor, etiam non oppoſita exceptione pacti, & ita ineſt hoc pactum ex parte rei: finge: venit res centum, & ex intervallo convenit, ut eſſet empta quinquaginta: ipſo jure non poteſt petere venditor, niſi quinquaginta: & ita ſi convenit ex intervallo de augendo pretio, puta ut res, quæ venit quinquaginta, veniret centum, venditor ipſo jure habet actionem ex hoc pacto, quia interceſſit novum pactum, *l. juriſgentium, §. adeo*, & *l. ſi unus, §. pactus, D. de pact. & l. 2. D. de reſcind. vendit. d. l. pacta conventa, & l. 3. hic.* Et ita cum ex intervallo paciſcor de augendo pretio, hoc pactum ineſt ex parte actoris: nam præparat venditori actionem ad id, quod pacto continetur. Et ſi conveniat, ut diſcedatur ab emptione omnimodo, ipſo jure non poteſt agi ex empto & vendito: ergo ineſt pactum, etiamſi ſit factum ex intervallo, nec neceſſe eſt opponi exceptionem pacti, quia inſit judiciis bonæ fidei. Igitur ipſo jure non erit actio ex empto vendito, ſed ex ſtipulatu, ut ſi venditor pretium deduxerit in ſtipulationem, & emptor rem deduxerit, licet convenit ut abiretur ab emptione, tamen erit actio ipſo jure ex ſtipulatu, & neceſſarium erit opponi exceptionem poſterioris pacti, *d. l. 3. de reſcind. vend.* & *l. ab emptione, D. de pact.* Et ea pacta, quæ ſunt de natura contractus, dicuntur detrahere emptioni: nam detrahunt ea, quæ ſunt de ſubſtantia, ut pactum de minuendo pretio, detrahunt emptioni priori: & ad agendum valent: pactum detrahit emptioni priori, quia efficit novam emptionem: ſed pacta, quæ ſunt de adminiculis, puta de evictione, dicuntur adjicere extranea quædam, ſalva ſubſtantia contractus.

Ad L. XIV. Si pacto, quo pœnam *adverſarium tuum promiſiſſe proponis, ſi placito non ſtetiſſet, ſtipulatio ſubjecta eſt: ex ſtipulatu agens, vel id, quod in conventionem devenerat, ut fiat, conſequeris: vel pœnam ſtipulatione comprehenſam more judiciorum exiges. Nam bona adverſarii tui in te transferri citra ſolemnem ordinem fruſtra deprecaris. PP. Kal. Apr. Gordiano A. 2. & Pompejano Coſſ.*

EXplicabo hodie *l.* 14. cujus verba hæc ſunt, *Si pacto, quo pœnam adverſarium tuum promiſiſſe proponis, ſi placito non ſtetiſſet, &c.* Lex eſt plena eruditionis, cujus ſpecies eſt hujuſmodi. Pacto nudo promiſit mihi quidam ſe daturum vel facturum aliquid, & ſi non daret vel faceret, pœnam eodem pacto promiſit: promittendi verbum, quo hic utitur Imperator, eſt commune ſtipulationum, pollicitationum, & pactionum: de ſtipulatione non ambigitur, non etiam de pollicitatione: nam pollicitatio eſt ſolius offerentis promiſſio, eſt certum de ſtipulatione, eſt in promptu definitio de pollicitatione, de pactione, *l. ſciendum, §. dictam, D. de ædil. ed.* & ita qui pactus eſt, promiſiſſe dicitur. Promiſit quis aliquid ſe daturum vel facturum, & eodem pacto pœnam promiſit: porro huic pactioni ſtatim ſubjecta fuit ſtipulatio formandæ obligationis cauſa, his verbis: *dari, fieri, pœnæ nomine præſtari rogavit Titius, ſpopondit Mævius.* Ne dixeris ex pactione, quæ præceſſit naturalem obligationem, eandem novari per ſtipulationem, quia confeſtim ſubjecta ſtipulatione hoc agitur, uti ſola ſtipulatio teneat, *l. 5. & 6. D. de novat. l. petens, inf. hic.* Ex pactione illa nulla eſt obligatio: ex ſtipulatione eſt obligatio & actio: & hujus ſtipulationis duæ ſunt partes, vel duæ ſtipulationes, quia vulgo dicitur, tot eſſe ſtipulationes quot res: una eſt ut detur vel fiat quod convenit: altera, ut pœna præſtetur, ſi id vel non fiat vel detur quod convenit: & liberum eſt ſtipulatori vel hæc vel illa agere: poſterior enim ſtipulatio, licet ſit pœnalis, non novat priorem, *l. prædia, D. de action. emp. l. duo, l. ſi quis a ſocio, D. pro ſoc.* Cur non novat? quia id non agitur inter contrahentes, & novatio non fit, niſi id aga-

agatur: agi cum dicimus, tacitam non expreſſam voluntatem intelligimus, *l. cum quid, D. de reb. cred.* niſi adiicias actum nominatim, *l. Sabinus, D. de in diem addict.* jure veteri non fit novatio niſi id agatur: conſtitutione Juſtiniani non fit novatio niſi id agatur nominatim, *l. ult. inf. de novat.* alioqui res procedit ἀνοβατίωτως: non ut vulgo ἄνευ καινότητος: olim ſufficiebat tacita voluntas: hodie expreſſa ex conſtitutione Juſtiniani. Certum eſt ergo poſteriore ſtipulatione pœnali non novari priorem: & ideo creditor aget qua ex parte, & qua ex ſtipulatione voluerit, priori vel poſteriori: & aget, ut hic, ex ſtipulatu: ubi perterreri non debemus eo, quo movetur Accurſ. quod dicat Imp. agi ex ſtipulatu de pœna certa, cum ſit proditum, non eſſe actionem ex ſtipulatu de re certa, ſed condictionem certi, ſi quis certum ſtipulatus ſit: nam ſi in libris noſtris verſati ſumus, intelligimus etiam actionem ex ſtipulatu ſignificare actionem certi, & quodammodo actionem ex ſtipulatu eſſe genus, & aliam eſſe actionem certi, quæ dicitur certi condictio, aliam incerti: ergo aget in ſpecie propoſita ſtipulator, qua ex ſtipulatione voluerit, quia alia aliam non novat, & aget ex ſtipulatione: ex utraque non aget: quia iniquum eſt ut rem ferat & pœnam, *l. 4. §. Labeo, D. de dol. except.* poſt moram tamen prioris, quam fieri notandum eſt, ſi ceſſaverit promiſſor in implenda priori ſtipulatione, in dando vel faciendo eo quod convenit: tum fit prioris ſtipulationis quaſi novatio & transfuſio in poſteriorem, quæ eſt pœnalis, *l. obligationum fere, §. ult. D. de oblig. & actio. l. ita ſtipulatus, D. de verb. oblig.* quia ſolius pœnæ exactio ſupereſt: cur non novatio proprie? quia non idem venit in utramque ſtipulationem: prior enim eſt de re, ut detur vel res fiat, poſterior de pœna: ergo non de eodem utraque: novatio eſt ſi mutetur debitor, ut ſi alius pro alio quaſi reus principalis expromittat: novatio eſt ſi mutetur cauſa debendi, ut ſi obligatio ex teſtamento transferatur in verborum obligationem: novatio non eſt ſi res debita non petatur, ut ſi aliud veniat in priorem, aliud in poſteriorem: & ad ſummam, ſi cupis definire brevius quam Ulpian. in *l. 1. de novat.* Novatio eſt mutatio debitoris vel cauſæ debendi: mutatio rei non facit novationem: delegatio eſt rei ſeu debitoris mutatio: at, ſicut dixi, licet non fiat novatio, proprie tamen poſt moram prioris ſtipulationis, fit quaſi novatio: quia ſolius pœnæ exactio eſt, & ob id recte addit Accurſ. Imperatorem, dum loquitur de eo, quod in priorem ſtipulationem venit, uti verbo *conſequeris ut fiat id, quod in conventionem devenerat:* ſed cum de pœna, id eſt, de poſteriori ſtipulatione, utitur verbo *exiges:* exigere eſt exprimere, extorquere pœnam, ſed non poſſes ex priori extorquere id, quod poſteriori continetur, & ita fit quaſi novatio. Et hæc quidem de ſtipulatione duplici, id eſt, cum interceſſit duplex ſtipulatio, una de re danda aut facienda, & altera de pœna, ſi non detur vel fiat quod convenit. Quid ſi ſtipulatio ſimplex, & de pœna tantum ſit? ut ſi præceſſerit conventio, id eſt, pactio vel alius contractus ut detur vel fiat aliquid, & ſubſequuta fuerit ſtipulatio pœnalis, ut in *l. nuda, inf. de cont. ſtipul. & l. qui Romæ, §. Flavius, D. de verb. oblig.* hic una eſt ſtipulatio pœnalis: quæ præceſſit conventio, eſt pactio vel alius contractus, non ſtipulatio: & conſtat novationem nullam fieri, quia non idem venit in ſtipulationem quod in conventionem priorem. Conventio eſt dare, ſtipulatio de pœna tantum: ergo non de eodem utraque, quin & hoc caſu dicam conventionem priorem ſtipulatione pœnali neque novari, neque quaſi novari, quia non tantum pœnæ petitio eſt, ſed quod priori conventione continetur, id etiam poſt novationem petitur: manet integra actio ex conventione, ſi quis ea experiri malit, *d. l. nuda:* ſed actor alterutra contentus eſſe debet, ut & ſuperiore caſu, ſed utriuſque integra eſt actio,

A non petitio tamen, niſi ſtipulationi pœnali ſit addita hæc clauſula, rato manente pacto: nam tunc & ex pacto actio eſt, & ex ſtipulatione, *l. pen. D. de tranſact. l. reſcriptum, §. ſi pacto, D. de pact. l. ſi pater, §. ſi mulier, D. de pact. dot.* Et hæc ratio eſt differentiæ inter ſtipulationem duplicem & ſimplicem: nam duplex hic in ſe ipſam revolvitur, & ſe ipſam quaſi reſolvit & novat: ſi prior de re ſit, & poſterior de pœna, & ceſſetur in priore, ſtipulatio autem ſimplex ſit, id eſt, de pœna tantum, ſive μονομερὴς, aliam conventionem, quæ præceſſit neque novat, neque quaſi novat, *d. l. qui Romæ, §. Flavius.* Porro in hac ſpecie, quam expoſui, ait Imper. in hac ſpecie agendum eſſe ex ſtipulatu more judiciorum: quis hic mos eſt judiciorum? occurrit ſæpe hæc locutio in libris noſtris, *l. 3. inf. ſi quis alteri*
B *vel ſibi emer. l. 4. inf. de accuſa. l. 2. inf. de probat.* ubi mos judiciorum hic eſt, qui & ſtylus dicitur, ut actor probet, non reus, *l. 2. inf. de probat.* ut lis conteſtetur, ut judex detur, ut abſente adverſario jus non dicatur, *d. l. 4. inf. de accuſ.* niſi abſit ex contumacia, quo caſu hic mos eſt ut ſucceſſor præter tria det unum edictum, qui mos ſignificatur verbo *ſolet* in *l. edictum, D. de judic.* ſolet, id eſt, mos judiciorum eſt, ut etiamſi anteceſſor, id eſt, prior judex ediderit tria edicta, poſſit ſucceſſor dare unum, & hoc abſenti indulgere adverſario ſive contumaci: hoc igitur more ait Imper. in hac l. judiciorum obſervato, agendum eſſe ex ſtipulatu, & ut ſubiicit, non eſſe mittendum ſtipulatorem in poſſeſſionem, non poſſe juſte deſiderare ut in ſe transferantur bona debitoris, aget ex ſtipulatu more judiciorum
C ſecundum rationem juris, ſed non jure deſiderabit promiſſoris bona in ſe transferri ſtatim, quia hoc non fit temere, ſed ſolemni ordine adhibito, veluti, ſi latitet reus fraudationis cauſa, nec defendatur: nam mittetur creditor in poſſeſſionem bonorum crediti ſui ſervandi cauſa, quo genere pignus prætorium contrahitur: deinde tranſacto certo tempore, bona debitoris venduntur voce præconis, & addicuntur ei, qui pluris emerit: hoc fit ex ordine & edicto Prætoris, *l. cum unus, D. de reb. auct. jud. poſſid.* fit, inquam, hoc ita ex ordine prætoris, ut primum mittatur creditor in poſſeſſionem bonorum rei ſervandæ cauſa, deinde venditionem bonorum faciat, licet hoc non permittatur creditori, *l. Fulcinius, §. adeo, D. quib. ex cau. in poſſ. eat.* quæ loquitur de furioſo, qui non defenditur, quia curatorem
D non invenit, in quo eſt hoc ſingulare, ut ejus bona non vendantur, niſi id permiſerit Prætor, alias non eſt neceſſe permitti venditionem bonorum: res enim fit ipſo jure & ordine: & hunc ordinem ſignificat Imperator hic: nunc unum tantum deſideratur, ut in *l. pro debito, inf. de bonis auct. jud. poſſid.* non loquitur de pignoris captione, quæ fit extra ordinem, *l. ſi pignora, D. de evict.* ſed de venditione, quæ fit ex edicto Prætoris: & ad eum ordinem pertinet, quod interim ante venditionem bonorum conſtituitur curator bonis, poſtulantibus creditoribus, qui vendat aut locet fructus ex prædiis debitoris, & diſtrahat res tempore perituras, & conſtituatur magiſter interdum vel curator bonis deſertis, *l. ult. D. de curat. bon. dan.* ſi debitor, inquam, foro ceſſerit, id eſt, ſi decoxe-
E rit, ut jam non amplius ventitet in forum, & adeo ſi latitet, & creditores coierint privato conſilio, & elegerint unum, is dicebatur magiſter olim, hodie curator bonis deſertis, per quem bona venduntur, ut portio ipſis, quæ ex reducto pretio fiet, ſolvatur: ex quo loco explicandum illud Senecæ: *debitorem meum ad diem appellare poſſum, & ſi foro ceſſerit, portionem feram,* ex pretio redacto, ſcilicet a magiſtro bonis diſtrahendis dato, quem locum quidam male intellexerunt, & male interpretes Senecæ in illo loco, nec pacta conventa, quæ ſignis impreſſis cuſtodiebantur, pacta accipiunt ex parte ſtipulatoris, conventa ex parte promiſſoris, ut pactum præcedit, id eſt, interrogatio, conventio ſequitur, id eſt, reſponſio, ſive pro-

missio: ad eundem ordinem pertinet, quod bona debitoris proscribuntur libellis emissis celeberrimis locis, venalia esse, & fore ut vendantur hac vel illa lege: nam solebat addi lex in hujusmodi proscriptione, ut Quintil. demonstrat, & tandem peragebatur venditio bonorum: qui universa emebat conveniebatur a creditoribus, & portionem, quæ dicta fuerat persolvebat, ut ait Theoph. *Instit. de S. Claudiano*. Quantum tempus intermissionem, & possessionem bonorum interponatur nondum satis liquet, & sane non constat: neque ex edicto Prætoris, nec constitutione ulla Justiniani, vel alterius definitum fuisse tempus, quod interponitur inter possessionem bonorum & missionem: & in *l. ult. §. sin autem, inf. de bon. auctor. jud. possid.* cum loquitur de hoc tempore, corrupte scriptum est, *definitum a nobis tempus*: nullum tempus definivit Justinianus: & ideo recte ab aliis libris absunt hæc verba, *a nobis*. Est quidem quoddam definitum tempus, sed non lege, aut constitutione, definitur arbitrio Prætoris, vel creditorum: nam cum non sit lege, vel constitutione definitum, datum intelligitur liberum arbitrium quanto tempore voluit definire venditionem bonorum, *l. in vendit. §. de temp. D. de reb. auct. jud. poss.* nam cum ex causa damni infecti post missionem in possessionem, ex primo decreto longo tempore non cavetur damni infecti, secundum decretum interponitur, quique missus fuerat in possessionem tantum, possidere jubetur: ejus vero temporis nulla alia est definitio, quam cum Prætori justa causa esse videbitur, *l. Prætor, §. 1. l. si finita, §. non autem, D. de dam. inf.* sic etiam post missionem in possessionem rei servandæ causa, si quæratur, quo tempore distrahenda sint bona: Resp. est, quo videbitur Prætori. Posui autem exemplum in debitore latitante debiti servandi causa, cum tamen ex multis aliis causis creditor mitti possit in possessionem crediti servandi causa, ut Symmachus loquitur, & Justinianus in Nov. χρέους φυλακτέου ἕνεκα, *crediti servandi causa*: nam primum mittitur debitor in possessionem rei servandæ causa, si debitor solum verterit, *l. ad cognitionem, D. quib. ex cau. in poss. eat.* & si absens judicio non defendatur, ergo non tantum si latitet, sed si solum vertit, vel si ei heres non extitit, *l. si diu 8. cum seq. l. D. quib. ex caus. in poss.* vel si heres suspensus non satisdedit creditoribus, *l. 16. D. de reb. auct. jud. poss.* & postremo si judicii sistendi causa debitor fidejussorem dederit, & vadimonium deseruerit, *l. 2. D. quib. ex cau. in poss. eat.* sed ideo ponere malui exemplum, quamvis creditor mitti possit in possessionem bonorum ex aliis causis, in eo, qui latitat fraudationis causa, cujus bona possidentur: & imitatus sum jurisconsultos, qui plerumque nonnisi de latitante exempla ponunt, & ratio redditur in *l. Fulcinius, §. cum hoc edictum, ff. quib. ex cau. in poss. eat.* quia in usu, inquit, latitantium bona possidentur, id est, usitatius est bona possideri: sed idem est si alia ex causa creditor mittatur in possessionem, ut debeat hic ordo diligenter custodiri: & ita intelligimus, quod ait Imperator hic, creditorem debere agere ex stipulatu, non statim petere mitti in bonorum possessionem debitoris etiam latitantis: hoc exigi non potest citra solemnem ordinem: & hæc erant, quæ pertinebant ad hanc *l. si pacto*.

Ad L. XV. Pactum quod dotali *instrumento comprehensum est, ut si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat cum fratre heres patris sui esset, neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre. PP. X. Kalend. Martii, Æmyliano & Basso Coss.*

Ergo in instrumento dotali, quo pater filiæ dotem constituebat præterea adjecit, ut ea filia ex æquo post mortem sibi heres esset cum fratre. Quæritur an tali pacto obligetur pater: dotis datio, & instrumenti dotalis conscriptio est contractus, *l. contractus, ff. de reg. jur. l. exigere, ff. de judic.* & contractus bonæ fidei, *§. fuerat, Instit. de action.* huic contractui est addita pactio ex continenti, ergo obligat patrem, nec licebit plus filio, quam filiæ e bonis largiri: at contra Impp. ajunt ex eo pacto nullam obligationem nasci, & non posse patrem quodammodo seipsum capite minuere: libertatem testandi cuilibet civi Romano concessam amitti capitis deminutione, non pactione nuda: ut nemo libertatem naturalem, id est, potestatem faciendi quodlibet, vel ut Stoici dicunt ἐξουσίαν αὐτοπραγίας, pactionibus amittit, cum Jurisconsultus neget eam libertatem posse deperdere pacto nudo, *l. liberis, ff. de lib. cau.* Ita nec patris ejus libertatis, pars ejus est libertas testandi: nemo ea libertate, pactione nuda se abdicare potest. Est indignum pactionibus non officiis alienam hereditatem promereri, indignum hereditatem obstringi vinculo obligationis, quam conveniebat ex mero dantis arbitrio proficisci: ergo ut ait Imp. ea pactio inutilis est, & quamvis sit adjecta ex continenti, non obligat patrem, ut non liceat plus filio, quam filiæ relinquere testamento: & eadem ratione non valet pactio, vel stipulatio, si stipuler me heredem scribi, vel si extraneus stipuletur se heredem scribi, & si heres non scriberetur, pœnam: hæc stipulatio est inutilis, quia constringit libertatem testandi, & quia officiis non pactionibus sunt promerendæ hereditates, *l. stipulatio hoc modo, ff. de verb. oblig. l. cum proponas, inf. tit. seq.* & similiter non valet pactio si in instrumento dotali inter virum & uxorem convenit ut præter dotem vir succederet in aliis bonis uxoris. Hereditas aut datur extraneo, aut suo: lege aut testamento: extraneo testamento tantum, codicillis non datur: & multo minus pactionibus, *l. hereditas, inf. de pact. conv.* quin etiam hereditas ita datur testamentis, ut tamen sit ambulatoria voluntas dantis usque ad supremum vitæ exitum, *l. 4. ff. de adim. leg.* ceterum cum pactionibus datur hereditas hoc agitur, ut non sit integrum danti mutare voluntatem: denique constringitur ultima voluntas. Ergo dantur hereditates testamento, codicillis non dantur: & vero quæ testamento dantur, nullo vinculo constringuntur: nam testatori liberum est mutare voluntatem testamento, nec sibi legem dicere potest ne mutet testamentum, *l. si quis in pri. ff. de leg. 3.* movetur simili ratione *l. cum duobus, §. idem respondit, ff. pro soc.* quam hic adducit Accurs. quæ est satis difficilis: duo ponit Jurisconsultus in *§. idem respondit*, ponit primum quod erat probabile magis, denique quod minus: nam hoc initio statuit, societatem non posse porrigi ultra mortem, id est, fieri non posse, ut societas non finiatur morte alterius socii, vel unius, si sint plures, nam unius mors solvit societatem plurium, neque fieri potest, ut non fiat pactione, vel conventione ulla: deinde adjicit, inita tecum societate bonorum omnium si convenerit, ut me mortuo ea societas continuaretur cum patruo meo, eam multo minus valere: nam adstringo me necessitate relinquendi bona mea patruo, & præferendi fratri, qui mihi est proximior patruo. Ergo si habeo fratrem & patruum, vel, si habeo tantum patruum, & post societatem habuero fratrem, & convenerit, ut hæc societas continuaretur cum patruo meo, non valebit, & liberum erit relinquere bona fratri, vel extraneo, non patruo: nam pactione non potest quis se abdicare ea libertate testandi: unde dubitari potest, quid sit dicendum si convenerit inter socios initio contrahendæ societatis, ut ea societas continuaretur cum filio, qui est proximior. Finge: intercessit inter me & te societas bonorum omnium, & convenit, ut ea continuaretur cum filio meo; an valet conventio? minime: quia exuit me libertate testandi, dum obstringit me relinquere mea bona filio, non meo arbitrio extraneo aliquid erogare: ergo rata non est pactio: nam & hæc constringit suprema judicia: verum quid fiet si ita ut posui contracta societate convenerit, ut continuaretur cum herede meo, nullo certo herede

rede

rede demonſtrato? & videtur prima ſpecie hæc conventio valere: nam non conſtringit libertatem teſtandi, cum dixerimus infinite non deſignato herede certo. Itaque libertas erit mihi eligendi heredem, ſed hoc etiam ſi initio convenerit, placet pactum non valere, *l. adeo*, *ff. pro ſoc.* non ſuperiori ratione, ſed iſta, quia heres eſt incertus, cum quo agitur, ut continuetur ſocietas, *l. ſciendum*, *ff. de verb. ſignif.* id eſt, neſcitur quis ſit futurus meus heres: nam nec ego ſcio quis ſit meus futurus heres: ergo heres incertus eſt: incertæ perſonæ electio non valet, & in ſocietate multo minus, quia eſt electio certæ perſonæ, *§. ſolvitur*, *Inſtit. de ſociet.* Qui ſocietatem contrahit, certam perſonam ſibi eligit, quia in perſona certa eſt, quod non eſt in omnibus. Itaque ſocietas, quæ confertur in incertam perſonam nulla eſt: verum ut redeamus ad eam pactionem, quæ improbatur, hic admonendi eſtis eam probari maxime *Novell. Leonis Philoſoph.* 19. abrogata nominatim iſta conſtitutione, quam præterea ſcribit nuſquam fuiſſe uſu receptam, & non dubito quin ſint multæ conſtitutiones in Cod. quæ numquam uſu obtinuere: hæc numquam uſu obtinuit, ut ait Leo, confirmatur uſus, & abrogatur hæc conſtitutio a Leone, & hac etiam ratione, quia hæc pactio, ut hæc filia mea cum filio ſuccedat æqualiter, non eſt iniqua: certe non eſt iniqua, quæ exæquat filios in ſucceſſione patris, quos natura exæquabat; & contra iniquum eſt licere patri contemnere æqualitatem, cui ſe obligaverit, iniquum eſt filium fraudare portione legitima, quod hæc conſtitutio permittit, & ut ait Leo ex hac conſtitutione pater *κύριος ἐςὶ τὸ τοιοῦτο σύμφωνον ἀτιμάζειν*, id eſt, *in poteſtate patris eſt hujuſmodi conventiones aſpernere*, & minus filiæ, plus filio relinquere: ergo rectius dicit Leo hujuſmodi pactum juſtum eſſe, quod æqualitatem conſtituit inter filios, quod naturalis ratio conſtituebat: at conſtringit libertatem teſtandi: fateor, ſed tamen hoc tolerari æquius eſt, quam inæquale jus dici filiis, maxime cum quis vivus dixit ſemel jus æquale filiis. Sed in hac tantum ſpecie hoc permittimus, ut poſſit quilibet ſibi conſtringere teſtandi libertatem, non in omnibus, cum ſcilicet dotali inſtrumento placuit patri, ut æqualiter ſuccederet patri cum filio: nam ſuperiora pacta, quæ præmiſimus, non admittemus, nec admittit Leo, quia injuſta ſunt: iniqua eſt ſtipulatio, ut vir cum uxore paciſcatur ut ſuccedat uxori inſtrumento dotali: injuſta dicitur, ſi inter ſocios convenerit, ut ſocietas continuaretur cum filio, vel cum fratre, vel patruo, ita ut neceſſe ſit eis relinquere bona, non de his diſponere, ut voluerit, quia conſtringit hæc omnis conventio libertatem teſtandi, quam conſtringi non eſt æquum, niſi cum major ratio ſuadet: eſt plerumque rationum conflictus, & elidit ratio rationem, ut in hac ſpecie *l. pactum*, hæc eſt ſuperior ratio, quæ vincit inferiorem: ſed in ſtipulationibus nulla eſt talis colliſio rationum: & eodem modo, ſi convenerit inter duos de mutua ſucceſſione, puta ut qui ſupervixerit alteri, alterius ſit heres: ea voluntas mutua eſt inutilis, inutilis eſt conventio, quia conſtringit utriuſque libertatem teſtandi: valet quidem mutua donatio cauſa mortis omnium bonorum: quin etiam ſi duo ſe mutuo heredes ſcribant, valet teſtamentum, etiamſi in eadem charta ſcriptum ſit, quod eſt ex *Novell. Valentiniani de teſtam.* quæ permittit, ut vir & uxor ſe mutuo heredes ſcribant in eadem charta, & hanc ſcripturam non eſſe captatoriam, cum ſunt ſimiles affectus, & obtinuit initio, ut tu & ego mutuo, ex eadem cauſa ſcilicet, nos heredes inſtitueremus, *l. captatoria*, *D. de hered. inſtit.* ergo mutuus affectus poteſt efficere, ut veluti reciproca heredis inſtitutio utriuſque fiat, vel etiam donatio cauſa mortis: ſed liberum eſt pœnitere, & revocare donationem mutuam cauſa mortis: & ut hereditates revocari poſſunt teſtamento: ita donationes cauſa mortis: at cum agitur, ut qui ſupervixerit ſuccedat alteri, nihil agitur: mutua donatio fieri poteſt inter duos:

A ſed mutuum teſtamentum, ſeu mutua obligatio, quæ conſtringat libertatem teſtandi, non poteſt fieri inter duos, & hæc eſt ſententia *l. 4. infr. de inutil. ſtipul.* ita omnino eſt explicanda ea lex, quæ loquitur de mutua ſucceſſione: nam etiam ponitur a Græcis in tit. de mutua ſucceſſione: mutua addita ſtipulatione ait, ex ea nullam obligationem naſci, & licere pœnitere: idem in *l. 19. in princip. hic*, & præterea declarat ea lex hoc tantum obtinere inter paganos, ut non poſſint ſe ad mutuam ſucceſſionem conventione ulla obligare: idem non obtinere inter commilitones: nam eos poſſe inter ſe paciſci de mutua ſucceſſione, nec tamen temere, ne quis circumſcribatur hac in parte: hoc non oportet ſimpliciter accipere, ut poſſint inter ſe paciſci de ſucceſſione, non poſſunt temere, ſed unus eſt tantum caſus, B qui explicatur in *dict. l. 9.* quo conventio habita inter commilitones de mutua ſucceſſione rata eſt, ſi inter ipſos in ipſo procinctu mutuo convenerit, ut qui ſupereſſet, heres alteri eſſet: hoc exigimus, ut in ipſa pugna, aut mortis periculo paciſcantur data fide, ut qui ſuperfuerit alteri ſuccedat: & hoc eſt quod ait *l. 19.* ad diſcrimen prælii pergentes, id eſt, euntes in aciem: nam præterquam quod Fronto & Servius docent, prælium eſſe conflictum ſignorum, manumque collationem & pugnam, bellum autem eſſe etiam ſine prælio, ut cum id indicitur, patratur, eſt bellum, nec prælium, niſi pes pedi conferatur: ita Græci *ἐπὶ παράταξιν ἐξιόντες*, id eſt, ad pugnam prodeuntes. Ergo ſi in ipſo mortis periculo inter ſe paciſcantur, ut qui ſuperfuerit heres ſit, rata eſt pactio, non quaſi pactio, ſed C quaſi ultima voluntas, quod conſentit cum conſtitutionibus Imperatorum, quæ jura ſingularia in teſtamentis militum conſtituerunt, & ſtatuerunt; ut quælibet voluntas militis eſſet pro teſtamento: nam eodem modo *l. milites*, *inf. de teſt. milit.* in ipſo prælio ſi vel in vagina ſcripſerit voluntatem, vel in pulvere gladio, valet teſtamentum, & rata eſt voluntas. Ergo ne dicas in *l. 19.* inter ſe convenientes poſſe conſentire, & valere teſtamentum, ſed in articulo mortis miles poteſt paciſci de mutua ſucceſſione, & eam voluntatem legis vim habere; ejus verba hæc ſunt: *Licet inter privatos*, id eſt, paganos, *hujuſmodi ſcriptum, quo comprehenditur, ut qui ſupervixerit, alterius rebus potiatur, &c.* ſequitur, *quæ ſuper ultimo vitæ ſpiritu*, id eſt, quaſi in ipſo articulo reddendi ultimi ſpiritus, *ad diſcrimen præ-* D *lii pergentes*, id eſt, in ipſo procinctu, *exiſtente conditione*, id eſt, uno mortuo, & altero ſuperſtite, *ad te delatum eſſe*, delatum vero fuit a moriente, non fuit ergo conſtricta ulla libertas teſtandi, quia fuit hæc ultima voluntas, nec ulla potuit amplius eſſe, valet pactio: at quælibet voluntas pagani teſtamentum non eſt: & ſi duo pagani ita convenerint, non erit rata pactio, quia non eſt teſtamentum, eſt codicillus, ſed eis non datur hereditas: ergo non erit rata ea pactio inter paganos: hæc omnia, quæ dixi, ſunt de pacto de ſuccedendo. His eſt affinis quæſtio de non ſuccedendo an valeat, aut non valeat pactum de non ſuccedendo: & hujus quæſtionis definitio hæc eſt, pactum de non ſuccedendo improbari jure civili, ut in eadem ſpecie, ſi cum pater filiam nuptum collocaret, in inſtrumen- E to dotis pepigerit, ut pater decem illi daret, nec ſperaret aliud ex hereditate paterna: hæc pactio reprobatur quaſi injuſta, quæ excludit filiam jure filiæ. *Lex 3. D. de collat.* ait, eam improbari juris auctoritate, id eſt, eſſe contra jus publicum, ut ait *Lex ult. D. de ſu. & legit. hered.* ubi Papiniano proponitur eadem conventio, & concludit privatorum pactiones legum auctoritate non cenſeri, id eſt, privatorum conventiones has, maxime quæ videntur ab officio pietatis recedere, ut filia non ſuccedat patri ab inteſtato, non poſſe legum auctoritati officere: & ſimiliter cum metus eſt, ne filius agat querela inofficioſi teſtamenti ſi exheredetur: finge: in animo eſſe patri exheredare filium, ſi pater cum eo pactus ſit, ne agat querela inoff. teſtam. ut quieſcat ſe-

cundum

cundum patrem, nec appellet, ea conventio rata non eſt, quia ut ait *l. ſi quando*, §. *illud*, *C. de inoffic. teſtam.* & Paulus 4. Sentent. tit. 6. meritis filii ſunt obſtringendi ad obſequia paterna, non pactionibus, ſicut meritis non pactionibus ſunt promerendæ hereditates, id eſt, ſi pater, qui minus relinquit filio, vel nihil, velit ſibi morem geri a filio, in hoc eum adigere debet beneficiis, non pactionibus. Obſequium eſt, ſi exheredatus filius non agat, ſed quieſcat ſecundum patrem, ſicut obſequium eſt, ſi is, qui juſſus eſt reſtituere hereditatem non deducat Falcidiam, & is dicitur plenum præſtare obſequium, *l. qui totam*, *D. ad Trebell.* Plinius 4. epiſtol. *illius eſt liberalitatis*, *ut obſequium vocetur*: eſt, ut dixi, obſequium, ſi filium non agat, ſed ad ejuſmodi obſequium filius debet provocare meritis: & non valet pactio de non ſuccedendo, ſed tamen idem accidit huic generi pactionis, quod ſuperiori: nam ut ſuperior approbata eſt a Leone, ita & poſterior a Pontifice in hoc cum filia profitetur ſe fore contentam, ut nec amplius deſideret quidquam, ſi hoc confirmaverit jurejurando: id enim Pontifex ſtatuit in *cap. quamvis*, *de pact. in 6.* & in Feudis conſtat admitti pactiones de ſuccedendo, & non ſuccedendo.

Leg. XVI. explicavimus in *l. 1.*

Ad L. XVII. Pactum, quod bona fide *interpoſitum docebitur, etſi ſcriptura non exiſtente, tamen, ſi aliis probationibus rei geſtæ veritas comprobari poteſt, Præſes provinciæ ſecundum jus cuſtodiri efficiet. PP. IX. Kal. Jul. hiſdem Coſſ.*

PActum, inquit, *quod bona fide*, &c. ait pacta juſta obſervanda eſſe, quæ non continentur ſcriptura, quia ſcriptura eſt adminiculum: ex ſcriptura pacti ſubſtantiam non conſiſtere: fidei faciendæ non unum eſſe genus: ſcripturam ad fidem tantum rei geſtæ faciendam pertinere, *l. 4. & l. cum res*, *inf. de prob.* quo nihil apertius: at Accurſius ad hæc notat varios caſus, quibus neceſſaria eſt ſcriptura, ſed nullus eorum pertinet ad pacta, ut ait ad extremum: nec verum eſt omnibus eis caſibus neceſſariam eſſe ſcripturam: non eſt neceſſaria in ſpecie *l. generaliter*, *inf. de non num. pecun.* quæ loquitur de chirographo, & ait, fruſtra opponi exceptionem non numeratæ pecuniæ, ſi adſcripta ſit cauſa debiti: ergo fruſtra opponetur exceptio non numeratæ pecuniæ: an hoc tantum in chirographo locum habeat, videamus: eſt enim hoc magni momenti: quia ſi fruſtra opponatur exceptio non numeratæ pecuniæ, debitori incumbit onus probandi in alium quendam modum, & non in eum, quem perhibet cautio, negotium ſequutum fuiſſe, cum tamen alias recte oppoſita exceptione non numeratæ pecuniæ, onus probandi conferatur in creditorem, ut probet ſibi deberi: unde dubitabatur nunquid idem quod in chirographo obtineat in qualibet promiſſione: ſed vera eſt ſententia Joannis exiſtimantis idem valere in qualibet promiſſione, etiamſi promiſſor eam adduxerit palam coram teſtibus ſine ſcripto: nam & hoc caſu agenti ex promiſſione, inutiliter opponetur exceptio non numeratæ pecuniæ: non eſt neceſſaria ſcriptura in ſpecie *l. 1. inf. de jur. emphyt.* nam etſi dicat contractam emphyteuſin ex ſcripto, non ideo prohibet contrahi emphyteuſin ſine ſcripto, & verum eſt ſine ſcripto contractam emphyteuſin non minus valere, quam eam, quæ literis mandata ſit: acceſſio inſtrumenti emphyteutici nihil mutat, *l. ultim. inf. de jur. emphyt.* & ſi ejus, quæ acceſſit amiſſio nihil nocet, nec omiſſio igitur: in *l. cenſus*, *D. de probat.* quam hic affert Accurſius, qua dicitur cenſus, & monumenta publica eſſe potiora teſtibus, nihil, inquam neceſſe, ut exprimantur caſus, quibus ſit neceſſaria ſcriptura, ergo non debuit hos caſus afferre: ſed Accurſius admittit cetera: primum ut non valeat alienatio, vel emphyteuſis rerum eccleſiaſticarum, niſi fiat ex ſcripto, *Novell. 7. §. nos.* Item nec emptio & venditio, quæ nondum ſcripta eſt, ſi initio convenerit ut ſcriberetur, *l. contractus*, *inf. de fid. inſtru.* nam hoc caſu ſcriptura eſt de ſubſtantia emptionis & venditionis: qua de cauſa etſi poſtea convenerit, ne fieret ſcriptura, ineſt hæc pactio & ex parte actoris & rei, & nova videtur quodammodo emptio: novam efficit emptionem & venditionem, & eo caſu vitiatur: quod dicitur emptionem & venditionem nudo conſenſu perfici: nam hoc verum non eſt ſi convenerit ut ſcriptis conficeretur, & ideo recte Tribonianus, ſine ſcriptura emptionem habitam perfici nudo conſenſu, *l. 2. §. 1. D. de contrah. empt.* nam quæ perficiuntur nudo conſenſu, ea non perficiuntur ſcriptura. Eſt & alius caſus, quo ſcriptura deſideratur in *l. 3. C. ſi min. ſe. major. dixer.* ubi quis minor ſe majorem dixit, & probavit judici, cum tamen non eſſet major vigintiquinque annis, quæritur, an in his, quæ poſtea geſſerit, poſſit quaſi minor reſtitui in integrum: qua in re adhibenda eſt diſtinctio: nam primo, ſi major vigintiquinque annis errore lapſus, vel dolo adverſarii circumſcriptus dixerit ſe majorem, proculdubio ei ſubvenietur in omnibus cauſis & negotiis, quæ geſſerit poſtea. Sed non idem dicemus omnino ſi minor vigintiquinque annis de ætate ſua mentitus ſit, & ſe judici ex facie approbaverit eſſe majorem: quod videtur eo modo etiam judici plane imponere: nam ſi dolo malo de ætate ſua mentitus, ex aſpectu corporis judici ſe majorem probaverit, cum non eſſet, eo caſu non dabitur ei reſtitutio in integrum: malitia ejus ſupplet ætatem, erat facilius probatio ætatis ex aſpectu, *l. minor vigintiquinque*, *D. de minor. & l. 1. C. Gregor. ſi major probatus fuerit*, & ex aſpectu neceſſariæ partis, qui mos fuit etiam Athenienſium. Plato in 11. de legib. & Ariſtophanes in Veſpis eo loco παίδων δοκιμαζομένων, &c. ubi Ariſtophanes Grammaticus inquit, τῶν παίδων τὴν ἡλικίαν δοκιμαζόντων, &c. Et ita ſi probaverit ſe majorem, ei ſi quæ poſtea geſſerit, non ſubvenietur. Quod ſi alio modo probavit, pone juraſſe ſe eſſe majorem, adhuc diſtinguendum eſt: aut enim corporaliter juravit, aut in inſtrumento, duo jurisjurandi genera proponuntur, corporale, aut ex ſcripto: & dicitur corporale, cum quis ſublata manu, vel tactis ſacroſanctis Evangeliis juravit ſe majorem. Balſamo vocat σωματικοὺς ὅρκους, ſic & *l. 1. inf. ſi adver. vend.* & qui ita juravit, non poteſt reſtitui in integrum: at qui in inſtrumento, id eſt, ſi comprehenſum eſt inſtrumento eum juraſſe ſe majorem: hoc caſu non dabitur ei in integrum reſtitutio, niſi contrario inſtrumento probaverit ſe minorem: neceſſaria eſt hoc caſu ſcriptura, ut *l. teſtium*, *inf. de teſtib.* Ergo qui inſtrumento dejeravit ſe majorem, non poteſt reſtitui in integrum, niſi contrario inſtrumento ſe eſſe minorem docuerit, *l. 3. inf. ſi min. ſe eſſe majo. dix.* & quod poſuit eſt notiſſimum ex *l. 1. inf. de mand. prin.* in qua cavetur ſi tribuni notarii, ſic illo loco eſt legendum, id eſt, a ſecretis, aut comites conſiſtoriani, vel qui extra ordinem in provincias mittuntur, perferant juſſiones principum ad præſides provinciarum ſine literis, ne fides eis habeatur.

Ad L. XVIII. Si creditores veſtros *ex parte debiti admiſiſſe quemquam veſtrum pro ſua perſona ſolventem probaveritis: aditus rector provinciæ ſua gravitate, ne alter pro altero exigatur, providebit. PP. VII. Id. Jan. Diocletiano 3. & Maximiano AA. Coſſ.*

LEx 18. ſcripta eſt ad Julium & Æmilianum, quod ad rem nonnihil facit, quia fuerunt duo rei debendi: duorum reorum debendi hæc eſt conditio, ut in ſingulis ſit par obligatio, ut ſinguli teneantur ipſo jure in ſolidum, & unius petitione, & ſolutione tota ſolvatur obligatio: denique ut alius pro alio videatur fidejuſſor: qua de cauſa, ſi Titius & mulier accepti ſunt rei, mulieri ſuccurritur Senatuſconſulto Vellejano, quia videtur interceſſiſſe pro correo, *l. vir uxori*, *in fin. ff. ad Senatuſconſult. Vellej.* & ita patet acceptis duobus reis vice mutua fidejuſſiſſe eos videri, & ideo appellatur ἀλληλέγγυον in Nov. περὶ ἀλληλεγγύων, nam cum alius

pro alio convenitur est ἀλληλεγγύησ, sive ut est apud Zonaram in Basilio Porphyrogenneta cum edixit, ut locupletiores tenerentur pro pauperibus tributorum nomine, id appellatur ἀλληλεγγύον, hic sunt duo rei debendi ἀλληλέγγυοι, qui alius pro alio tenetur, quod tamen omne immutavit Justinianus in Nov.89. nam hodie ex hac constitutione si sunt duo rei accepti ab initio, singuli non tenentur in solidum, nisi dictum sit nominatim id agi: & sicut olim cum esset novatio si id ageretur, vel tacito intellectu, voluit non esse novationem Justinianus, nisi id scribatur nominatim, *l.ult. C. de novat.* ita cum duobus reis acceptis ab initio, singuli tenentur in solidum, idque agi tacito intellectu videretur, voluit Justinianus ut quasi ex mutua fidejussione non teneantur, nisi id dictum sit nominatim: quin etiamsi specialiter caverint, ut singuli teneantur in solidum, & omnes sint solvendo & præsentes, ut habeant beneficium divisionis: hoc etiam est novum: nám olim Hadrianus id dederat fidejussoribus tantum: deinde idem beneficium dedit Just. reis constitutæ pecuniæ, *l. ult. inf. de const. pecun.* ad extremum dedit omnibus reis debendi hoc beneficium, Nov. 99. Ponamus igitur sic speciem de duobus reis secundum jus vetus. Duo sunt rei debendi in 20. creditor ab uno accepit 10. ea lege, ea pactione ne quid amplius ab eo peteret: quæritur an ab eodem possit reliqua 10. petere quasi in solidum obligato: & certissimum est, eum posse ipso jure ab eodem reliqua 10. petere, quia posterior conventio, quæ in ejus persona intercessit, statum & naturam obligationis mutare non potest: obligationis natura id non patitur, *l.eandem*, §.*sed si quis*, *D.de duob. reis*: ergo qui accepit ab uno ex reis debendi 10. & pactus est ne quid ab eo amplius peteret, nihilominus poterit ipso jure ab eodem reliqua 10. petere: sed repelletur exceptione pacti, & ita secundum fidem pacti præsens, inquit, non exigetur alter pro altero: posuit in hac specie convenisse inter creditorem & unum ex reis debendi, a quo accipiebat partem, ne quid amplius ab eo peteretur. Nunc exponamus verba: *Si creditores vestros ex parte debiti admisisse quenquam vestrum*; id est, alterutrum ex vobis, idemque pactus sit ne quid amplius ab eo peteretur, & hoc addemus, quia exigit titulus, & quia idem eademve species proponitur in *l. si stipulatus esses*, §. *ult. D. de fidejuss.* Conclusio igitur hæc sit, tutum esse exceptione pacti unum ex reis debendi, a quo partem creditor accepit ea pactione aut lege ne quid amplius ab eo peteretur. Huic definitioni opponitur *lex si ex toto*, §.1. *D. de leg.* 1. Quidam ita test. legavit: Titius heres meus, aut Cajus heres meus illi 10. dato, duo sunt rei debendi: nam duo rei debendi constituuntur etiam in testamento, & constituuntur his verbis: Lucius, aut Titius heredes mei, non etiam his, Lucius, & Titius heredes mei: nam hoc casu singuli debent partes, sed cum dixit Lucius, aut Titius, singuli tenentur in solidum. Ergo sunt duo rei debendi, *l.16. de leg.2.* & ideo male in *l. eandem* legitur, *Titius, & Mævius*, legendum, *Titius, aut Mævius*. Constat duos esse reos debendi cum ita legatur, ille, aut ille dato: igitur, ut ait *lex 25. de leg.3.* ab utro volet legatarius, legatum petet, & si unus dederit, alter liberabitur: quod si legatarius *partem ab uno* acceperit, respondetur, liberum esse ab alterutro reliquum petere: ergo a quo partem acceperit, liberum erit legatario ab eodem reliquam partem exigere, quod tamen hic negatur: utroque loco sunt rei debendi, in *d. l. si ex toto*, §.1. manifestum est fuisse duos debendi: heic etiam fuisse inscriptio docet: & quod ait Accurs. in *l. si ex toto*, §.1. legendum esse non *alterutro*, sed *altero* rejiciendum est: nam utriusque eadem ratio est, & ideo non est mutanda scriptura, quæ rationem habet: nec enim unquam alterutrum dicimus pro altero: fateor alterutrum dici pro utroque in *l. ventre*, *de acqu. hered.* & dicitur utrumque pro alterutro, ut Græcis ἑκάτερος si-

A gnificat utrumque, & alterutrum. Itaque utroque vocabulo alterutro, & utroque utuntur Latini: & ita in *l. ult.* §. *ipsum*, *inf. de bon. quæ lib. ex utraque parte*, id est, ex alterutra. Nunquam tamen alteruter pro altero usurpatur. Sed & illud Accurs. non est admittendum, nec *lex si ex toto* hoc suadet, ut a quo partem legatarius accepit, ab eodem possit reliquam partem petere: sed de legatis idem statuitur quod de ceteris debitis. Sed verissimum est quod ait *lex si ex toto*, eum, qui partem accepit ab uno ex reis debendi, reliquam ab eo petere posse, quia non totum solvit, quod debebat: solidum autem debebat; & potuit creditor ab eo accipere partem non ea mente, ne ab eo reliquum peteret, sed cum fuit mens, vel cum fuit pactum nominatim, sive tacite, ut ne
B quicquam amplius ab eo peteretur, qui solvebat partem, defendet se exceptione pacti, qui solvit partem: sed incumbet ei probatio pacti; & ideo ait hoc loco, *si probaveritis*, si alteruter vestrum probaverit ita convenisse. Summa igitur hæc sit: eum, qui partem accepit a reo debendi, posse ab eodem reliqua exigere, quia potuit accepisse non animo remittendæ reliquæ partis: sed si fuit animus remittendæ reliquæ partis, cujus probatio a debitore exigitur, & pergat nihilominus petere reliquam partem, repelletur exceptione pacti, vel doli, & ita proponitur in *l. si stipulatus esses*, *in fin. D. de fidejuss.* Duo fidejusserunt in 20. singuli tenentur in 20. sed creditor ab uno accepit 5. eo pacto ne quid amplius ab eo peteret: quæritur an reliqua 15. ab eo peti possint. Minime, quia obstat ex-
C ceptio doli, sed poterit reliqua 15. ab alio fidejussore petere: *& nulla*, inquit, *repellitur exceptione*: quod postremum non carebat dubitatione, ut exegerit ab uno 5. & alia 15. exigat ab alio, nec repellatur ulla exceptione: videbatur enim repellendus, quia non potest alteri cedere actionem adversus confidejussores, utilem scilicet & efficacem, quæ perempta est exceptione pacti. Itaque qui accipit 5. ab uno, & reliquum remisit, non potest petere ab altero 15. Opponitur *lex Stichum*, §. *si creditor*, *D. de solut.* Duos habeo reos: unus est reus principalis, alter accessorius, id est, mandator, & uterque tenetur in solidum, cum sint duo rei debendi: unus tamen tenetur mihi ex mandato, qui mandavit, ut crederem Titio: alter tenetur mihi principaliter; egi cum Titio, & culpa mea actio-
D nem amisi, non observatis propositis formulis, ut olim moris erat: deinde ago adversus mandatorem actione mandati: quæritur an recte agam. Minime: quia non possum ei cedere actionem, quam amisi adversus principalem debitorem, unde eadem ratione tentatur in *l. si stipulatus esses*, non posse agere adversus alterum fidejussorem: verum ratio discriminis est aperta, loquitur *l. si stipulatus esses* in duobus fidejussoribus: idem ponatur in duobus mandatoribus: si ab uno partem exegi, puta 5. ab altero recte petam partem reliquam, id est, 15. quia etsi non possim ei cedere actionem adversus fidejussorem, possum tamen ei cedere actionem adversus debitorem principalem: sed aliud est in specie *l. Stichum*, §. *si creditor*, quæ est de reo, de debitore principali, & mandatore: nam
E si non possim mandatori cedere actionem adversus debitorem, adversus quem cedam? itaque jure repellor ab actione mandati. Postremum erat, ad hanc l. Accurs. male adducere *legem liberum*, *& l. reos*, *& l. ult. inf. de fidejuss.* quasi pertineant ad istam quæstionem, cum nullo modo pertineant, & committitur non male *l. liberum*: nam ait eum, qui habet plures fidejussores, si unum ex omnibus elegerit, non posse dimisso judicio ab alio reliquum petere, quod videtur pugnare cum *l. reos*, *& l. ult.* qua dicitur eo non satisfaciente, licere transire ad alterum, & cum eo experiri in solidum, & hæc est sententia *l. reos*, *& l. ult.* at omnibus conventis fidejussoribus, vel reis, vel simul divisis actionibus, & partibus, ne lis defe-

ratur,

ratur, non licet illo judicio unum ex illis eligere & convenire in ſolidum: & hæc eſt ſententia *l.liberum*: ſed ea quæſtio nihil commune habet cum iſta quæſtione: nam quæſtio principalis eſt de duobus reis debendi, quorum uni creditor remiſit debitum contentus parte ſoluta, quæ res facit totam dubitationem, & ideo ait præſidem provinciæ providere.

Legem XIX. expoſui nudius tertius.

Ad L.XX. Traditionibus, & uſucapionibus *dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. PP. Kal. Jan. ipſis 5. & 4. A.A. CC. Coſſ.*

EX hoc verſu conſtat, qui complectitur multa, parvo pondere multa vehi: *Traditionibus*, inquit, *& uſucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*: traditionibus ſcilicet jure naturali, uſucapionibus jure civili: traditionibus ſi res tradita ſit a domino ex juſta cauſa acquirendi dominii: nam ſi qui tradit non eſt dominus, non poteſt dominium, quod non habet, transferre, & nulla traditio, cui non adeſt juſta cauſa, dominium transferre poteſt. Ita traditionibus dominia transferuntur, ſi tradat dominus ex juſta cauſa acquirendi dominii: uſucapionibus, ſi tradat non dominus ex juſta etiam cauſa acquirendi dominii: nam ſi non dominus tradat ex non juſta cauſa, uſucapio non procedet: præterea traditionis auctoritas eſt voluntas ejus, qui poſſeſſionem in alium transfert: uſucapionis auctoritas eſt tempus legitimum: traditio manat ab eo, qui rem ſuam tradit alteri: uſucapio eſt a lege, ut ait Marcus Tul. *uſucapio*, inquit, *non a privato relinquitur, ſed a legibus*: & ideo falſum eſt, quod vulgo dicitur, non dominum tradentem transferre uſucapiendi conditionem, quia uſucapio a lege proficiſcitur, non ab homine: id male colligitur ex *l. 1. inf. de acq. poſſ.* quod dicat, per liberam perſonam poſſeſſionem acquiri, & deinde uſucapionem inchoari: nec enim ait, per liberam perſonam transferri dominium, ſed poſſeſſionem tum uſucapionem rei inchoari, deinde inchoatur ipſo jure, non per liberam perſonam, apud quam inchoatur: itaque dicendum non eſſe tradentem, qui præbet cauſam uſucapionis, ſed occaſionem, *l. qui alienam, D. de donat. cau. mor.* occaſio non eſt cauſa, ſed circumſtat cauſam, & quod Græcis *σύμπτωμα*: ergo qui tradit rem alienam, occaſio eſt, non cauſa uſucapionis: nec dixeris venditorem transferre cauſam uſucapionis in emptorem: ex his intelligemus, quid diſtet uſucapio a traditione, quod magis apparebit ex definitionibus: quid eſt uſucapio? aut quæris definitionem juris veteris, aut novi: juris veteris hæc eſt, uſucapio eſt adeptio dominii per continuationem poſſeſſionis anni, vel biennii: hoc eſt clarum: per continuationem poſſeſſionis, hic eſt effectus, ut adipiſcamur dominium per continuam poſſeſſionem, hoc eſt neceſſarium in uſucapione, ne interrumpatur. Itaque his verbis excluditur uſurpatio, quæ interrumpit poſſeſſionem anni, vel biennii, anni rerum mobilium, biennii rerum immobilium: Juris novi hæc eſt definitio, uſucapio eſt adeptio dominii rerum mobilium & rerum immobilium: rerum mobilium triennii, rerum immobilium decennii inter præſentes, vicennii inter abſentes: quod eſt expreſſum Theophilo §. *per traditionem, Inſtit. de rer. diviſ.* Traditio autem eſt, quæ fit de manu in manum. Illa verba de manu in manum ſunt ambigua: his enim verbis ſignificatur, *ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις*, cum una manu do, & accipio altera, ut in emptione & venditione, hoc fit de manu in manum, ut in 8. Eth. *ἀγορὰ ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα*, quibus verbis ſignificatur negotium, ut viciſſim detur & accipiatur, & ut ait Ariſtotelis diſcipulus, *ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα συναλλάξαι*: ſed in ea definitione traditionis de manu in manum, traditionem ſignificari, quæ fit ex parte una tantum, cum ego de manu mea rem in tuam transfero, vel cum tu pretium in me transfers. Equidem hæc definitio, non bene explicat vim traditionis: nam fieri poteſt, ut ego rem meam, vel aliam de manu mea in tuam transferam, & mox eandem retineam: quod certe non erit traditio, etiamſi verum ſit me de manu mea in tuam tranſtuliſſe rem, quam mox eandem retraxi, vel eam accepit aliquis: ut finge: rem meam poſſidet Titius, vendidi eam tibi, vis eam tibi tradi, non eſt in poteſtate mea ut tradam, quia eam poſſidet Titius, qui eam mihi non vult reddere, & contendit eam mihi non reddi debere, ut controverſiam dominii faciat: quid fiet? conſilium dat Odofredus, ut tu & ego obſervemus tempus, quo egreditur ad aquandum equum, & ego apprehenſis habenis eum tradam in manum tuam, & tunc ſtatim ſic fieri, ut videar equum tibi tradidiſſe, quod eſt ineptum; quia traditio eſt poſſeſſionis translatio, & ita nihil traditum eſt: non eſt translata poſſeſſio, quia penes alium manet poſſeſſio, ita nec dominium: itaque nihil traditum: ergo fieri poteſt, ut tibi tradam rem de manu in manum, nec tamen fiet ſtatim traditio vera & legitima. Traditio ergo eſt datio poſſeſſionis, ut in ea ſpecie: ſi vendidi tibi equum, quem poſſidet Titius, curare debeo mihi reddi equum, ut impleam fidem conventionis, & te equi dominum faciam: traditio eſt datio poſſeſſionis, *l. 3. §. 1. D. de act. emp.* non eſt datio proprietatis, *l. ſi rem tradi, D. de verb. oblig.* quia rem tradi ſtipulor, non ſtipulor proprietatem dari, ſed tradi, ubi eſt elegans *πλοκὴ*, ſi rem tradi ſtipulor, ſtipulor tantum tradi, non meum fieri, quo ſignificatur id agi, ut detur tantum poſſeſſio, non proprietas: addendum ad hæc eſt ſpecies *l. ſi fundum, D. de fun. dot.* quæ hic afferri ſolet: maritum, cui non eſt data poſſeſſio fundi ab uxore, ſed inſtrumento dotali conſcriptum eſt fundum dotalem fieri, quem non poſſidebat uxor, ſed Titius, non eſſe poſſeſſorem fundi: ſpecies hæc eſt: fundum poſſidebat Titius, uxor inſtrumento dotali cavit eum fundum mihi reddi, non dedit poſſeſſionem ejus fundi, quia erat penes Titium: ergo me poſſeſſorem non fecit, quia non tradidit fundum: conſcripſit tamen inſtrumento dotali: ergo ego non ſum poſſeſſor nec dominus adhuc ejus fundi: atqui eum poſſum vindicare a Titio, & ſi non vindicem, tunc mihi res peribit, non uxori. Ergo ſum dominus ſi vindicare poſſum: vitioſa eſt collectio: vindicat emphyteuticarius, ſuperficiarius, feudatarius, nec ſunt domini, vindicat bonæ fidei poſſeſſor Publiciana actione, nec eſt dominus: ſic fundum, quem doti deſtinavit uxor mihi, ſi poſſideatur ab extraneo, vindicare poſſum, juſſu, mandato, voluntate uxoris, licet nondum ſim dominus: nam cujuslibet rem licet mihi vindicare domino ferente, volente, mandante: & ita ſtatuendum eſt, maritum, licet habeat vindicationem, nec dominum, nec poſſeſſorem fuiſſe: nam non fuit data poſſeſſio, & conſequenter poſſeſſor non fuit, nec dominus: nam dominium acquiritur per traditionem poſſeſſionis, non ipſo jure: ad ſummam ſi quis quærat, quid ſit traditio, ne dixeris, eſſe dationem de manu in manum. Nam ita periculoſam definitionem feceris, & rectius feceris, ſi ita dixeris: traditio eſt datio poſſeſſionis. Jam intelligimus quid ſit, quod hic traditur, traditionibus dominia rerum acquiri: adjicit, non transferri nudis pactis: ut liber homo non fit ſervus, ita dominium non transfertur in alium pacto nudo, *l. liberos, D. de lib. cau.* & quod placuit dari pro ſuffragio, *l. 1. infra de ſuff.* non temere ad novum dominium tranſire nudis pactis: ergo nudam conventionem rem non transferre. Certi modi ſunt acquirendi dominii, in quibus non eſt pactio nuda, ergo non ſufficit pactio nuda, & hæc l. eſt conjungenda cum *l. 5. ſup. de jur. & fact. ignor.* utriuſque eadem inſcriptio, & ibi tradit ſpeciem, quæ eſt ſimilis noſtræ. Ego heres ſum patris mei, & poſſideo in hereditate paterna fundum: hunc fundum interrogatus in jure fateor eſſe maternum errans, cum putem eſſe maternum: ait hunc errorem mihi non nocere, quod eſt certum, nec eſt ſeparandus error juris ab errore facti: quia in damnis amittendæ rei ſuæ non eſt differentia inter errorem facti & juris;

quia ubi error juris non nocet, nec facti. Sed in lucris est differentia, quia error juris non prodest: itaque si per errorem confitearis fundum maternum esse, hic error nihil nocet, nec mirum si tibi non noceat, cum (& hoc adjiciendum ex hac l.) si filius sciens prudensque fateatur fundum maternum, non ideo transferetur dominium in matrem, quia transfertur traditionibus, & usucapionibus, non confessionibus, & filius si velit fundi matrem dominam facere, debet fundum tradere, sola confessio dominam matrem non facit. Ergo traditionibus, & usucapionibus non nudis pactis dominia transferuntur: ait traditionibus, & usucapionibus: quæritur an non aliis modis? sane multis aliis: sed ut in edicto de Publiciana actione Prætor fecit mentionem tantum usucapionis, & traditionis, licet multæ sint species in jure, quibus dominia transferuntur, *l. 1. §. ult. de Publ. in rem act.* ita hic fecit mentionem traditionis, & usucapionis, quibus dominia transferuntur, quia sunt usitatiores formæ: at non ideo existimandum est, nullas alias restare species, quibus dominia transferantur: primum enim præter traditionem jure naturali dominium acquiritur alluvione, venatione, piscatione, & aliis modis apprehendendæ possessionis, de quibus agitur in *tit. de rer. divis. Instit.* & jure civili legato, ipso jure, hereditate, sive aditione hereditatis, ipso jure, *l. si ager, D. de rei vind.* donatione causa mortis, exemplo legatorum, *l. 2. D. de Publ. in rem act.* ergo, quod est notandum, statim ipso jure etiam sine traditione acquiritur. Itemque arrogatione dominium acquiritur bonorum arrogati: nam arrogatorem sequuntur bona arrogati, & adjudicatione in judiciis duplicibus tantum, in aliis judex dominum non facit: nam nec prætor: item cessione in jure, ac mancipatione, quæ dicitur nexus, & datio nexi, & traditio nexi: nexus tamen latius patet: nam complectitur obligationem nexi, & liberationem nexi, quod est ex jure veteri. Caduca acquiruntur fisco sine possessione, & ereptitia, id est, quæ indignis eripiuntur, ut Ulpian. docet in Fragm. tit. 19. ergo falsum est, quod dicitur, dominium non acquiri sine possessione: nam rerum earum, quas exposui, dominium acquiritur sine possessione ipso jure, sed in legato, hereditate, donatione causa mortis, caduco, cessione in jure, & mancipatione, factum aliquod intervenit, & traditio quædam civilis: veram traditionem jus naturale induxit, nexum & cessionem in jure jus civile: præscriptione dominium non acquiritur, sed exceptio tantum: nec etiam dominium ipso jure acquiritur in specie *l. ult. sup. de Sacros. Eccles.* ut ait Accurs. male: nam Ecclesiis & ceteris locis sacris dat Imp. hoc privilegium, ut rem, quam emerint, nec acceperint, possint vindicare, ac sunt quædam vindicationes fictitiæ, quibus finguntur esse domini, nec sunt tamen. Male etiam ex *l. 1. inf. de donat. quæ sub modo, male ex tit. de in diem add. & de lege commissoria*, colligitur, pactis dominium acquiri: nam illis locis dominium non dicitur acquiri, sed nunquam recessisse a priori domino, ut cum vendidi tibi rem, & tradidi ea lege, ut si mihi liberi sint, res esset inempta, non acquiritur dominium vi pactionis, sed dominium a me nunquam recessit: quia traditio fuit conditionalis. Itaque semper verum est, nuda voluntate, & pactione dominium non transferri, imo nec possessio, nec obligatio: omne quod acquiritur, vel est dominium, vel possessio, vel obligatio: dominium est rei proprietas, possessio est usus rei: nec dominium acquiritur pacto nudo, aut voluntate, quia corporali apprehensione opus est: nec etiam potest possessio acquiri, sine usu rei, & apprehensione rei corporali: neque id colligitur ex *l. si quis rem, de acq. possess.* nam loquitur de amittendo: est differentia: quod non amittam animo solo dominium, animo amitto possessionem: sed in acquirendo non est differentia inter dominium, & possessionem, ut dominium non acquiritur sine possessione: ita possessio sine prehensione non acquiritur, & hæc tria non acquiruntur nudo pacto. At ambigitur tantum de dote, quia ex causa traditionis fit dominus is, cui res sit tradita, dominium enim non transfertur sine traditione possessionis, *l. dotali, §. dotale, de fun. dot. l. de divisione, solut. matrim.* Sed quæritur an solus sit maritus dominus, qui dotem accepit, an & domina mulier: qua in re pugnat *§. per traditionem, Instit. de rer. divis.* cum *l. quamvis, D. de jur. dot. & l. in rebus, C. eod. §. per traditionem* ait, dominium acquiri jure naturali. Lex ait, maritum jure civili esse dominum, uxorem jure naturali. Breviter dicendum, in *§. per traditionem* inspici initium dotis constituendæ: quo inspecto maritus est dominus jure naturali, inspecto exitu rei, quia interim omne emolumentum redit ad uxorem, pro qua onera matrimonii sustinet maritus, & quodammodo in dominio uxoris esse videtur, maxime cum soluto matrimonio dos omnis recurrat ad uxorem jure naturali quæ est domina dotis: & ita nanciscitur dominium jure civili, uxor jure naturali, ex eodem *§. per traditionem* oritur alia dubitatio de donatione: nam dicit, eum, cui res tradita est ex causa donationis esse dominum jure naturali: at mox Justinianus ponit donationem inter civiles acquirendi modos: nam in *tit. de rer. divis.* tractat de naturalibus modis acquirendi dominii, in *tit. de usucap.* de civilibus: res est expendenda ex jure antiquo: nam hodie donatio comparatur venditioni: acquiritur dominium ex causa donationis jure naturali tantum, ut venditione: at veteri jure longe aliud erat: nam non erat idem donatio, & venditio. Venditio perficiebatur solo consensu, donatio non perficiebatur solo consensu, sed datione ipsa: donatio est rei datio, venditio non est rei datio, sed consensus nudus: præterea donatio aliter fiebat in Italia, aliter in provinciis: in Italia per mancipationem, in provinciis per traditionem: donatio, quæ fit per mancipationem est civilis acquisitio, donatio per traditionem est naturalis modus: & ita igitur si quæras de donatione secundum jus vetus, an ea dominium acquiratur jure civili, an naturali: dicendum est, aut donationem fieri per traditionem nexu, & hæc erat civilis acquisitio: aut fiebat per traditionem naturalem, & erat naturalis acquisitio.

Ad L. XXI. Cum proponas, inter vos *sine scripturæ placuisse fratrum tuorum successiones æquis ex partibus dividi, & transactionis causa probari possit hanc intercessisse conventionem: exceptione te tueri potes, si possides. Quod si adversarius tuus teneat: ex hoc placito nullam actionem natam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere: nec adversario tuo transactione uti concedendum est, nisi ea quæ placita sunt, adimplere paratus sit. PP. Kal. Maii. Fausto 2. & Gallo Coss.*

Species hæc est: cum lis esset inter te & Titium de bonis fratris tui, Titio herede scripto, te agente querela falsi testamenti, convenit inter vos transactionis causa, ut bona inter vos ex æquo dividerentur, & ita a lite discederetur: & convenit sine scriptura, ut recte proponitur: nam ex scriptura pacti substantia non consistit, *l. 17. hic, l. 5. tit. seq.* Et satis est, si alia ratione eam, qua nititur pactionem judici approbare possit: non est una ratio probandi scriptura, sed sunt aliæ, ut testes & confessiones, quarum unam si elegerit, eamque in judicio judici probaverit, rata est pactio etiam sine scriptura: supervacanea est scriptura: nam & acta sunt supervacanea, *l. sive apud acta, tit. seq.* nam quæ & acta succedunt pacto, sunt supervacanea, & sine actis & instrumentis rata est pactio. Ergo ut hic proponitur, cum inter te & Titium esset lis de bonis fraternis, & Titius diceret se esse heredem ex testamento, tu diceres falsum esse testamentum, ita de lite decidistis inter vos sine scriptura, ut ex æquo dividerentur inter vos bona fra-

fraterna, de quibus agebatur: ex ea conventione tu si possides bona fratris, vel partem bonorum, de qua convenit inter te & Titium, potes te defendere exceptione pacti conventi adversus Titium, si forte Titius vindicet ea bona: at si tu nihil possides, Titius totum possidet, agere ex ea conventione non potes. Ex pacto ergo facto transactionis causa, datur exceptio, non actio: & hæc est sententia hujus l. ergo, ut videtur, rectius fuisset posita sub tit. de transact. sed excusari potest hac ratione, quod per totum hunc titulum vulgata sit illa regula, ex pacto actionem non nasci: nihil refert qua ex causa pactum intervenerit: nam & si transactionis causa intervenerit, ex eo dabitur tantum exceptio, non actio. Ergo in hac specie, si tu non possides bona fratris, ex ea pactione nulla tibi superest actio. *Si*, inquit, *tibi stipulatione non prospexisti:* nam si pacto subjecisset stipulationem, ex stipulatu esset actio: ex pacto, licet interpositum sit transactionis causa, non est actio: non est credendum Accurs. qui annotavit *stipulatione Aquiliana:* quod est stultum: Aquiliana stipulatio novat priorem obligationem: stipulatio quæ subjicitur pacto non novat, *l. 7. de obligat.* stipulatio confirmat obligationem pacti, non novat, novare infirmare est, non confirmare. Igitur si pacto addita sit stipulatio confirmandi pacti causa, erit ex stipulatu actio, ex pacto non erit: nam eo casu id tantum agitur, ut stipulatio tantum valeat, quæ subjecta est pacto, & magis pacto impletur substantia stipulationis: subjicit in extremo legis, etiamsi non possideas bona fraterna, & non habeas actionem ex pacto adversus Titium possidentem bona fraterna: si tamen Titius transactione uti velit, id est, si tibi instituenti querelam injusti testamenti opponat transactionis exceptionem, repelletur replicatione doli, quod non sit æquum eum excipere, qui pro sua parte fidem transactionis non implevit. Ergo sicut in *l. nuda, inf. de contr. stipul.* qui pepigit, & ni pacto staret, stipulanti promisit pœnam, aut pati debet ex pacto actionem, licet jure non sit ex pacto actio: aut, inquam, pati debet male agentem, ac si bene ageret, aut inferre pœnam. Ita etiam Titius pati debet te agentem, & rursus instituentem querelam testamenti falsi, nec poterit se defendere utiliter transactione: nam qui transactioni non paret, uti ea non potest: qui fidem non præstat, eam exigere non potest, *l. sive apud acta, tit. seq.* ergo non satisfaciente Titio transactioni, qua convenerat inter vos, ut discedatur a querela falsi testamenti, jure instaurabis adversus Titium querelam falsi testamenti: & hæc est integra sententia legis. Nec obstat huic posteriori parti *l. cum mota, & l. si pro fundo, tit. seq.* quibus definitur, lite transactionem finitam instaurari non posse: dicendum est litem hic non fuisse finitam, sed pendere, ut ibi nominatim scriptum est: in *l. sive apud acta* convenit inter te & Titium, ut bona fraterna inter vos dividerentur ex æquo, de quibus erat inter vos lis, sed lis propterea nondum finita est, superest adhuc, & pendet transactionis fides: quid enim si utrique, vel alterutri displiceat? non dicetur finiri lis transactione: lis transactione finita intelligitur si est impleta fides transactionis ex utraque parte: & ita loquitur *l. si pro fundo, tit. seq.* Quæ ita est finita, non potest instaurari, impleta ex una parte tantum nondum est finita: ideo si tu renuntiaveris liti, si litem dereliqueris, non ideo finita est lis: omittere litem non est finire litem. Et certe tantum abest ut in hac specie, & in specie *l. sive apud acta* ex utraque parte impleta sit fides transactionis, ut non sit verum pacto renuntiari liti: nam etsi tu pepigeris cum Titio, ut accepta bonorum parte fratris a lite discederes, liti non renuntiasti: alioqui si liti renuntiasses, jam non esset pactio nuda re interveniente: si res est, pactio non est nuda, sed negotium & contractus: & esset eo casu actio petitioque partis bonorum: sed quia liti non renunciasti, ideo Titius in suis finibus placiti stat: & ideo ex ea conventione non est tibi actio: & ita in altera *l. cum mota* dicitur, litem esse finitam, & instaurari non posse, etiamsi fides transactionis non sit impleta ex utraque parte: hoc enim ita colligitur ex ea l. id vero procedit tantum in querela inofficiosi testamenti, de qua ibi agitur. Species hæc est: adversus te heredem institutum egi querela inofficiosi testamenti, & convenit inter nos, ut tu mihi dares centum, & discederem a lite: & desinerem agere de inofficioso testamento: tum primum implevi fidem transactionis, & discessi a lite: ex eo negotio, inquit, est actio præscrip. verb. quia res ita gesta fuit ab initio, dabo ut facias, & licet ego prior cœperim a lite discedere, tamen non vitiatur forma contractus, quæ fuit dabo ut facias: alioqui non esset actio præscrip. verb. si res ita gesta facio ut des: nam daretur actio de dolo, non præscr. verb. quia ergo initio ita res gesta fuit, ut dares centum, & ego a lite discederem, pactum est dabo ut facias: Sed tamen cum postea ego implevi fidem, id est, cum discedo a lite, negotium est, ex quo est actio præscr. verb. Si postquam discessi, nolis mihi dare centum, agere præscr. verb. possum. Convenit in jud. inoff. testam. inter litigatores, ut darentur actori centum, & discederet a lite, ac mox decessit: ex hoc quasi negotio & contractu dabitur actio præscr. verb. quia qui discessit compellet adversarium præstare centum: ceterum, ut ait *lex cum mota*, non poterit litem semel omissam instaurare ob perfidiam vel contumaciam adversarii, qui non præstat centum quæ promisit. Finitur ergo lis cum vel unus pro sua parte implevit transactionem morante altero: hoc est spectandum in querela inoffic. testam. quia hæc quærela imitatur actionem injuriarum: ulciscitur enim injuriarum per notam exheredationis illatam exheredatis. Unde Jurisconsultus in *l. Papinianus, in princ. de inoffic. testam.* ait, patrem filio exheredato non posse filii nomine agere querela inoff. testam. invito filio: quia filii injuria est, non patris, ut in *l. filius, eod. tit.* quia filii indignatio est: in utroque est indignatio: in eo, qui exheredat, & in eo, qui est exheredatus, & testatoris indignatio extorsit exheredationem: indignatio exheredati extorsit querelam inoff. testam. quia dementiæ arguitur testator: qua de causa cum judicabant olim pro exheredato, ita pronunciabant, *videri patrem non habuisse justas causas irascendi filio*. Plinius 4. epist. vel contra exheredatum ita pronunciabant, *videri patrem justam habuisse causam irascendi filio, justam indignationem patris esse:* ergo querela inoff. testam. quodammodo injuriæ persecutio est, famosa exheredationis persecutio & ultio: denique imitatur actionem injuriarum: actio autem injuriarum tollitur renunciatione qualibet, & pactione, & dissimulatione: nulla est actio in jure, quæ facilius tollatur, quam actio injuriarum, *§. ult. Instit. de injur.* id est, si quis injuriam ad animum non revocavit. Sic & qualibet renunciatione & pactione querela inoff. testam. aboletur, *l. nam etsi, l. Papinianus, §. si quis post rem, D. de inoffic. testam.* & abolita semel non potest instaurari: aliæ actiones pactionibus non abolentur, ut pactum non parit, ita non abolet actionem, nisi injuriarum ex 12. tab. quæ voluerunt uti hæc actio perimeretur pactione: ergo aliæ actiones non perimuntur pactione. Non perimitur pactione si fuerit renunciatum falso testam. sive non perimitur querela falsi testam. Ergo in hac specie licet tibi instaurare querelam falsi testamenti, etiamsi eam omiseris transactioni non satisfaciente adversario: Nam & contra si adversarius, puta Titius, tibi dedit partem bonorum fratris, ut lis omittatur, Titio dabitur condictio indebiti, vel condictio ob rem datam, *l. 1. D. de cond. cau. dat. l. eleganter, §. 1. & pen. de condict. indeb.* ut res sit æquabilis vicissim te litem omittente, si nolit Titius dare quod promisit, integrum erit tibi litem instaurare, quæ non fuit pacto perempta. Licebit etiam tibi agere actione præscrip. verb. si cœperis a lite discedere, nec adversarius impleat transactionem, quia negotium hoc est, non pactio, *d. l. cum mota:* sed cum neque omnimodo a lite discessisti, nec adversarius dedit partem bonorum, id est, cum neutra ex parte im-

impletur fides conventionis, neutra ex parte eſt actio ex A tranſactione.

Ad L.XXII. Pactum curatoris *recipere minorem quantitatem paciſcentis, adultæ ætatis ſuffragium ne noceat, efficiet: tutores enim & curatores exigentes pupillis & adultis debitam, non etiam remittentes præſtant obligationis liberationem. PP. XVIII. Kal. Decemb. Sirmii, ipſis 7. & 6. AA. Conſſ.*

LEx 22. loquitur de pacto tutoris & curatoris, an noceat pupillo vel adulto, ponitur pactum tutoris & curatoris remittentis partem pecuniæ debitæ pupillo vel adoleſcenti pactione habita cum tutore pupilli vel ado- B leſcentis. Lex ait, pactum tutoris non nocere pupillo, id eſt, non parere exceptionem: tutores & curatores exigere poſſunt pecuniam a debitoribus, ut ipſo jure liberentur, paciſci non poſſunt cum debitoribus, ut per exceptionem liberentur. Nam hæc pactio donatio eſt, & tutores donare & perdere rem pupillorum non poſſunt: licet habeant liberam omnium bonorum adminiſtrationem; & ut vulgo dicitur, tutor vicem domini obtinet cum rem adminiſtrat, non cum pupillum ſpoliat, id eſt, cum diminuit bona pupilli, tunc non eſt vice domini, cum rem bene gerit, tunc eſt vice domini, quia habet pleniſſimam & ampliſſimam adminiſtrationem rerum pupillarium, habet vim & poteſtatem in caput liberum. Itaque pupillo quaſi loco domini eſt: nam quid eſt tutela? Eſt vis & poteſtas in caput liberum. Itaque tu- C tor quaſi dominus eſt, ſed non cum ſpoliat: itaque poteſt tutor exigere debitum pupillo, poteſt ſolvere quod debet pupillus, poteſt novare, jusjurandum deferre omnibus probationibus aliis deficientibus, *l. tutor, D. de jurejur.* poteſt rem pupilli obligare, poteſt pignori dare, & alienare ſi exigant bona pupilli, poteſt etiam paciſci, & tranſigere decidendi cauſa, *l. pupilli 96. §. ult. D. de ſolut. & liber. l. interdum, §. qui tutelam, D. de furt.* rata eſt pactio ſi tutor tranſigat cum fure, qui ſubripuit rem pupilli, ſi ita tranſigat ut fur reddat rem pupilli ſubreptam, non duplum, rata eſt tranſactio: Sed ita ſi tranſigat ut remittat illi actionem furti, & rem furto ablatam, inanis eſt tranſactio, quia jura pupilli diminuit: poſſet forte tutor efficere, ut non acquirat pupillus actionem, ſed non ut acquiſitam a- D mittat, *l. ſed ſi unus, §. 1. D. de injur.* eſt actio injuriarum, ſi quis de ſervo alieno quæſtionem habeat: injuriam mihi facis, ſi ſervum meum torqueas: ideo eſt mihi actio injuriarum: ſi ſervum pupilli fuſtibus ferias, eſt pupillo actio injuriarum, niſi feciſti voluntate tutoris: Itaque efficiet voluntas tutoris ne pupillus habeat actionem, ſed quam nactus eſt pupillus, non efficit ut eam amittat. Sed ſi remiſit, non nocet pupillo, & licet poſſit tranſigere decidendi, non tamen diminuendi cauſa, *l. Lucius, §. ult. D. de admin. tutor.* eadem ratio eſt ſervi & filiifamilias: Nam ii, licet habeant liberam adminiſtrationem peculii, non tamen poſſunt rem perdere & diminuere, *l. filius, hic,* hoc obtinet & in filiofam. ut fuit expoſitum in *l. 3. ſup.* Ubi docuit, pactum tutoris non nocere pupillo, ſubiicit pactum E filiifamilias factum diminuendi animo non nocere patri. Idem obtinet in ſervo, in filiofamilias, licet habeant adminiſtrationem bonorum, & in procuratore omnium bonorum procedit: Nam is, cui eſt mandata actio vel defenſio, nec poteſt tranſigere, nec jusjurandum deferre, nec paciſci, *l. 17. 18. & 19. D. de jurejur.* ſed procurator, qui habet generale mandatum, tranſigere quidem poteſt decidendi cauſa, & ſolvere, & alienare, & pignerare, & aliud pro alio petere, ſed non donare, tranſigere diminuendi cauſa: nam & adminiſtrator rerum civitatis non poteſt paciſci diminuendi cauſa: unde arguitur ſubeſſe mendum in *l. mandato, D. de procur.* dum ait procuratorem, qui ha- A bet generale mandatum, non poſſe tranſigere decidendi cauſa: hoc eſt falſum: poteſt ut hic expoſui. Itaque legendum, *diminuendi* cauſa, ut *l. Lucius, §. ult. D. de admin. tutor.* ita eſt ſcriptum in tutore, cui ſimilis eſt procurator, non poſſe decidere diminuendi cauſa.

Ad L. XXIV. *Si actionem legati, vel fideicommiſſi, quam adverſus heredes mariti quondam tui habuiſti, te adfectione heredum aliis remiſiſſe probetur, exceptionem pacti contra debitores, inſtituendi actiones nocere tibi minime poſſe intelligis. PP. XVII. Kal. Janua. Sirmii CC. 3. Conſſ.*

FInge: legavit maritus uxori aliquid ab heredibus ſuis Primo & Secundo: heredes mariti Primus & B Secundus illa putabat eſſe Cajum & Titium: actionem igitur legati uxor, quam habebat remiſit Cajo & Sejo, & ita eis, quos putabat eſſe heredes remiſit non veris heredibus. Quæritur an ea remiſſio proſit veris heredibus: quod videtur prima ſpecie dicendum: nam eam actionem remiſit affectione heredum, quia putabat eos heredes, neque videtur ea affectio perneganda. In veris heredibus aliud dicendum eſt: quia pactum cum alio factum, aliis non prodeſt, *l. ſi tibi, §. cum poſſeſſor, D. de pact. l. Imperatores, §. ult. de tranſact.* Qui erat in poſſeſſione alienæ hereditatis pactus eſt forte cum creditoribus vel debitoribus hereditariis: hoc pactum lex ait non prodeſſe legitimo heredi, vero heredi: non nocere etiam ſi poſtea deceſſerit a poſſeſſione hereditatis: & ita *l. 24. hujus tit.* Sed obſtat *l. ſi poſt, D. de conſtit. pecun.* pactum C factum cum falſo herede, vel putativo, ut ait Accurſ. de non petendo legato, non prodeſt vero heredi: ita pactio cum poſſeſſore alienæ hereditatis non prodeſt ei, qui poſtea eam evicerit. At *l. ſi poſt* ait, ſi poſſeſſori alienæ hereditatis conſtituerit debitor ſe ſoluturum prodeſſe, conſtitutum vero heredi, qui poſtea hereditatem evicit: cur ita? Conſtitutum eſt acceſſio, non novatio, nec ſignificat ſortis obligationem: hoc eſt certum. Eſt enim conſtitutum ſeu ἀντιφώνησις acceſſio, non novatio, prioris obligationis. Nunc finge: debitor hereditarius poſſeſſori hereditatis, quem putabat verum heredem eſſe, conſtituit ſe ſoluturum ad diem certum: evicta eſt poſſeſſori hereditas a vero herede, quæritur an vero heredi competat actio conſtitutæ pecuniæ: & competere reſpondetur: differentia inter pactum & conſtitutum hæc D eſt: pactum fit per ſe, ita pactum factum cum falſo herede, vero non prodeſt: ſed conſtitutum, quia eſt acceſſio, factum in perſonam falſi heredis prodeſt vero heredi, quia cum verus heres evicit hereditatem, in eum transferuntur omnes obligationes, nec dubitatur competere ipſo jure: ergo ſi principalis obligatio tranſit in perſonam veri heredis, & conſequenter obligatio conſtitutæ pecuniæ, quæ eſt acceſſoria tranſit, & fidejuſſoria obligatio, *l. heredes, D. de fidejuſſ.* ergo non mirum ſi conſtitutum ſequatur verum heredem, cui competit principalis actio, ſed idem non poteſt conſtitui in pacto.

Explicavimus in *l. 3. l. XXIII.* cras perveniemus ad *l. 25. & 26.*

Ad L. XXV. Debitorum pactionibus, *creditorum petitio* E *nec tolli nec mutari poteſt. S. 4. Kal. Maii, Sirmii, CC. 3. Conſſ.*

L. XXVI. Pacto ſucceſſorum *debitoris ex lege duodecim tabularum æs alienum hereditarium pro portionibus quæſitis ſingulis ipſo jure diviſum, in ſolidum unum obligare creditori non poteſt, quod & in honorario ſuccedentibus jure, locum habet. De chirographis itaque communibus exhibendis, coheredem vel non perfectis in diviſione placitis, convenire, quanti tua intereſt potes. PP. 3. id. Octob. Variani CC. Coſſ.*

D*Ebitorum pactionibus, &c.* Ponitur ſpecies duobus reis. Acceptis duobus reis promittendi id egit creditor, ut ſinguli tenerentur in ſolidum:

rata

rata est conventio, & ex ea singuli tenentur in solidum: quid si forte postea rei inter se paciscantur non adhibito creditore, ut suam quisque partem exsolvat? hæc pactio, quæ prius facta est cum creditore, non potest dissolvi: pacto debitorum creditori præjudicari non potest: & hoc est quod ait, debitorum pactionibus creditoris petitionem nec tolli, nec minui posse: tollitur, cujus substantia perimitur, mutatur, cujus qualitas minuitur vel augetur: sed mittamus speciem Nov. nec longius abeamus, & contenti simus ea specie, quæ proponitur in *l. seq.* nam & ideo subjecta est statim ut superiori regulæ propositæ in *l.* 25. suppeditaret exemplum: & ita in *l.* 25. proponitur thesis: in *l.* 26. hypothesis, & eodem modo, quo in *l.* 2. *inf. de luit. pign.* generaliter proponitur, vinculum pignoris durare submota obligatione personali, quod omnibus prima specie videtur esse mirum & incredibile, ut maneat pignus & accessoria obligatio sublata principali, & diu quærunt exemplum, sed longius abire solent, cum tamen in l. proxima ejusdem tit. scriptum sit exemplum valde perspicuum: puta si sint duo heredes debitoris, & creditor sit hypothecarius, qui habeat & personalem actionem & hypothecariam: heres tenetur utraque actione, sed diverso modo; nam actione personali tenetur pro portione hereditaria, non in solidum ex *l.* 12. tab. quæ æs alienum divisit inter coheredes, id est, noluit esse commune pro indiviso inter coheredes, sed obstringit tantum eos pro portionibus hereditariis: actione hypothecaria singuli tenentur in solidum, quia lex 12. tab. eam non divisit, *l. rem, D. de evict.* quare ut dixi, si duo sint heredes debitoris, singuli tenentur actione personali pro portione hereditaria, vel hypothecaria, singuli tenentur in solidum. Nunc finge: unus solvit partem crediti, liberatur tantum actione personali pro parte quam solvit: ergo sublata est actio personalis in ejus persona, sed conveniri adhuc potest actione hypothecaria in solidum, quia individua est hypothecæ causa. Sic fit ut qui liberatus est actione principali, non sit liberatus actione hypothecaria: & ita etiam ad *l.* 25. *hujus tit.* ex proxima *l.* 26. est ponendum exemplum de duobus heredibus debitoris, aut pluribus: illud certum est, quod jam attigi ante, duos aut plures heredes debitoris teneri creditoribus hereditariis non in solidum, sed pro portionibus hereditariis: & hoc esse quod dicitur, nomina ipso jure esse divisa, & non venire in judicium familiæ erciscundæ, *l.* 2. §. *ult. D. famil. ercisc. l.* 1. *inf. si cert. pet. l.* 1. *inf. de except. l.* 1. *inf. si unus ex plur. hered. l.* 1. *inf. de hered. action.* cujus ita debet species poni. Defunctus debet Titio C. ego & tu defuncto debitori heredes fuimus, tu pro quadrante, ego pro dodrante: quæritur an Titius creditor a te possit petere integra C? Minime, sed quadrantem tantum a te petet, id est, 25. a me dodrantem, id est, 75. quia ipso jure inter nos divisum est æs alienum: nunc si conveniat inter me & te, qui defuncti hereditatem adiimus, ut tu solidum exsolvas creditoribus hereditariis, & sic hoc pacto divisionis hereditatis conveniat, ut omne æs alienum suscipias, & ne sit commune, non ideo magis parabitur creditori adversus te actio in solidum: & hoc est quod ait in *l.* 26. *pacto successorum, &c.* male legit Haloander, *pactum successorium*, cum sic legatur in omnibus libris: *pacto ergo successorum*, id est, ex pacto successorum debitoris ex *l.* 12. tab. æs alienum hereditarium pro portionibus quæsitis singulis ipso jure divisum in solidum unum obligare creditori non potest. Denique ex pacto obligationem hereditariam unum solidum obligare non posse: & eadem forma in *l. creditor, ff. de pignor. pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur*: est Atticismus: & recte loquitur de ære; nam lex 12. tab. habet tantum locum in act. in personam, si cert. pet. *l.* 1. *D. de interrog. in ju. faciend.* id est; lex 12. tab. inter heredes dividit æs alienum tantum, & actionem si certum petatur: nam si

A sit actio incerti individua est, & singuli tenentur in solidum, etsi sit actio in rem, non in personam si certum petetur, & ea actione heres tenetur in solidum, qui rem possidet, vel si pro parte possideat, tantum pro qua parte possidet, non pro hereditaria, *l. si possessor, D. de rei vindic.* Ergo lex 12. tab. habet tantum locum in ære alieno, & in ære suo, ut mox dicitur: denique in ære quod dividitur inter coheredes pro hereditariis portionibus. Male Accurs. hic, æs alienum dicit quod defunctus debuit, recte, & quod defuncto debetur, male: nam quod defuncto debetur, æs suum est, non alienum, vel ut Cicero loquitur, nummi sui non alieni: nam nummi, ut æs etiam dicuntur de nominibus, nedum de pecunia: sed fateor legem 12. tab. habere locum in utroque ære, utrumque æs suum & alienum
B dividitur æquis portionibus inter coheredes, id est, agunt heredes cum debitoribus hereditariis, & conveniuntur non insolidum, quod judex mutare non potest, nec voluntas testatoris, nec pactio. Quintil. in declamatione 336. pactus erat frater minor cum fratre majore, ut communem agrum susciperet, & æs alienum patris solveret. *Finge*, inquit, *esse aliquem ex creditoribus, qui partem crediti sui a me petat, quid respondere possum? agrum fratri dedi: cum fratre meo convenit mihi, ut ille solveret. Num dubium est, quin dicturus fuit creditor: partem tu debes mihi: ergo etiam*, inquit, *si conventione æs alienum transferebatur a te, jure tamen, & veritate erat & meum.* Ait pactum factum non immutare actionem creditoris, id est, etiamsi conventione æs alienum patris transfera-
C tur in unum ex fratribus, jure est commune, & aget creditor cum utroque pro hereditariis portionibus: lex 12. tab. quæ hoc statuit scripta est de heredibus, sed interpretatio porrigitur ad bonorum possessores, ut ait *l.* 26. quod & in honorario succedentibus jure locum habet, id est, in bonorum possessoribus, ut sæpe in aliis legibus hereditatis appellatione continetur bonorum possessio, *l. hereditatis, D. de verb. signif.* At finge, ego & tu heredes sumus debitoris: in divisione hereditatis convenit inter nos, ut tu solidum solveres creditoribus hereditariis: qua de causa cessi chirographis, cessi actionibus, quæ pro mea parte mihi competebant: verum est creditores hereditarios compelli non posse te convenire in solidum, quia pactio creditoris actionem minuere non potest: sed ta-
D men inter nos fides pacti observari debet, ut solidum solvas: si tu eis non solveris solidum secundum conventionem, ego repetam abs te chirographa, quæ cessi, vel agam tecum actione præscrip. verb. id est, quanti interest solidum solvi: ergo etiamsi in divisione conveniat inter heredes, ut unus solvat solidum, non mutatur actio creditoris: nam potest creditor cum utroque agere pro hereditaria parte. Sed tamen si fides pacto non præstetur, licebit coheredi adversus coheredem agere, qui non implet fidem pacti. Ideo si cessi chirographis, ut tu susciperes omne æs alienum, & non velis suscipere, repetam chirographa, vel agam præscrip. verb. nam in hac specie non est pactum nudum tantum, sed est contractus, id est, permutatio. Nam hoc ut tu susciperes omne æs alienum,
E in divisione hereditatis est permutatio: hoc est certum, quia fit permutatis ultro citroque partibus, *l. cum pater, §. hereditatem, D. de lega.* 2. divisioni & permutationi bonorum adjecta est pactio de ære omni alieno dissolvendo a te: ex hac pactione, licet non mutetur jus creditoris, æquum est te agere posse, *l. licet, inf. fam. erc.* vel condictione ob rem dati causa non sequuta: qua repetam chirographa, quæ cessi tibi ea lege, ut omne æs alienum solvas: concurrit condictio ob rem datam cum actio. præscrip. verb. ergo poterit te compellere actio. præs. verb. vel condicet chirographa, vel actiones, quas tibi cessit: & in eadem declam. Quintil. cum frater minor pactus esset cum fratre majore, ut omne æs alienum solveret: *fingimus*, inquit,

[A] *æs alienum te noluisse solvere, & egisse pacti hujus pœnitentiam. Num dubium est quin ego venturus optimo jure in hac fuerim possessionem?* & in specie proposita, non dubium est, quin repetam chirographa, quæ tibi cessi si nolis solvere: & hoc significat his verbis, *de chirographis itaque communibus exhibendis*: id est, de reddendis condictione ob rem datam causa non secuta, de chirographis restituendis convenire, quanti tua interest potes, id est, actione præs. verb. & ita certum est his verbis dari condictionem ob rem datam, id est, ut solvatur æs alienum. Ad hæc quæ sufficere videbantur, quærit Acc. licet pacto hujusmodi coheredum, quod inter eos ratum est, non præjudicetur creditori, & ita non mutetur actio creditoris: an compellatur creditor prius experiri cum eo coherede, qui conventione habita omne æs alienum suscepit, quam aggrediatur alterum. [B] Fateor eam conventionem non præjudicare creditori: sed an cogetur prius experiri cum eo, qui in pacto divisionis suscepit omne æs alienum solvendum? respondet hoc non competere debitori: nam aggredietur primum, quem voluerit, vel alterum, *l. 1. §. si inter, D. de mag. con.* Loquitur de duumviris, sive magistratibus municipalibus, qui si pupillo tutores non dederint, vel quos dederunt non sint solvendo, tenentur; quæ actio est ex Senatusconsulto facto auctore Trajano, *l. pen. inf. de magist. conv.* hac actione singuli magistratus tenentur in solidum, & si forte in dandis tutoribus conveniat, ut unus det tantum tutores pupillo unius periculo, & ut actione subsidiaria teneatur unus: hæc conventio nihil præjudicat pupillo: verumtamen ait, prius esse conveniendum eum, cujus periculo [C] dati sunt tutores; & excussis ejus facultatibus veniendum ad collegam: quia si unus dedisset tutorem, non ideo alter non teneretur: sed primum veniendum ad eum, qui dedisset, tum ad collegam: & ita cum ex duumviris unus solus dederat tutores, saltem prior conveniebatur actione subsidiaria, & si non existeret solvendo, tum perveniebatur ad collegam. Eadem æquitas est cum convenit ut hujus periculo daretur tutor, hic solus dedit tutorem: ergo prius ad eum venietur, quam ad collegam: at non eadem ratio est in heredibus, qui adierunt hereditatem. Nam in adeundo unusquisque se obligavit creditoribus tantum quasi ex contractu, non se obligavit unus magis quam alter. Ergo cum quo voluerit prius aget creditor, quia par est utriusque causa & conditio: at in magistratibus non est par conditio. Itaque nihil eo moveri [D] debemus. An si in pacto divisionis convenerit inter coheredes ut unus acciperet fundum hunc, & sibi haberet ex asse ea conditione, ut ipse solveret omne æs alienum, & postea perferantur novæ tabulæ, quæ liberent debitores omnes, quæ est species proposita in illa Quintil. Declam. an competet condictio fundi coheredibus, condictio ob rem datam re non secuta? & verum est non competere condictionem, quia non fiat per coheredem quin solvat creditoribus hereditariis: liberatur uterque coheres, etsi aliis rationibus, necessario remedio, publica necessitate, id est, novis tabulis: nam in summa penuria nova lege lata liberabantur debitores omnes, aut in solidum, aut pro parte, quæ dicebantur χρεῶν ἀποκοπαί, ergo non stat per coheredem quin solvat. Condictio autem ob rem datam competit nisi ex pœnitentia, vel ex cessatione, [E] vel ex mora: non ex pœnitentia, quia non licet pœnitere ubi res non est integra, hic non est integra, ergo & pœnitere non potest: & condictio non est ex cessatione, quia per eum non stat, sed per tabulas, quas ille non impetravit: ergo cessat condictio ob rem datam, *l. pen. & ult. sup. D. de cond. ob rem dat. l. 1. §. Divus, D. de var. & ext. cognit. & l. qui operas, D. loc.* Legem *petens*, quæ sequitur, duobus locis jam explicavimus. Itaque cras veniemus ad l. XXVIII. *si certis*. Explicatio *legis pen. & ult.* deest, sed peti potest ex Comment. Raguelli, qui Cujacium ubique fere αὐτολεξεὶ sequitur.

JACOBI CUJACII J.C.

AD LIB. III. CODICIS

D. JUSTINIANI COMMEN.

DE JUDICIIS *Titul. 1.*

JUDICIUM pluribus modis dicitur, uno actio, altero locus, in quo lites exercentur: alia significatione [B] judicium est civile, vel criminale, de quo disceptatur apud eum, cujus sententia rei finem imponat: & hæc est significatio hujus tit. ut cum dicitur, judicium esse de præterito, non de futuro, *l. non quemadmodum D. de judic.* & hæc differentia inter judicium & legem. Cic. in Partit. *Judex statuit de præteritis; Lex de futuris*: quod plerumque ita se habet. Nonnunquam enim de futuro etiam judicium constituitur, *l. Antæus, §. ult. de aq. & aq. pl. arc.* ut actio damni infecti, actio aquæ pluviæ arcendæ, in quibus damnum futurum, quod veremur, venit. Falluntur qui etiam judicium accipi putant pro sententia sive pronunciatione ejus, quod in disceptationem venit: nusquam ita judicium accipitur: sic tamen judicium accipit Accurs. in *l. iis, §. idem scribit, de pecul.* quæ tamen inferius aliter [C] explicabitur. Idem sic judicium accipit in *l. qui concubinam, §. si heres, de leg. 3.* Ejus sententia ut intelligatur sciendum est eum, qui tenetur de evictione, non teneri utiliter, nisi ei fuerit denunciatum ut rei agendæ interesset: ut sit actio de evictione laudandus est auctor: quam in rem erant solemnia hæc verba: *Quando te in jure conspicio, postulo an auctor fias.* Quæ dicitur actio in auctorem præsentem a Tullio pro Cæcinna: illaudatus actor non tenetur de evictione: & constat auctorem posse laudari quocumque tempore ante condemnationem, ergo & post litem contestatam, *l. si rem quam, §. ult. de evict.* sequitur species *§. si heres*. Ab herede legatus est homo generaliter: si legatus esset homo certus, puta Stichus, heres non teneretur de evictione, sed quia legatus est generaliter, si [D] heres Stichum tradiderit, & a legatario evictus sit, heres tenetur de evictione. Sed ut utiliter teneatur, debet ei denunciari ante acceptum judicium, ut rem defendendam accipiat: quæ verba si ita accipias, ante litis contestationem, pugnabit ille locus cum eo, de quo constare diximus denunciari posse quocunque tempore: ideoque Accurs. intepretatur ante sententiam, ante condemnationem, ut quoquo modo consentiat ille §. cum certissima definitione juris, sed errore labitur: nam illo loco, priusquam judicium accipiatur, est ante litem contestatam: denunciari igitur debet auctori ut judicio subsistat ante litem contestatam: quæ denunciatio eo tempore fiet valde opportune: sed non ideo fiet importune, quod fiat post litem contestatam: & collectio est vitiosa: denunciari debet auctori ante litem contestatam: ergo non [E] debet denunciari post litem contestatam: nam istud non est importunum, modo res prope condemnationem non sit: tum enim sera est denuntiatio. Quin etiam post condemnationem, quandoque denuntiatio pro tempestiva habebitur, si omnia sint in integro, ut si interposita fuerit appellatio. Igitur illo loco, *antequam judicium accipiatur* .i. ante litem contestatam: & hoc est initium judicii, non in jus vocatio, *l. amplius, rem rat. hab.* ubi dicitur judicium non esse acceptum, etiamsi reus vocatus sit. In jus ergo vocatio non dat judicio initium, quam tamen non infitior esse actionis instituendæ initium. Sed hæc differunt, & tantum abest ut vocatio in jus sit initium judicii, ut nec sit editio actionis, *l. 1. inf. de lit. contest.* sola litis contestatio initium judicii

est,

eſt, & ob id a Græcis appellatur *προκάταρξις*, a veteribus Gallis, *entamement de plaid.* veteres gloſſæ eleganter, *lites conteſtatæ, αἱ ἀρχὴν λαβοῦσαι ἐν δικαστηρίῳ*, id eſt, quæ initium in judicio ſumpſerunt ex mutua reorum conflictatione, quod in 12. *tab.* ſignificant illa verba: *cum perorant ambo præſentes*, & recte in *d. l. 1. de lit. conteſt. lis tunc conteſtata videtur*, inquit, *cum judex per narrationem negotii cauſam audire cœperit*: per narrationem negotii: & ita Cincius apud Macrob. ſignificavit *litis conteſtationem*: *jubent dicere, quorum negotium eſt, narrant*. Eſt igitur principium judicii litis conteſtatio, non in jus vocatio, non editio actionis, non unius partis poſtulatio ſimplex, nec ex eis colligitur argumentum conſenſionis in judicem. Non qui edit actionis genus, non qui de jure ſuo experitur *μονομερῶς*, ſed qui litem conteſtantur, ſi plane conſentiunt in judicem, judicium conſtituunt: finis autem judicii eſt res judicata, *l. in bonæ fidei, inf. de uſur. M. Tullius in Topic. judicii finis eſt jus*, unde etiam nomen: Jus autem eſt res judicata: neque vero idem eſt judicium accipere, & judicem accipere: judicem accepit actor adverſus reum, *l. 2. hoc tit. l. 1. inf. de in lit. jur. l. 9. §. quem igitur, de tut. & rat. diſt.* judicium accipit reus, lite conteſtata apud judicem, dictat actor, accipit reus, vel ut rhetores loquuntur, actor litem facit, ſuſcipit & patitur reus: proinde in judicio hæ perſonæ requiruntur, actor, reus, vel procuratores eorum, & judex, cui etiam Harmenop. adjungit conſiliarios & adſeſſores, dum ait judicium conſtare, *ἐκ τῶν προκαθεζομένων καὶ συγκαθεζομένων καὶ δικαζομένων*: unde etiam in *l. 1. hujus tit. judicio recepto*, id eſt, lite conteſtata.

Ad L. I. Judicio cœpto, *uſurarum ſtipulatio non eſt perempta: ſupereſt igitur ut debitorem ejus temporis, quod non eſt in judicium deductum, convenire poſſis. PP. Kal. April. Antonino II. & Geta 2. Conſſ.*

QUæſtio eſt elegans: ponit litem conteſtatam de ſorte tantum, & eam conteſtationem de ſorte non perimere ſtipulationem uſurarum, quia alia eſt ſtipulatio ſortis, certi, alia uſurarum, incerti: quia neſcimus metam uſurarum, id eſt, quatenus ſint curſuræ uſuræ, *l. ubi autem, §. pen. de verb. oblig. l. centum, de eo quod cer. lo.* ergo litis conteſtatio de ſorte non perimit, non conſumit litem de uſuris. Ratio dubitandi ex eo naſcitur, quod litis conteſtatione res novari videtur: novatione autem facta uſuræ non currunt, *l. novatione, de novat.* Sed hoc tantum dicitur illo loco de novatione legitime facta, id eſt, per ſolemnem ſtipulationem: hæc liberat hypothecas & pignora, & acceſſiones omnes extinguit, ſtipulationem uſurarum, ſtipulationem pœnariam, privilegium prioris actionis: & ſi erit actio de dote, quæ eſt privilegiaria & transfundatur in ſtipulationem perimitur privilegium, quia actio perimitur, cui ſoli adhærebat privilegium, *l. ſi creditor, l. aliam, de novat. l. 4. inf. de fidejuſſ.* & hoc ideo ſicut adſignificavi, quia principalis obligatio omnimodo tollitur. Cur extinguitur hypotheca, &c. quia principalis obligatio omnimodo tollitur .i. tam civili, quam naturali jure: tollitur ergo civilis & naturalis ſtipulatio novandi animo interpoſita, tollit civilem, tollit etiam naturalem, cum & pactio tollat naturalem: ſic pactio & contractus tollunt naturalem & civilem. Et hæc de novatione facta legitime: idem non admittimus in litis conteſtatione, quæ vulgo dicitur novatio neceſſaria: illa eſt voluntaria: lite conteſtata uſuræ non deſinunt currere, *l. cum ſtipulati, de verb. oblig. l. lite, de uſur.* lite conteſtata uſuræ currunt, & explicatur vulgo male: explicanda eſt conjuncta *d. l. novatione*, quæ eſt ex eodem auctore, & libro 57. ad edictum: conjunctio illa demonſtrabit conſtitui a Paulo differentiam inter novationem, & litis conteſtationem: novatione legitime facta uſuræ non currunt, lite conteſtata currunt: & hæc conjunctio indicat male eam l. accipi de uſuris, quæ veniunt officio judicis; nam hæ in judiciis ſtrictis non veniunt ullo officio judicis, & in judiciis bonæ fidei veniunt citeriori tempore, puta ex mora, & conſequenter ex lite conteſtata: ſed loquitur ea l. de uſuris, quæ ex ſtipulatu debentur, eæ lite conteſtata non inhibentur. Videamus etiam an currant re judicata. Stipulatus ſum ſortem & uſuras: duæ ſunt ſtipulationes, ut dixi ſup. egi de ſorte tantum, non de uſuris, & condemnatus es in ſortem, de qua tantum egeram, an uſuræ currunt? ſic videtur: poſt condemnationem ſortis, uſuræ, de quibus non egi, currunt: & ſupereſt ſtipulatio in uſuras præſentis temporis non tantum poſt litis conteſtationem de ſorte, ſed etiam poſt rem judicatam: quia judicato novatur tantum ſortis obligatio, non uſurarum, quæ non fuerant in judicium deductæ: quo caſu rei judicatæ nullæ erunt uſuræ, quia ejuſdem pecuniæ non poſſunt ſimul currere & legitimæ & conventionales: uſuræ currunt conventionales: ergo non eſt locus legitimis. Videndum eſt ſi egerim de ſorte, & de quorundam annorum uſuris, non de omnibus, quæ mihi debebantur: illæ non deſinunt currere: ſupereſt petitio earum uſurarum, quæ in judicium deductæ non ſunt: ſed ſi egiſſem de utroque, puta de ſorte & de uſuris, & tam in ſortem, quam in uſuras ſecuta eſſet condemnatio, tamen utraque obligatio novaretur, videlicet transfuſa obligatione ex ſtipulatu in actionem judicati, & intra tempora judicati non currerent uſuræ, quoniam hoc tempus datur humanitatis cauſa, *l. 3. C. de uſur. rei jud.* poſt tempora judicati non currerent uſuræ conventionales, ſed graviores uſuræ legitimæ, puta, centeſimæ uſuræ, non quidem uſurarum & ſortis, quorum utrunque deductum eſt in condemnationem, non ut ait *l. 3.* totius conſummatæ quantitatis, & uſurpat verba illa, ut nos vulgo, conſummata quantitas, quæ in unam redacta eſt. Igitur ſi ſententia judicis & ſors & uſura ſit redacta in unam ſummam, tamen totius ejus quantitatis non current uſuræ centeſimæ poſt tempora judicati, ſed ſeparabitur ſors, & ſortis tantum uſuræ centeſimæ current. Similiter, re judicata non perimitur hypotheca, ſicut re judicata de ſorte tantum non perimitur ſtipulatio uſurarum, in *l. grege, §. etiam, de pignor. l. 8. inf. eo. tit.* eodem modo re judicata adverſus reum principalem, fidejuſſor non liberatur, quia videlicet pignoris vel fidejuſſoris cauſa non eſt in judicium deducta. Concluſio hæc ſit. Novata priori obligatione per rem judicatam non novari hypothecariam, non fidejuſſoriam, non uſurarum, quæ in judicium non venerunt, quia ſcilicet hæc novatio eſt neceſſaria, non voluntaria: novatio principalis obligationis novat acceſſiones omnes, novatio neceſſaria non novat: quia novatio voluntaria perimit tam civilem, quam naturalem obligationem principalem, neceſſaria non item: judicatum obligationem naturalem non novat, *l. judex, & l. Julianus, de cond. indeb.* alioqui litis conteſtatio faceret actoris conditionem deteriorem, ſi ei reo condemnato perirent uſuræ, pignora, &c. cum potius debeat litis conteſtatio actoris meliorem facere conditionem, ut ſemper facit. Nam litis conteſtatione actio temporaria perpetuatur .i. producitur, ita ut nec interitu rei debitor liberetur, qui moram traxit: litis conteſtatione interrumpetur præſcriptio & uſucapio Juſtinianea, non uſucapio vetus ex 12. tab. *l. 17. §. ult. cum ſeq. & l. 20. de rei vind. l. Julianus, §. quantum, ad exhib. l. 2. pro don. l. 2. §. ult. pro empt.* item litis conteſtatione actiones, quæ nec heredi nec in heredem competebant, dantur, imo & in patrem, ſi lis conteſtata fuerit cum filiofamil. *l. omnes, de reg. jur. l. & ſi condemnatus, de noxal. action.* Igitur ne fiat deterior conditio actoris, ſtatuimus lite conteſtata, & ſecuta condemnatione ſortis tantum nomine, non perire obligationem naturalem: ubi autem manet naturalis obli-

gatio, fidejussor non liberatur, non pignus, *l. ubicunque, de fidejuss. l. debitor, ad Trebell.* dixi judicato fieri novationem, hoc est quod dicitur in *l. si fundus, §. si pluris, de pignor* : rem transire ad condemnationem, & inde pecuniam deberi : vulgo dicunt, rem transire in rem judicatam, quo modo nostri auctores nunquam loquuntur, nec illo loco eodem sensu dicitur causam transire ad condemnationem : sed illis verbis significatur fieri novationem per condemnationem. Et est elegans species : debitor, qui possidebat hypothecam, cum quo egerat creditor Serviana, cum restituere jussus a judice non restitueret, lis æstimata est jurejurando in litem, & debitor condemnatus est ob suam contumaciam pluris quam esset sortis & usurarum quantitas : post condemnationem offert sortem tantum, an exoneratur hypotheca, an judicato, an obligatione ? Lex ait, juris subtilitatem hoc non admittere : & præterea auctoritatem judicati non admittere : tanti damnatus est, quanti in litem juratum erat : ergo tantumdem offerre debet. Humanius tamen esse ait, ut si sortem offerat, exolvat judicatum, modo fidem agnoscat, cujus non agnitæ hanc pœnam tulerat, quod pluris damnatus fuerat. Sed hoc ex humanitate : nam civili jure aliud est, quia res transiit ad condemnationem : & ideo verum est novationem fieri judicato, ut & nova obligatio actionis causa intercedat : quod inde potissimum elucet ; quod si quis egerit cum duobus tutoribus, vel cum correis promittendi, quorum singuli tenentur in solidum, & re judicata nominatim non sunt condemnati in solidum, actione judicati tenebuntur tantum pro virilibus portionibus, *l. si mandato Titii, §. Paulus respondit, mand. l. 1. & 2. inf. si plur. un. sent. cond. sunt* : & hoc ideo quia actor egit cum duobus, cum potuisset cum uno in solidum experiri, quo modo si egisset habuisset condemnationem in solidum. Judicato ergo fit novatio, judicio non fit novatio : fateor judicio quidem contrahi, *l. 3. §. idem scribit, de pecul.* cum scilicet perorant ambo præsentes, & ordinant judicium superstitibus præsentibus, utraque parte dicente, *testes estote*, ut Festus scribit, unde litis contestationis nomen : hac ratione quodammodo contrahitur, & videntur consentire in judicem, *l. non videntur, de judic.* non si quid soli postulent sine adversario. Sed ex hoc contractu antequam res judicetur, non nascitur obligatio : pendente igitur judicio non fit novatio, finito fit novatio : ergo judicato, non judicio : quod usque adeo verum est, ut falsum sit, post rem judicatam pristinam actionem remanere : singulis controversiis singulæ sunt actiones, *l. 6. de except. rei jud.* si lite finita eandem litem movere mox liceret, esset infinitus litium numerus. Igitur judicato pristina actio finitur, & existit nova actio judicati, quam judex mox exequitur : ut autem secus sentiret Accurs. fecit *l. 9. §. si quis fundum, de exc. rei jud. & l. si fundus, §. creditor, de pignor.* Creditor egit hypothecaria, & hypotheca ei adjudicata fuit. Quæritur, qua ratione eam sit habiturus ? debet, inquit, agere hypothecaria, & si opponatur exceptio rei judicatæ, debet replicare hoc modo : si non secundum me judicatum est. Et similiter in alia specie : si quis egerit rei vindicatione adversus te, & tu rem defendens, & putans te rem possidere, cum non possideres, bona fide te liti obtulisti : sed mox ficte eam emisti, & lis data est secundum petitorem. Quæritur an restituere eam debeas : qua ratione ? hac nempe, ut ipse iterum rem petat ; & si tu ponas exceptionem rei judicatæ, replicet, si non secundum me judicatum est. Ex quibus locis colligitur, manere pristinam obligationem : sed si fit judicato novatio, est actio judicati : actio judicati est adversus condemnatum, si nullus condemnetur, non erit actio judicati, ergo novatio nulla : si nulla novatio, ergo pristina actio est : at fit nonnunquam ut reus non condemnetur, ut in specie, quam supra indicavimus, si reus accepit judicium vindicationis, re cognita non condemnabitur, sed pronunciabitur tantum de jure actoris, rem actoris esse videri : in hypotheca potiorem

A actorem videri .i. res ei adjudicabitur, hypotheca ei adjudicabitur : aliud est rem adjudicari, aliud reum condemnari. Igitur cum his casibus non possit damnari reus, etiamsi mox emerit eam rem, sed res ea adjudicatur actori, cum non sit nova actio, non aliter ad rem suam poterit pervenire actor, quam si eadem re post acquisita eandem rursus actionem moverit : cui si objiciat exceptionem rei judicatæ, ille replicabit, si non secundum me judicatum sit : denique is, secundum quem judicatum est, vel cui hypothecam adjudicata est, adversus eundem potest eandem rem persequi quasi suam, si pronunciatum est suam esse, quia nulla superest actio. Igitur ubi ex judicato actio, novatio fit judicato, non aliter.

B Ad L. II. Licet judice accepto *cum tutore tuo egisti : ipso tamen jure actio tutelæ sublata non est : & ideo si rursus eundem judicem petieris : contra utilem exceptionem rei judicatæ, si de specie, de qua agis, in judicio priore tractatum non esse allegas, non inutiliter replicatione doli mali uteris. PP. VI. Kal. Jan. Faustino & Rufiano Conss.*

Actione judicati, ut heri diximus, novatur prior contractus, prior obligatio, *l. 3. inf. de usur. rei jud.* & ideo priori judicio rursus utiliter agi non potest, potest quidem ipso jure : nam res judicata civilem actionem non tollit nisi remedio exceptionis, naturalem nullo modo tollit : atque ita si rursus quis agat priori actione post rem judicatam, perimetur ea actio per exce-C ptionem rei judicatæ, quæ vulgaris est exceptio, *l. 3. de pop. act.* cujus rationem adfert *l. 6. de excep. rei jud.* singulis causis singulas actiones sufficere, & unum judicati finem, alioquin nullus erit judiciorum exitus, & litium modus multiplicatus summam faciet difficultatem, & ob id parere exceptionem rei judicatæ frequens est .i. solenne, & M. Tullius lib. 5. *de finib.* *ut in actionibus præscribi solet, de eadem re fecit alio modo*, ubi est legendum, *de eadem re egit* : hæc est *præscriptio rei judicatæ : de eadem re egit alio modo*. Nam hæc exceptio competit adversus eum, qui iterum agit eadem de re, licet agat alio modo, *l. 5. l. 7. §. pen. & ult. de exc. rei jud.* vulgare est igitur sic actionibus præscribere : de eadem re agis, alius est modus, quem modo instituis, sed ea res tantum, de qua jam pronunciatum est. Ex Rhetori-D bus Suidas cum definit quid sit παραγραφὴ, duo exempla ponit ; unum est, præscriptionis maleficii inscripti, id est, lege non comprehensi, περὶ οὗ οὐδὲν ὥρισται παρὰ τοῖς νόμοις : nam si me eo accusaris crimine, præscribam inscripti maleficii, licet etiam sit interdum inscripti maleficii actio, quæ dicitur stellionatus : omne enim crimen inscriptum dicitur stellionatus. Aliud genus exceptionis, est exceptio rei judicatæ, quæ litem perimit omnino, & congruit cum legibus, quæ vetant οἱ νόμοι πλεονάκις δικάζεσθαι περὶ τῶν αὐτῶν οὐ συγχωροῦσι, sæpius agi, aut pronunciari eadem de re. Ergo re judicata semel prior obligatio perimitur jure exceptionis, & fit novatio .i. prior actio transfunditur in actionem judicati : unum tamen casum exposuimus, quo priori actione agitur utiliter sine metu exceptionis rei judi-E catæ, si rem meam esse petiero, vel si jus hypothecæ meum esse petiero, & judex pronuntiarit rem meam esse, vel hypothecæ jus meum esse, quod est judicare rem, *l. si fundus, §. creditor, de pigno. & l. creditor, qui prior 12. qui pot. in pig.* his actionibus varie pronuntiatur : modo rem actoris esse, quo genere pronuntiatur etiam de jure rei : videlicet ejus eam rem esse modo pronuntiatur : rem actoris non esse : quo genere non ideo pronuntiatur, rem esse adversarii, cum nec actoris esse possit, nec rei : Itaque est diversum genus pronuntiationis : multum interest pronuntiari rem meam esse, vel rem actoris non esse, *l. si inter me & te, de exc. rei jud. l. sed & si possessori, de jurejur.* modo absolvitur reus simpliciter quod non possideat, in *l. 9. in prin. de exc. rei jud.* vel,

inquit,

inquit, *adjudicatur res*, *vel abſolvitur reus*. Notat duo genera pronuntiationis: modo reus condemnatur in æſtimationem litis, quod non reſtituerit arbitratu judicis: ſed cum reus nec abſolvitur, nec condemnatur, ſed ſimpliciter adjudicatur res actori, non eſt actio judicati ex judicato ipſo: ſed ſi reus poſſeſſionem ejus rei nactus ſit, rurſus eam rem ab eo perſequar quaſi meam: quia pronuntiatum eſt meam eſſe, nec aliter ex judicato poſſum agere: perſequar igitur meam eſſe, & ſi excipiat poſſeſſor de re judicata, replicabo de re ſecundum me judicata: atque ita utiliter priorem actionem iterabo, *d. l.* 9. §. 1. Alter caſus, quo priori actione agitur utiliter, proponitur in hac l. 2. ſi eadem actione agatur rurſus, ſed alia de re, de qua priori judicio tractatum non ſit: nam & hoc caſu objicietur quidem exceptio rei judicatæ, quia eadem actio reiteratur: ſed quia alia de re, quæ omiſſa eſt priori judicio, intentionem actoris adjuvabit replicatio doli mali. Sed aut actio eſt generalis, aut ſpecialis: hæc eſt diviſio, quæ proponitur in *l. pro ſocio* 38. *D. pro ſoc. Judicia*, inquit, *aut ſunt ſpecialia*, .i. de ſpecie una, veluti mandati, commodati, depoſiti: *aut ſunt generalia*, *veluti pro ſocio*, quod eſt de communione univerſa, atque adeo de rebus variis, *actio negot. geſtor. & actio tutelæ*, quæ adducit multas ſpecies, *l. ſi quis ſeparatim*, §. 1. *de appell. l. etiam*, §. 1. *de minor.* & ita in hac *l. ſpecies* .i. caput litis unum. Dubium autem non eſt ſpeciali actione ſæpius agi poſſe ex variis cauſis non obſtante præſcriptione rei judicatæ: ut puta, agam adverſus te ſi certum petatur ſæpiſſime ex variis cauſis: nec obſtabit præſcriptio rei judicatæ .i. non competet: quæ non competit, nec oppoſita nocet, *l. ſi in judicio*, *de excep. rei jud.* at generali actione ſæpius agi poteſt. Hæc lex eſt de generali actione .i. tutelæ actione, quam generalem eſſe ait lex 38. cum & complectatur multas ſpecies adminiſtrationis. Finge igitur: pupillus egit cum tutore tutelæ actione, qua hoc intenditur, ut tutor tutelæ rationes reddat: tutor igitur condemnatus ſolvit quod erat in condemnationem deductum, puta, ſubduxit judex rationes, & ſubductis rationibus damnavit tutorem, ut cetera tutelæ reſtitueret pupillo. Quæritur an hæc actio tutelæ poſſit repeti ob certam ſpeciem, quæ priori judicio omiſſa eſt: & videtur poſſe agi: ſed obſtabit exceptio rei judicatæ, qua generaliter actio tutelæ in judicium deducta eſt, & generaliter de reſtitutione tutelæ pronuntiatum eſt ſemel. Actio tutelæ generale judicium eſt: quid igitur? agit nunc pupillus eadem actione: æquum eſt ex ea ſpecie, quæ priore judicio eſt omiſſa, pupillo actionem non auferri: & ideo adverſus exceptionem rei jud. poterit opponere pupillus replicationem doli mali: idemque cenſendum de qualibet actione generali, ut poſſit repeti: nam & actio fam. ercіſ. poteſt repeti ex magna cauſa, non utique temere, non quod una forte res manſerit indiviſa, cum ſufficiat judicium com. divid. *l. ſi filiæ*, §. *familiæ*, *fam. erciſ. l.* 8. *de collat.* Apponenda eſt omnino ſpecies ad hanc legem *ex l. Lucius* 2. §. *tutelæ*, *de adm. tut.* Cum tutore egit pupillus tutelæ: finita tutela tutor edidit librum rationum, & ſecundum librum rationum condemnatus ſolvit pupillo: poſtea pupillus egit cum debitoribus paternis, quorum nomina continebantur libro rationum tutoris: debitores protulerunt apochas tutoris, quibus probaverunt ſe ſolviſſe tutori, quod tamen libro rationum non comprehendebatur: quæritur utrum pupillus habeat actionem eo nomine adverſus tutorem, an adverſus debitores? Paulus reſpondit, ſi debitores paterni ſolverunt pecuniam tempore adminiſtrationis, ipſo jure eſſe liberatos, & ideo ſupereſſe tantum actionem adverſus tutorem, nec quicquam obeſſe, quod ſemel actum ſit generali judicio tutelæ: poterit enim pupillus propter eam cauſam, quæ non eſt deducta in judicium, idem judicium repetere, & adverſus exceptionem rei judicatæ poterit ſe tueri replicatione doli mali. Ergo ex his colligitur, actionem tutelæ

A repeti propter aliam cauſam, quæ priori judicio omiſſa eſt, ſed non repetetur apud eumdem judicem: in *l. de rebus*, *de rec. qui arb. rec.* ſi compromiſſum fuerit generale & plenum, & forte quædam ſpecies in petitionem deductæ non ſint, & nihil etiam de his arbiter pronunciaverit, earum ſpecierum, quæ omiſſæ ſunt petitio ſupereſt, apud judicem ſcilicet ordinarium, non apud arbitrum, niſi de his ſpeciebus rurſus in eum compromittatur: Ita etiam in hac ſpecie repetitur actio tutelæ non apud eundem judicem, ſed dandus erit alius, vel idem ipſe: non igitur apud eundem judicem neceſſario; & ideo: quod ait lex *ſi rurſus eundem judicem petieris* .i. ſi tutelæ addici judicem petieris, non eandem perſonam: nam non eſt neceſſe iterata eadem actione eandem perſonam judicem accipi:
B poteſt quidem accipi idem, ſed & alius: non ergo neceſſario is, quoniam deſiit eſſe judex, qui ſemel functus eſt ſuo officio, nec poteſt de hac ſpecie: quæ omiſſa fuerat, niſi rurſus detur, cognoſcere, *l. judex*, *D. de re judic.* & hæc l. 2. eſt de judice dato: in ordinario nullus eſt labor: ad ordinarium eundem ſemper itur: male igitur Accurſ. notat ad hanc l. apud eundem judicem, non apud alium. Movetur legibus, quæ non ſunt de judicio finito, quale fuit in hac l. ſed de judicio incœpto, ut omnes ſpecies ejus litis, omnia capita ad eundem judicem mittantur, non uni unus, alteri alter judex addatur, ne continentia cauſæ dividatur, ut ſi plures ſint tutores, & ſumptus ſit judex adverſus unum, priuſquam judicium illud peragatur, ceteri tutores, quibuſcum vult etiam experiri pupillus, ad
C eundem judicem mittendi ſunt, *l.* 5. *inf. arb. tut. l.* 2. *D. de quib. reb. ad eund. jud. eatur*. Quintilianus 3. cap. 10. *privata*, inquit, *judicia unum plerunque habent judicem multis, & adverſis formulis:* nec aliæ ſpecies erunt, etiamſi unus a duobus petat, quia quamvis in multis perſonis, quæſtio tamen una eſt, & ita etiamſi ſint plures correi ejuſdem pecuniæ, omnes ſunt mittendi ad eundem judicem datum, Nov. *99.* & poteſt judex datus eos cogere, ut omnes ad ſe veniant, non quidem ſua apparitione, ſed apparitione magiſtratus, qui dederit eum judicem. Et ſimiliter ſi inter plures ſit actio fam. erciſc. comm. divid. fin. regund. omnes priuſquam experiantur ad eundem judicem mittendi ſunt, *l.* 1. *de quib. reb. ad eund. jud. eat.* quia facilius coeunt in eumdem judicem, & facilius res dividitur. Et ſimiliter ſi
D duo ſint, qui vindicent dominium ſervi, vel ſi unus vindicet dominium, alter uſumfructum, coram eodem judice res agitanda eſt, *l. ſi pariter*, *& l. agnitio*, *de lib. cau.* & in ſpecie *l.* 22. *de judic.* qui non eſt hujus fori, ſi agat ultro adverſus adverſarium ſuum, & reconveniatur mutua petitione, cogitur ibidem recipere reconventionem, & ad eundem judicem debet ire, quod confirmatur *Novell. 66.* & poſtremo in ſpecie *l. nulli*, *inf. hoc tit.* ſi lis ſit de proprietate & poſſeſſione, una eſt lis, una cauſa, quæ habet duo capita, unum caput eſt de poſſeſſione, alterum eſt de proprietate, ſed una cauſa: an poteſt quis impetrare a magiſtratu, ut unus judicet de proprietate, alter de poſſeſſione, minime: non eſt ſcindenda cauſa, nec etiam ſi beneficium principis impetraverit, dividetur cauſæ
E continentia .i. *συνοχὴ*, *περιοχὴ* .i. non dividetur tenor cauſæ, qui eſt unus, & ita in *l. juxta*, *inf. de lib. cau. juxta edicti noſtri continentiam* .i. tenorem. Græci illo loco ἀκολουθίαν, & *l.* 3. *C. The. de teſtam.* ſi ſcripturæ continentia inchoata ſit, quod male Alciatus explicavit, ſed palam eſt, quid hoc ſit, ne cauſæ continentia dividatur .i. ne unius cauſæ tenor diſtrahatur, idem judex debet de proprietate, & de poſſeſſione cognoſcere, primum de poſſeſſione, deinde de proprietate, vel ſimul, ſi res ferat, ſcilicet ut cumulet utrumque caput, quod permiſſum Conſtitutionibus Symmachus ſcribit 1. Epiſt. ſed omnino opus eſt, ut apud eundem judicem de poſſeſſione & proprietate agatur. D. Gregorius 7. Epiſt. cap. 10. *Legati proviſione decretum eſt*,

ut momenti & proprietatis causa in uno eodemque judicio ventiletur. Sed cum judicium finitum est, ut cum finitum est judicium tutelæ, si deinde repetatur ob causam priori judicio omissam, tunc non est eundum ad eundem judicem: desiit enim esse judex re judicata, nisi rursus detur. Sed dari etiam potest alius, cum scilicet actio tutelæ repetitur, de aliis speciebus nullo modo potest repeti, *l. 1. sup. si adv. rem jud.* Et eadem est ratio cautionis generalis, puta apochæ generalis: exempli gratia, si spe futuræ solutionis cum mihi deberentur decem, ego scripsi me accepisse totum, & nihil amplius petiturum: & ita scripsi spe futuræ solutionis, non animo donandi, nec transigendi, nec liberandi debitorem per acceptilationem: si postea solvantur mihi tantum quinque, ego petam reliquum priori actione, quam acceptilatio non sustulit, quamvis apocha sit generalis, & si objiciatur exceptio pacti, quod inducit apocha, replicabo de dolo malo: atque ita ad reliquum perveniam, *l. 7. inf. de except. & l. si inter, inf. de solut.* quod si non fuerit apocha generalis facta spe solutionis, non donandi causa, non transigendi causa, sed si fuerit transactio generalis de omnibus speciebus .i. rebus, corporibus, & quot sunt res in una causa, tot sunt etiam capita: de re omissa amplius agi non potest: quod videtur pugnare cum his, quæ diximus, & tamen ita definitur in *l. sub prætextu 2. de transact.* & præcipuum hoc habet transactio, quoniam in transactionibus res non solet ad vivum resecari, ut in judiciis, quibus subtilius & pressius de nostro jure experimur: sed in transactionibus hanc veluti aleam sub incerto adimus, transigentes hoc animo, ut neque nihil, neque tantum, quantum competit præstemus. Itaque si generales fuerint ob rem, de qua non est tractatum, non rescindentur .i. de ea re contra transactionem agi non poterit: repeti tamen poterit generale judicium, si quid in eo oblivione omissum est: cui tamen sententiæ opponitur *l. 4. hujus tit.* cujus hæc est species. Adolescens egit cum curatore negotiorum gestorum, quæ actio est generalis in *d. l. pro socio*: in eo judicio inter cetera curator adolescenti reputavit pretium, quo adolescenti emerat prædia quædam, & ei tradidit instrumenta emptionis, *les tiltres*. Sed cum in emptione eorum prædiorum curator omisisset stipulationem evictionis imprudenter, hujus culpæ habita ratio non est in actione negot. gestor. atque ita res judicata est, finitumque judicium illud generale nego. gestor. Quæritur, an, propter eam culpam possit adolescens repetere judicium nego. gestor. & rescriptum est, non posse, quod finitam litem restaurari non oporteat: cur non potest ob eam repetere judicium nego. gestorum? quia ea species prædiorum emptorum jam deducta est in judicium nego. gesto. & licet non sit plene tractata propter omissæ evictionis rationem: tamen verum est, caput illud in judicium fuisse deductum: nec quod plene non fuerit deductum, lis restaurabitur, lis enim una est, sed habet varia capita: quælibet species rursus dividitur in alia capita. Igitur satis est caput unum in judicium fuisse deductum, ut non audiatur qui idem judicium volet repetere ob caput non plene tractatum, quæ non est species *l. 2.* nam in ea integrum unum caput omissum fuerat, in specie *l. 4.* nullum caput omissum fuerat.

Ad L. III. Quoties quæstio status *bonorum disceptationi concurrit: nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur. PP. Idib. Febr. Juliano II. & Crispino Conss.*

IN *l. 3. ait Imp. Quoties quæstio est, &c.* Ponit bonorum disceptationem esse principalem causam, & in eam ait incidere quæstionem status, & ait, *nihil prohibet, quo magis, &c.* quibus verbis affirmat & status controversiam ab eo definiri posse & disceptari, non aliter quam si dixisset, nihilominus, sicut idem est sensus

A sive dixeris, nihil prohibet eum judicare: uterque sermo affirmat, & ita in *l. 1. inf. qui dare tut.* idem Alexander, *nihil oportuit impediri, quo magis tutor curator daretur*, id est, dandum utique fuisse curatorem: & contra, *nihilominus* non adfirmat, & significat, *nihil* οὐδαμῶς in *l. properandum, §. ult. l. Alexandrinis, C. de decurio. lib. 10. l. qui fundum, §. servus, pro emp.* Igitur hæc est sententia: principalis causa est de bonis, sive de hereditate: incidit in eam in modum exceptionis quæstio status: judex de hereditate judicare potest, de statu judicare non potest: sed cum in quæstionem hereditatis incidit quæstio status, nihil prohibet, quo minus cognoscat de statu: & vulgo non male ponunt exemplum in judice dato .i. addicto petitioni hereditatis, qui tamen de status causa non potest cognoscere, aut status causæ addici non potest. Potest

B etiam poni exemplum in præside provinciæ ex *l. 1. inf. de ord. judic.* si sit quæstio libertatis & servitutis inter fiscum & privatos, cujus rei cognitio pertinet ad procuratorem Cæsaris, non ad præsidem rationalem, vel magistrum rei privatæ, *l. pen. inf. ubi causa stat. agi deb.* Sed si sit aditus præses de hereditate principaliter, poterit etiam de causa status cognoscere. Potest etiam poni exemplum in procuratore Cæsaris, qui regulariter de causa status cognoscere non potest, *l. 2. inf. ubi cau. sta. agi deb.* Sed si in causa bonorum, vel hereditatis mota apud procuratorem Cæsaris incidat quæstio status, de ea cognoscere potest, sicut latrunculator, qui de re pecuniaria principaliter cognoscere non potest, *l. solemus, de judic.* si in causa criminali apud eum mota incidat quæstio pecuniaria, de ea agere poterit: sed in spe-

C cie hic posita cum concurrit causa hereditatis principalis, & status incidens, priore quidem loco est ordinanda causa status & disceptanda, *l. 8. inf. de pet. her. l. 2. de ord. judic.* sed de ea non est pronunciandum, nisi cum definitione causæ principalis .i. si pronuncietur de re principali, & illa controversia judicio terminabitur. Ceterum non est de ea quicquam diserte pronunciandum: ut si fiscus possideat hereditatem quasi caducam, & quidam eam suam esse petat, quasi filius defuncti, contra fiscus inducat quæstionem libertatis in modum exceptionis, dicens servum eum esse, non filium defuncti: hoc casu quæstio libertatis est priori loco ordinanda, sed de hereditate tantum est pronunciandum, non de libertate, *l. 1. de ord. judic.* in principali quæstione, qui est actor, in inciden-

D ti quæstione erit reus .i. qui petit hereditatem, & libertate utitur .i. qui est in possessione libertatis in quæstione incidenti pro reo habebitur: qua quæstione discussa pronunciabit procurator Cæsaris de hereditate tantum. Ceterum si pronuntiarit hereditatem esse actoris, tacite videtur pro actore pronunciasse. Itaque extrema principalis illius rei definitio tacite & incidenter determinat.: igitur de principali pronuntiatur, non de incidenti: & hac ratione is, qui principaliter non potest cognoscere de liberali causa, si aditus sit de hereditate, potest cognoscere etiam de liberali causa, quæ inducitur per modum exceptionis, quia de ea non pronuntiat, sed tacite tantum eam discutit. Itaque facile patimur, ut in omnibus causis similibus in incidente quæstione cognoscat, etiamsi de ea non possit co-

E gnoscere principaliter. Illi autem tituli *de ord. judic. & de ord. cogn.* quid distant inter se? titulus *de ord. cognit.* est tantum de liberalibus causis ordinandis: nam proprie cognitio est de liberali causa, & cognitor, ut Ascon. ait 3. in Verr. cum de alicujus statu quæritur. Titulus *de ord. judic.* est de omnibus causis, ut si concurrat criminalis causa in civili, si quæstio generis, familiæ ercisc. si quæstio status & hereditatis, si quæstio possess. & proprietatis: ordine certo, quæ concurrunt lites sunt discernendæ: si concurrat civilis cum criminali: prius est, ut finiatur criminalis, etiamsi incidat, non principaliter moveatur: quanquam possit judex utramque definire, *l. 3. eo. tit.* Ad summam, quoties civilem incurrit criminalis, vel contra criminalem civi-

lis,

lis, prior est criminali juris ordine: sed potest tamen judex negligere hunc ordinem, & de utraque simul pronuntiare, sicut dicebam ex Symmacho, priorem esse causam possessionis, quam proprietatis: judicem tamen posse utramque simul definire: nam in causis prophanis utramque litem simul disceptat, non etiam in Ecclesiasticis beneficiis: nam de possessione tantum primum disceptant, quæstionem de proprietate transmittunt ad Ecclesiasticos: si possent judices seculares de utraque cognoscere, simul de utraque judicarent.

Ad L. V. A judice judex delegatus, *judicis dandi potestatem non habet, cum ipse judiciario munere fungatur, nisi a principe datus fuerit. PP. IV. Non. Septemb. Ulpio, & Pontiano Conss.*

HÆc est definitio: judex delegatus, sive datus, nihil interest, alium judicem dare non potest, & subjicit rationem, *cum ipse judiciario munere fungatur*: hæc ratio videtur petere principium, nisi ita accipiatur: judici dato injungitur munus publicum, munus personale: munerum publicorum hæc est conditio, ut quibus injunguntur, ea necessario obire cogantur, *l. munus, de verb. sign.* Ergo judex datus necessario delegati munere defungi debet: nam si judicandi munus, munus est, non potest delegari alteri, *l. ultim. §. judicandi, de mun. & honor.* potest & alia ratio adferri: quia judicis dandi facultas aut lege datur, aut propter vim imperii competit: lege non datur judici dato, non potest etiam ei competere vi imperii, quoniam judicis dati nullum est imperium: ergo judici dato non est jus dandi judicis. Et similiter is, cui est mandata jurisdictio, eam non potest alteri mandare, *l. ult. de offic. ejus, cui mand.* quod non eadem ratione observatur in contractu mandati: nam procurator, aut est procurator ad negotia, vel ad litem: procurator ad negotia potest alium procuratorem facere post litem contestatam, potest procurator ad litem procuratorem facere; quia litis contestatæ quodammodo dominus constituitur, ante contestationem non potest alium dare, *l. si procuratorem, §. 1. mand. l. nulla, C. de procurat.* at cui mandata est judisdictio non potest mandare alteri: alioquin res exiret in infinitum: potest tamen judicem dare: judex datus habet tantum cognitionem, non exequitur sententiam, sed qui dedit, *l. a Divo Pio, de re judic. l. cum Prætor, de judic.* nam & mixtum imperium in eum, cui mandatur jurisdictio, transit, *l. 1. §. ult. de off. ejus, cui man. est jurisd.* pars mixti imperii est judicis dandi facultas, *l. imperium, de jurisd.* quæ lex definit tantum imperium merum, & mixtum: quid est merum imperium? est gladii potestas: definit merum imperium a majori parte, sed merum imperium est jus gladii, vel cujusvis alterius animadversionis gravioris, lege nominatim concessum: lege, quia non competit jure magistratus: potest jus gladii competere privato, si lex dederit. Mixtum imperium est, quod jurisdictioni cohæret, quod jure magistratus competit. Mixti imperii duo ponit exempla: unum est bonorum possessionem dare; nam hoc habet magistratus, etiamsi non detur lege: alterum est judicem dare. Et notandum est quod ait *dict. l. etiam*, qui articulus hunc sensum facit, mixtum imperium jurisdictioni, vel jurisdictionem mixtam imperio non tantum consistere in danda bonorum possessione, sed etiam in judicum datione: & pertinet ea lex ad magistratus urbanos. Magistratus urbani judicem dant propter vim imperii, *l. cum Prætor, de judic.* magistratus provinciales dant legis auctoritate, ut *dict. l. cum Prætor*. Finge igitur a Prætore jurisdictionem mandari alteri, hunc sequitur & mixtum imperium, ergo judicis dandi facultas: ergo non definitur in ea lege jurisdictio simplex, cujus definitio hæc est. Jurisdictio est notio, quæ jure magistratus competit: uno casu etiam judex datus alium judicem potest dare in eandem speciem, videlicet si a principe judex datus sit, *l. 1. infr. qui pro sua jurisd. jud. da. poss.* quia scilicet huic videtur princeps dare jurisdictionem, licet faciat tantum specialem judicem, id est, in lite certa: & ob id etiam datus a principe sibi adsumit comites, & adsessores, Nov. 63. soli magistratus adsumunt adsessores. Est autem magistratus, qui jurisdictionem habet: judex itaque datus a principe, cum videatur jurisdictionem habere ad eam litem, ad quam datus est, recte eam causam alii delegabit: sed hic, qui ab eo delegatus fuerit, alium rursus non delegabit, quia hic tantum cognitionem habet: & in illa Nov. 60. quoniam ejus sententiam Irnerius adjunxit huic *l. 5.* breviter hæc definitio est, ut adsessores soli non præbeant audientiam litigatoribus sine magistratibus: verum distinguitur inter magistratum urbanum, & provincialem, & judicem datum a principe: nam coram urbano magistratu non est lis agenda in integrum, satis est, si lis coram eo contestetur, si ultima cognitio coram eo peragatur: & ultimam cognitionem ibi Julianus vocat ex *l. ultim. C. præs. 30. annor.* novissimam cognitionem, cum litigatores finem controversiis imponunt, *appointement en droict*, satis est, si magistratus interceperit appellationem, cetera posse peragi apud adsessores ejus. Sed si sit magistratus provincialis, vel judex a principe datus, omnia quæ sunt ejus judicii coram eo agitanda, nihil coram adsessoribus inconsulto principe, *l. 2. C. de adsess.* cavetur autem *l. 1. infr. qui pro sua jurisd.* ut qui jurisdictionem habet, possit judicem dare, qui jurisdictionem non habet, sed cognitionem habet tanquam judex datus, ut non possit judicem dare, & multo minus is, qui nec jurisdictionem, nec cognitionem habet: & si forte quis temere dederit judicem, cum cognitionem tantum haberet, ait lex, ejus præcepto parientiam non esse accommodandam, sic jampridem emendavi, Cassiodoro usitatum vocabulum, vel si obtemperaverit, & sententiam dixerit, sententia nullius est momenti, nec appellare necesse est. Ceterum a judice, quem dedit princeps, potest alius judex dari, & ab isto appellabitur ad judicem datum a principe: si princeps dederit judicem Titium, & Titius Cajum, a Cajo appellabitur Titius secundum regulam juris, qua dicitur eum appellari, qui judicem dedit, *l. 1. & 3. quis & a quo app.* unde recte Moschopulus appellationem ita definit: appellatio est transitus a judicibus datis ad judices ordinarios, qui dederunt scilicet: unde etiam magnam intelligitur esse differentiam inter judicem datum, & delegatum, & eum, cui mandata est jurisdictio: nam ab eo, cui mandata est jurisdictio, non appellatur is, qui mandavit, *dict. l. 1.* ne videatur a se ipso appellari, quia jus dicit vice mandantis, non sua, *l. 5. & 16. de jurisd. l. 3. de offic. ejus, cui man. est jur.* & ob id ab eo, cui mandata est jurisdictio, provocatur is, qui provocaretur ab eo, qui mandavit, licet secus sit in legato Proconsulis, cui Proconsul solet mandare jurisdictionem, quoniam ab eo appellatur Proconsul, quia legatus Proconsulis videtur habere propriam jurisdictionem, quamvis eam jurisdictionem non habeat, nisi eam delegaverit Proconsul, *l. 2. quis & a quo appelletur, l. legati, de offic. Proconsul.* Interpretes hoc loco nullam faciunt differentiam inter judicem delegatum, & eum, cui mand. est jurisdictio: jurisdictio quidem mandata potest dici delegata, sicut jurisdictio, aut cognitio criminum, quæ lege datur, non etiam competit jure magistratus, dicitur delegata, *l. 1. de offic. ejus*, & jurisdictio de fideicommissis dicitur delegata a Suetonio in Claudio: judicis tamen datio jurisdictio dici non potest, quia cognitionem tantum habet: potest delegari universa jurisdictio, vel species tantum.

Ad L. VI. Servus in judicio *interesse non potest, nec si condemnatio aliqua in personam ejus facta sit, quod statutum est, subsistit. Dat. 15. Kal. Sept. Gordiano, & Aviola Coss.*

Ad L. VII. Cum debitoris tui *servum tibi pignoris jure obligatum, bona domini sui quondam rebus humanis exempti tenere profitearis, adversus eum dari tibi actiones con-*

tra

tra jus postulas: siquidem inter servum & liberum consistere nullum possit judicium. Ad possessionem itaque pignorum magis officio judicis venire te convenit, quam illicita postulare. S.14.Cal.Maii, Sirmii CC.Conss.

CUm servo judicium non est, judicium non est sine judice, actore, reo, & testibus, quibus præsentibus lis ordinetur, unde litis contestationis nomen, vel testibus productis rei probandæ causa, & hos omnes liberos esse oportet: servi neque judices, neque actores, aut rei, neque testes esse possunt: inter servos & liberos civile judicium non est, nec ex contractu, nec ex maleficio, sed servi nomine dominus agit, vel cum domino agitur de peculio, vel noxali judicio: ipse servus neque dictat, neque suscipit actiones: causam perorare servum hominem leges non sinunt, *l.1.inf.si per vim, aut alio modo*, & consequenter cœpto judicio inter servos & cum servis, & secuta sententia, ea sententia nulla est ipso jure, nec appellare necesse, nec judicati actio in dominum competit de peculio, *l.3.§.si servus, de pecul.* quia & ex ea causa servus naturaliter non obligatur: ubi servus jure naturali non obligatur, nec dominus de peculio, *l.3.§.si servus, de pecul.* quoniam & ex ea causa non obligatur naturaliter: ubi servus non obligatur jure naturali, nec jure prætorio, dominus obligatur de peculio. Idem etiamsi cum quidam litem exerceret cum domino, servus ei, cum quo res erat, domino detulerit jusjurandum: nam ex ea etiam causa nulla est obligatio naturalis, nulla in dominum actio de peculio, quoniam per omnia eorum, quæ sunt judicii expers est servus, *l.depositi, §.2.de pecul.* licet Proculejani dissenserint, quos intelligit *l.quidam, de jurejur.* illa autem *l.3. §.si servus, de pecul.* a judicio argumentatur recte ad compromissum. Species hæc est: Servus cum se gereret pro libero, inter liberos compromisit de re aliqua libero homini constituta pœna ni parerent arbitrio. Quæritur, an si sententiam dixerit arbiter, nec paruerit servus, qui compromiserat, possit peti pœna a domino servi ex compromisso actione de peculio, quasi negotio gesto, quæ verba sunt notanda: nam respiciunt ad edictum de peculio, quo Prætor sic pollicetur actionem de peculio, *de eo, quod cum eo, qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur*. Quærit igitur merito, an quasi ex negotio gesto scilicet, pœnæ compromissæ adversus dominum actio sit, ut ex causa trajectitiæ pecuniæ, qua ex causa solebant stipulari contrahentes ni suá die pecunia redderetur, si eam pœnam commiserit servus, tenebitur dominus eo nomine de peculio, an igitur etiamsi commiserit pœnam ex causa compromissi, teneatur dominus de peculio eo nomine? minime: quia etiamsi judicio condemnetur servus, non est contra dominum actio judicati de peculio: irritum est judicium, irritum & judicatum, irritum & compromissum & arbitrium: & ita in *l.non distinguemus, §.si servus, de recep. arb.* Si servus compromiserit non cum servo, ut ibi supplet Accurs. sed cum libero de controversia aliqua, arbiter non cogitur sententiam dicere: vel si dixerit sententiam, nec ei obtemperaverit servus, non erit etiam pœnæ compromissæ executio adversus dominum de peculio: & e contrario si liber homo, cum quo compromisit servus non obtemperaverit arbitrio, non erit executio pœnæ compromissæ adversus liberum hominem, ut jus sit æquabile: nam si non tenetur servus ex compromisso, nec teneri debet liber homo, cum quo compromisit. Recte autem diximus superius inter servum & liberum hominem non esse judicium civile, quod diximus ex *l. ult. inf. de nox. act.* non est, inquam, civile judicium, sive id sit ex contractu, sive ex delicto: est tamen criminale judicium .i. accusatio, *l.5. de accus.* hæc igitur *l.6.* est accipienda de civili judicio, & nominatim lex 7. ponit exemplum in actione hypothecaria, quam ait non dari in servum pignori obligatum, etiamsi teneat alia bona debitoris defuncti pignori obligata, quia cum servo nullum est judicium. Sic non potest creditor cum eo experiri. Quid igitur fiet? Finge nondum aditam hereditatem defuncti, servum hereditatem jacentem tenere pro domino, cum quo experietur creditor? extra ordinem venietur ad possessionem pignoris officio judicis ordinarii, puta prætoris, vel præsidis .i. apprehendet pignora nulla dictata actione, & idem erit effectus: nam & actio hypothecaria nudam possessionem avocat, *l.si cum venditor, de evict.* dominium non vindicat, *l.si fundus, §.si creditor, de pignor.* ait *d.l.7. Quam illicita postulare* .i. judicium, quo non licet experiri cum servo, judicium Servianum puta: & ita etiam officio judicis extraordinario si absens possideat rem suam per servum suum, perturbata possessione servi, puta dejecto de possessione servo absentis, dabitur servo momentum .i. interdictum restituendæ possessionis: Est enim momentaneum interdictum, & appellatur celeris reformatio, atque ita cum lis dividitur in duo capita de possessione, & de proprietate, est primum celeriter expediendum re non exquisita diligentius, sed possessione apud eum locata, cui magis competere videbitur, & diligentiori disquisitione reservata in secundum caput: vel si diligentiorem adhibeas, statim æquum est expedire utrumque caput: primum debet esse momentarium: sed hic servus restitueretur in possessionem extra ordinem, *l.1. inf. si per vim, aut.al.mo.* Et similiter officio judicis servo præstantur legata, servo suo nemo legat jure, & servo non potest esse actio ex empto. Sed Finge: quidam reliquit servos ad custodiam templi, quales olim erant servi publici, ut Tullius indicat in Verrinis, templi, inquam, quod nondum extruxerat, sed extruere paraverat: & iis servis reliquit annua vestiaria certa, & menstrua cibaria certa. Quæritur cum nondum templum extructum sit, an eis debeantur vestiaria & cibaria ex die mortis, an ex eo tempore, quo explicitum & consummatum fuerit templum? & ait, heredem esse compellendum officio judicis, extraordinario scilicet, ad præstanda alimenta servis ex die mortis. Et similiter a domino servi petent libertates, quæ ei debebantur, extra ordinem, *l.vix certis, de judic.* Additur hic vulgo ab interpretibus unus casus, quo censent jure servum convenire, aut conveniri judicio civili ex *l.ult.inf. ubi cau.fisc.* Lex ait, colonum, vel inquilinum domorum sacrarum, & servum earumdem domorum, debere convenire, aut conveniri apud præpositum sacri cub. nec posse ejus declinare jurisdictionem, sive sit criminale judicium, sive civile. Ergo servus domorum sacrarum potest criminali & civili judicio convenire & conveniri: est pessima collectio: nam quod ait de civili judicio, hoc tantum convenit colonis & inquilinis non servis, cum quibus non est civile judicium. Sed quod ait de criminali judicio, hoc convenit omnibus.

Ad L.VIII. Placuit in omnibus rebus *præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris rationem. Datum Idibus Maii, Volusiano & Anniano Conss.*

ADditur vulgo male, *scriptæ: ait, in omnibus rebus*, quæ in judicium veniunt scilicet: & ita etiam Græci vertunt ἐπὶ παντὸς πράγματος προτιμᾶσθαι τῆς ἀκριβείας τὸ δίκαιον. Jus strictum est scriptum, æquitas non est scripta: & observandum est Græcis semper scriptum jus vocari νόμον, æquitatem vero δίκαιον. Et ut æquitas dicitur ab æqualitate, quod jus faciat æquabile: ita etiam δίκαιον, quasi δίχαιον, quod inter duos æquabilitatem faciat bipartitam: æquitatem cum dicimus, naturalem dicimus: hæc non est scripta, sed nata nobiscum. Et ita definitur, æquitas est jus, quod lex scripta prætermisit. Arist. 1. Rhetor. ἔστι δὲ ἐπιεικὲς παρὰ τὸν γεγραμμένον νόμον δίκαιον, est æquitas, quod lege scripta non est comprehensum: non possunt omnia comprehendi scripto, *l.non possunt, de legib.* quam æquitatem judicem spectare oportet potius semper, quam jus strictum, quod etiam scriptum dicitur, *l. in his, de cond. & demon.* & debet inspicere non verba & literas, sed

vim,

vim ac potestatem, non factum, sed facientis voluntatem, non partem, sed totum: non quod nunc fuerit, sed quod fuerit fere semper. Recte autem conjungit hoc loco justitiam cum æquitate, & ita Tryphoninus in *l. bona fides, depos.* loquens de æquitate, *& hanc probo esse justitiam, quæ suum cuique ita tribuat, ut non distrahatur, &c.* Arist. 6. Eth. ἐπιείκεια δικαιοσὶ σύνητις ἐσο, *&c. & M. Tullius, difficile est*, inquit, *cum pluribus præstare concupieris æquitatem, quæ justitiæ proxima est.* Accurs. definit æquitatem, rerum convenientiam, quæ in paribus causis paria jura desiderat, quam conflavit ex verbis Ciceronis *in Topic.* Illa etiam verba rerum convenientiam deputo Ciceroni, propterea quod æquitatem vocat conveniens, quod proprie exprimit verbum ἐπιεικὲς: nam facit tres partes juris, legitimum, conveniens, moris vetustate comprobatum. Legitimum est jus scriptum, mos est jus non scriptum, conveniens est etiam jus non scriptum. Sed commune omnium gentium, non quod conficiunt pacta conventa, sed æquitas naturalis. Non desunt exempla, quibus possit comprobari definitio hujus legis: prætermittam quæ ponit Accurs. Græci unum ponunt ex *l. quidam, de reb. cred.* Creditor petit a debitore 10. debitor offert 5. quæritur, an creditor cogatur ea quinque accipere, & reliqua persequi? minime: jus hoc non patitur, cum sit ei actio in 10. verum æquius erit si Prætor compulerit eum ad accipiendam partem, quæ offertur, *cum ad officium Prætoris pertineat lites diminuere*: sic recte Flor. non, *dirimere*: minuitur lis, cum quæ erat in 10. redigitur ad 5. Et ita Seneca *Controv.* 23. declamatorem tanquam prætorem quædam facere debere litis minuendæ causa. Ponunt & aliud ex *l. 8. de nox. act.* Servus plurium noxam nocuit: is, cui injuria facta est, damnumve datum, egit cum uno ex dominis noxali actione in solidum, tenentur enim in solidum, ut scilicet vel solvant æstimationem litis solidam, vel servum dedant noxæ in solidum: hic igitur, cum quo solo actum est noxali judicio, non evitabit litis æstimationem, nisi servum dederit noxæ in solidum: nec ferendus erit, si velit partem suam reddere, id est, pro parte sua noxæ dedere. Quod utique ita procedit post litem contestatam: nam ante litem contestatam partem suam reddendo potest consequi securitatem, sed quid inde accidet videamus. Ponendum est cessisse partem suam ante litem contestatam actori: Est igitur factus dominus servi actor pro ea parte, qua de causa amisit actionem noxalem: quia dominus servi nomine non habet actionem noxalem: qua ratione igitur suum consequetur? an dabitur ei actio commu. divid. adversus alios? minime: nam in actionem communi dividundo non venit quod ante communionem admissum est, antequam acquisierit partem ejus servi, qui noxam nocuerat. Igitur evidenti injuria afficietur dominus, quia non erit via, qua suum possit sibi servare: & ubi est evidens injuria, evidens æquitas est, quæ poscit ut subveniatur læso, *l. 8. de restit. in integ.* quapropter melius erit Prætorem ei accomodare adversus socios utilem actionem comm. divid. ne ei partis acquisitio fraudi sit, ne evidenti injuria afficiatur propter rigorem juris scripti. Et aliud ponunt exemplum ex *l. si ex duobus, de pecul.* Sed his quæ sunt certissima duo obstant valde: unum est *l. 1. sup. de legib.* ubi Imp. ait, *inter jus & æquitatem interpositam interpretationem nobis solis oportet & licet inspicere.* Ergo Imp. ait, se solum esse æquitatis interpretem, & sequestrum inter jus scriptum & æquitatem, quod tamen hæc l. tribuit judici, & vindicat sibi quisque jurisperitus. Alterum ex *l. prospexit, qui & a quib. ma. lib.* si sit quæstio de adulterio mulieris, lege Julia cavetur, ut servi ejus familiæ intra 60. dies non manumittantur, ne scilicet quæstioni subducantur, quoniam liberi non torquentur, soli servi torquentur. Sed finge eo tempore, quo admissum dicitur adulterium, quidam servi erant extra ministerium, an hi etiam non possunt manumitti, a quibus fides rei gestæ elici non potest? Lex ait, eos etiam non esse manumittendos, quia lex Julia omnes omnino vetat manumitti, & alienari intra 60. dies: quod quidem, inquit Ulp. *est perquam durum, sed lex ita scripta est.* Ergo censet duro scripto hærendum potius, quam justitiæ, & æquitati. His duobus argumentis eodem modo est respondendum: æquitas prævalet scripto, & sequenda est a judice potius, quam jus scriptum, quoniam vis scripti est in æquitate, non in verbis: vis scripti est in mente scriptoris, non in literis: alioquin admitterentur calumniæ sæpe: sed ubi non est metus calumniæ ullus. i. ubi evidens est scriptum, sicut in ea lege Julia, quæ vetat omnes omnino ubicumq; fuerint manumitti, id sequi oportet, quamvis sit prædurum: & ita etiam scripturam testamenti, cum est obscurissima, sequi oportet potius, quam conjecturas voluntatis, *l. in his, de condit. & demonst.* In his, quæ sunt extra testamentum. i. ut Rhetores loquuntur ἐν τοῖς ἔξω, quæ extrinsecus adveniunt, esse faciendam interpretationem ex bono & æquo: in his, quæ ex testamento oriuntur ἐν τοῖς ἐκτὸς, omnino esse sequendum jus scriptum: nam si verba testatoris sunt clara, quid argumentamur? sequendum est jus scriptum omnino: & ita in legibus quoties est scriptum evidens, id omnino sequimur, quamvis sit prædurum: & solus princeps potest moderari interpretationem: hæc est sententia *l. 1.* ut cum scripto repugnat æquitas, interpretationem non apponat judex, sed princeps: atque ita duritiem legis Juliæ, de qua in *d. l. prospexit*, Imperator est moderatus postea *l. adulterii, C. ad leg. Jul. de adulter.* opus fuit Constit. Imp. & ita plerunque Jurisconsulti non audent adhibere interpretationem æquitatis adversus evidens scriptum, sed dicunt opus esse rescripto, & super his constituendum esse, *l. 2. de reb. eor. qui sub tut. l. pen. §. pen. C. ad Trebell.*

Ad L. IX. Judices oportet inprimis *rei qualitatem plena disquisitione discutere, & tunc utramque partem sæpius interrogare, num quid novi addere desideret: cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive defendendæ causa per judicem, sive ad majorem potestatem referenda sit. Datum 2. Id. Janua. Sirmii, Licinio V. & Crispo Conss.*

Vult ut plena sit inquisitio ejus rei, quæ in judicium venit: & similiter plenam esse sententiam oportet, vel plenam relationem: aut enim judex post inquisitionem sententiam fert, aut rem omnino ad principem refert, si in ea re forte judex pendeat animi: inquisitio utrique rei sufficit, sententiæ, vel relationi: nam si plena inquisitio fuerit, erit & plena sententia vel relatio, quod nominatim etiam Constitutiones exigunt, *l. 2.* & *3. C. Th. de sentent. ex per. rec.* ubi, *ex periculo* .i. ex libello, ex scripto: nam hoc periculum significat. M. Tull. *sententia promatur plena, ut non dicatur memoriter, sed ex scripto*: qua, ut ait alia Constit. *ad plenum possit recensere quicquid negotii fuerit.* Præcedit sententiam, vel relationem inquisitio plena: nam debet judex perfecte inquirere rei qualitatem & ordinem, & omni ex parte percontari ac inquirere, & facere potestatem litigatoribus adjicere quicquid ut voluerint, ita finem controversiæ afferat potius litigatorum satietas, quam voluntas judicis, ac tum deinde debet pronuntiare ad plenum, aut referre, nihil non instructum aut indefinitum relinquens. Ultimam cognitionem sequitur sententia, vel relatio: ultima cognitio Juliano *Nov.* 60. & 115. & *Impe. in l. ult. inf. de præs. 30. annor.* est cum litigatores finem allegationibus suis imposuerunt, cum ita pronunciat judex se iterum in consilium ea de re, *appointement en droict*: nec post eam audiendus est litigator, qui quid vult proferre novi, sed mox eam ultimam cognitionem sequitur sententia, vel relatio ad principem in re perplexa.

L. X. Exposui in l. 2. sup.

Ad L. XI. Subtilitatem legum *judex curæ habeat: non autem his, quæ præter jus dicta, vel prolata sunt ab Imperatore attendens.*

Ad

Ad L. XII. Omnes magistratus, *& divini judices compendiose lites decidant, &c.*

DEsiderantur Constitutiones 11. & 12. quæ fuerunt Græcæ, Zenonis quantum suspicor, ductæ ex ampliore Constitutione de judicibus, cujus meminit Justinianus sæpe in Novellis, & qui his duabus Constitutionibus hactenus caruerunt damni parvum fecerunt: sunt enim parvi momenti. Constit. 11. jubet judicare secundum leges, non ex præcepto, aut voluntate principis, non ex ambitiosis scriptis emissis lite pendente, quæ plerunque extorquet aulicorum gratia bono & facili principi: in lite non sunt spectanda ambitiosa rescripta, spectandæ leges, spectandi mores: non invidebo verba Constitutionis: *τῆς ἀκριβείας τῶν νόμων ὁ δικαστὴς φροντιζέτω, μηδὲ τοῖς παρανόμως ῥηθεῖσι παρὰ βασιλέως προσέχων* .i. Judici sint curæ leges scriptæ, & non animum advertat ad ea, quæ contra leges princeps interloquitur: habeat curam *τῆς ἀκριβείας τῶν νόμων* .i. juris: quod videtur pugnare cum *l. placuit, sup.* sed id jam eo loci expeditum est, nec dignum repetitu. Idem statuendum est de æquitate, quod de consuetudine. Est frequens quæstio, utrum sit potior consuetudo legibus: in his, quæ lege nominatim comprehensa sunt, plus valet lex, quam consuetudo: in his, quæ nominatim comprehensa non sunt, plus valet consuetudo, quam lex. Idem statuendum de æquitate: in his, quæ nominatim lege scripta sunt, non spectamus æquitatem, solius principis est eam interpretari, non judicis, *l. 1. sup. de legib.* at in his, quæ nominatim lege comprehensa non sunt, non tam spectamus legem obscurius scriptam, aut argumentum, quod ex lege duci potest, quam æquitatem: ad hanc l. Theodorus Hermopolites hanc interposuit interpretationem: *ἡ παροῦσα διάταξις κελεύει μηδέποτε τὸν δικαστὴν παρὰ τὸ δίκαιον καὶ τὸ νόμιμον κρίνειν, κἂν πρόσταξιν, δέξηται βασιλικὴν διοριζομένην αὐτῷ δικάσαι παρὰ τὸ δίκαιον, ἀλλὰ τὴν μὲν πρόσταξιν παραβλέψασθαι, τὴν δὲ ἀπόφασιν αὐτοῦ δικαίαν ποιῆσαι καὶ νόμιμον: hæc Constit.* inquit, *jubet ut nullatenus judex contra leges judicet: & si forte acceperit præceptum a principe, quo jubeatur contra leges judicare, ut præceptum illud insuperhabeat* (hoc est enim *παραβλέψασθαι*) *& sententiam proferat legibus congruam.* Constit. autem 12. vult, ut magistratus, & majores judices breviter causas terminent: Et ut si quis eorum forte interpellatus a litigatoribus rem protulerit, liceat litigatori adire principem, & de recrastinata cognitione conqueri. A majori judice dicta sententia appellabatur ad principem, & semel tantum licebat appellare, quod hodie audio renovari, ut semel appelletur. Et inde in *l. 1. D. a quib. app. non lic. stultum est admonere principem non posse appellari.* Deinde constitutum fuit, ut liceret iterum appellare a minore ad majorem, deinde ad principem, & ne liceret tertium appellare, *l. 1. infr. Ne lic. in una cau. ter. app.* ante sententiam quamvis non possit appellari princeps, tamen potest apud eum institui querela recrastinatæ cognitionis, si rem proferat judex nulla necessitate coactus: additur in const. 12. ne recusatio judicum fiat post litem contestatam. Verba earum constitutionum protuli observatione IX. cap. XX.

Ad L. XIII. Properandum nobis *visum est, ne lites fiant pene immortales, & vitæ hominum modum excedant (cum criminales quidem causas jam nostra lex biennio concluserit, & pecuniariæ causæ frequentiores sunt, & sæpe ipsæ materiam criminibus creare noscuntur) præsentem legem super his per orbem terrarum, nullis locorum, vel temporum angustiis coarctandam ponere, &c.*

COnstit. 1. indefinite statuit, ut magistratus, & majores judices lites terminent celerrime: non definit certum tempus: ob id subnectitur a Justiniano Constit. 13. quæ certo tempore circumscribit actiones civi-

A les, nempe triennio: vult ut a lite contestata lis civilis omnino finiatur intra triennium, quod ait esse in potestate potissimum judicis: ideoque potestatem dat judicibus, ut intra triennium lites dirimant, ne eis liceat protelare ultra triennium .i. protrahere & proferre: qua significatione dicunt Plinius & Lucilius *protela boum* juga boum, quæ quid protrahunt. Justinianus ante hanc Constit. circumscripserat certo tempore lites criminales, *l. ult. inf. ut in. cer. tem. crim. qu. term.* qua statuit, ut causa criminalis a litis contestatione finiatur intra biennium, biennio terminari criminalem instantiam, & reum absolvi observatione judicii, non utique semper crimine: nam crimina durant annis 20. .i. criminum persecutio: sed ipsa criminis instantia perimitur biennio: & si judex forte, aut officium ejus moram judicio attu- B lerit: mulctatur ea constitutione. Dixi biennio non semper finiri criminale judicium, sed observationem tantum judicii. Idemque statuendum de civili judicio: triennio non finiri civile judicium, sed observationem tantum judicii: si diceres triennio a lite contestata finiri actionem civilem, obstaret quod dicitur, litis contestatione perpetuari actionem .i. prorogari usque ad annos 30. si fuerit temporaria, puta annalis, aut quinquennalis, qualis est actio inofficiosi testamenti, *l. aliam, de novat. l. ult. de fidejussoribus tutor.* pugnaret etiam id cum eo, quod constitutum est, actionem omnem finiri annis triginta, nisi si qua breviori tempore coerceatur: hæc igitur res utique distinguenda est hoc modo: aut per judicem, aut per advocatos stat quominus causa expediatur intra triennium: & finito triennio reus absol- C vetur observatione ejus judicis, judiciique, sed actione non absolvetur: nam licebit ex integro agere apud alium judicem: judex & advocati mutabuntur. Si per actorem stat, quominus causa finiatur intra triennium, plerunque reus absolvetur observatione judicii. Galli *conge*. Interdum tamen, si omnia sint in præsenti, debet judex sententiam definitivam proferre absente actore, & trahente moram: si sententiam dicat de re omni, perimitur actio: nam judicato perimitur actio, fit enim novatio, *l. 3. C. de usur. rei jud.* Sin autem per reum mora fiat, etiam plerunque judex reo absente discutit qualitatem, & ordinem rei, & sententiam fert, quo genere extinguetur etiam actio principalis, quæ in judicium deducta est. Quæsieris forsitan actionibus civilibus, vel criminalibus quæ olim fuerint D præstituta tempora? Olim & civilibus & criminalibus videtur fuisse præstitutus annus, & hic esse annus litium Juvenali & Servio in 2. Æneid. de causis criminalibus constat eis præscriptum fuisse annum, *tit. ut int. ann. quæst. crim. term. C. Th. & l. 2. C. Th. ad leg. Cor. de fal. & l. reus, de mun. & honor.* proponitur initio ejus l. ut reus delatus ante sententiam non possit honores petere, sed subjicit, eum non prohiberi post annum honores petere, nisi per eum steterit, quominus intra annum terminaretur causa: cur non prohibetur honores petere? quia finitus est reatus, hodie non poterit petere honores, nisi post biennium, quandiu durat reatus, non licet cuiquam reo esse candidatum: ut Catilina repetundarum reus prohibitus est consulatum petere: & hoc nomine culpat Tullius 2. contra Rullum le- E gem agrariam, quod non excipiat reum, quominus fiat decemvir agris dividundis. Est etiam alius locus in *l. in SC. §. pen. ad Turpill.* incidit in Senatusconsult. Turpil. qui desistit ab accusatione, & hoc est certum si desistat ab accusatione cum fuerit in potestate peragere .i. si reum non peragat intra annum, vel hodie intra biennium: quid si desistat post inscriptionem ante litem contestatam? de his loquitur *d. §. pen.* & ait, *hi, qui post inscriptionem ante litem contestatam anno, vel biennio agere non potuerint, variis præsidum occupationibus, & civilium officiorum necessitatibus, destricti, non incidunt in Senatusconsult. Turpillianum*: cur ait, *anno*? quia hic erat finis judicii criminalis: cur adjicit *biennio*? hoc adjicit Tribonia-

bonianus ex Constitutione Justiniani. Sed idem §. probat etiam eum incidere in Turpillianum, qui non peragit litem intra præstituta tempora non contestata lite, si modo inscripserit se. Ergo etiam qui desistit post inscriptionem tenetur Senatusconsult. Turp. .i. nisi litem peragat intra annum, hodie intra biennium. In civilibus autem hac Constit. definitur generaliter triennium: ait civiles actiones, vel in rem, vel in personam, vel præjudiciales dirimendas esse intra triennium, & non tantum eas, quæ inter privatos, sed etiam quæ inter civitates, vel cum civitatibus agitantur, quarum omnium idem est terminus: & actiones præjudiciales significat, cum ait, super conditionibus .i. super statu personarum, quæ dicuntur esse judicia præjudicialia: ut cum illum dico esse meum filium, vel libertum, vel colonum, vel adscriptitium, quæ actiones videntur esse in rem, §. *præjudiciales*, *Instit. de actio. videntur*, inquit, nam est verbum πλαστικὸν: præjudicia proprie non sunt actiones, non sunt in personam: nec enim in his intenditur dari fieri oportere: nec vero sunt in rem, quia liber homo non vindicatur, quem assero esse filium meum, vel libertum, vel colonum, hi sunt liberi homines: non ergo proprie vindicantur: actionum autem in rem notantur varia genera hac *l. his verbis*, *super possessione*, quod præcedit, *sive*, est delendum. Sunt quatuor genera vindicationum, nec plura, vindicatio dominii .i. proprietatis, est vindicatio hypothecæ per actionem Servianam, est vindicatio servitutis per confessoriam, *Ajo jus mihi esse utendi fruendi*: his verbis vindicatur servitus. Et est quarta vindicatio possessionis in *l.* 3. §. *Pomponius*, *ad exhib.* Sed proprietas, hypotheca, & servitus vindicantur per actionem, possessio non vindicatur per actionem, sed per interdictum uti possid. si sit res immobilis. Igitur vindicatur alia formula: nam inter interdictum & actionem in formula tantum agendi discrimen est: & ita evicta emptori sola possessione rei venditæ, est adversus venditorem actio de evictione, quod tamen in aliis non est, nisi quod evictum est, evictum sit vindicationis genere, *l.* 38. §. *si quis forte*, *de verb. obl.* denique non est actio de evictione, nisi evicta proprietate, vel possessione per interdictum, vel Servianam: nam Serviana avocat possessionem solam, vel evicta servitute. Et in summa hæc omnia genera vindicationum, & generaliter omnes actiones, vult intra triennium definiri. Sunt tamen quædam causæ, quæ celeritatem desiderant, quæ quales sint, & quatenus huic constitutioni novellis constitutionibus derogatum sit, die crastina explicabitur. Causæ criminales intra biennium, causæ civiles intra triennium ex constitutione Justiniani finiendæ sunt. Numeratur autem triennium vel biennium a litis contestatione, imo ab inscriptione etiam incipit annus in causis criminalibus, *l.* 1. *infra*, *ut intra cert. temp. l. in SC.* §. *penult. D. ad Turpil.* nam & accusator, qui subscribit in crimen, profitetur se perseveraturum in crimine usque ad sententiam, & satisdat eo nomine, *l. si cui crimen*, *de accusa. l.* 1. *&* 2. *ad Turpil. l.* 5. §. *sunt qui putant*, *de his*, *qu. ut ind. auf.* & numerari tempora perorandæ causæ criminalis ab inscriptione palam definitur, *l.* 2. *C. Th. ut int. an. crim. quæ. ter. a die*, inquit, *inscriptionis intra anni curricula*, *&c.* Sed postea magis placuisse videtur Justiniano, ut biennium tantum numeraretur a die litis contestatæ, *l. ult. inf. ut int. cert. temp.* & ob id in *l.* 2. *ejusdem tit.* Tribon. mutavit verba C. Th. nec enim scripsit, ut tempus numeraretur a die inscriptionis, sed ut numerarentur tempora legitima præcedentibus inscriptionibus, & *l.* 1. *ejusdem tit.* etiam potest accommodari ad mentem Justiniani, itaut interpretemur, non satis esse, si quis hominem detulerit inscriptione, nisi & litem cum eo contestatus fuerit: a litis contestatione demum numerari biennium: præcedit inscriptio in crimen, sequitur litis contestatio:

A quia proprie reus fieri dicitur, cum scilicet legibus interrogatur, ut Ascon. Ped. ait, in litis contestatione sunt tantum interrogationes & responsiones, & ut accusator inscribit, ita actor in civili dicitur proprie contestari litem cum reo: nec enim recte dixeris reum contestari litem cum actore, nisi sit petitio mutua: & ita in *l. si a me*, *de judic. si a me*, inquit, *fuerit adrogatus*, *qui mecum litem contestatus est*, *vel cum quo ago*, *solvi judicium Marcellus scribit*: quia inter patrem & filium non potest esse lis ulla: si reus fiat mihi filius, vel actor, necesse est judicium perimi: quia res recidit in eam causam, a qua incipere non potest. Sed ait, *si mecum litem contestatus est*, *vel cum quo ego*. Quibus verbis significant litem contestari actorem solum, litem accipere reum, litem facere actorem.
B Ergo ut ad me redeam, secundum mentem Justin. & in causis criminalibus biennium, & in causis civilibus triennium numerari jubet a litis contestatione, non a citeriori tempore, puta ab inscriptione, vel libelli datione, vel admonitione executoris, vel editione actionis: quæ omnia præcedunt litis contestationem. His ita positis cetera videamus. Justin. hac Const. excipiendas ait tantum esse causas fiscales, & eas, quæ sunt de muneribus publicis, vel honoribus: excipit primum causas fiscales: nec tamen declarat intra quæ tempora peragendæ sint, & nescierunt interpretes, quoad prodiit Constit. Græca .i. *l. ult. inf. de jure fisc.* quæ constituit, ut causa fiscalis peragatur intra menses sex, nisi instrumentorum, vel personarum causa litem produci necesse sit: quid enim si
C instrumenta longius petenda sint? quid si testes longius evocandi? necessitatis ratio excipienda est semper in omni re, necessitati jus succumbit, *l. ult. de excus.* vel etiam nisi ipse reus .i. cum quo fisco res est, quasi imparatus moram judicio attulerit: tunc enim licebit procuratori Cæsaris rem proferre ultra menses sex. Est igitur hac in re melior conditio fisci, quam Reip. quia non tantum privatorum, sed etiam rerum publ. lites civiles terminandæ sunt intra triennium, fiscales intra menses sex: neque novum est, ut melior sit causa fisci, quam Reip. ut non debeat confundi Resp. cum fisco: nam primum post addictionem, quæ fit auctione publica, cum scilicet ei, qui pluris licitatus est res addicitur, post eam addictionem, Galli (*estrousse*) factam a Rep. amplius liceri non licet, *l. Lucius*, §. *ult.*
D *ad municip.* post addictionem tamen factam a fisco intra certa tempora admittitur adjectio, propter utilitatem fisci, *l. si tempora*, *inf. de fide & jure hastæ fiscalis*, *lib.* 10. & pariter in eadem venditionum, sive auctionum causa fiscus, qui quid vendidit, non tenetur ædilitiis actionibus. Respublica, quæ vendidit, tenetur redhibitoria, & æstimatoria, *l.* 1. §. *illud*, *de ædil. ed.* ac postremo fiscus habet semper tacitam hypothecam in bonis debitoris, habet privilegium, quo anteponitur creditoribus chirographariis, etiam antiquioribus, & hypothecariis posterioribus, ut *tit. de privileg. fisc. l. aufertur*, §. *fiscus*, *de jur. fisc.* Respu. non habet tacitam hypothecam, non habet privilegium, nisi commune tempus sit, nisi scilicet ex beneficio principis, vel nisi lege propria hoc sibi vindicet .i. lege municipali & inveterata consue-
E tudine: sicut etiam dicitur de adjectione non admittenda post addictionem factam a Rep. nisi ea in re propria lege semper usa sit, *d. l. Lucius*, §. *ult. ad municip. l.* 2. *de ju. reipub. lib.* 11. unde elicienda est interpretatio *l. Antiochensium*, *de reb. auct. jud. poss. alias de privileg. cred. verba hæc sunt: Antiochensium Celæsyriæ*, *&c.* videtur res repetenda ex historia. Fuit Antiochia celeberrima civitas, quæ multa habuit privilegia a principibus. Legitur primum Severum Antiochensibus ademisse multa, quod se administrante in Oriente derisissent, ut scribit Spartianus: idem scribit Vulcatius de Antonino, eum Antiochensibus, quod Avidio Cassio tyranno consensissent, sustulisse spectacula, & multa alia civitatis ornamenta. Pone igitur; Severus vel Antoni-

nus ademit beneficia quæcunque concessa erant Antiochensibus: A quærunt modo Antiochenses, an etiam si sint adempta beneficia principum, possint uti adversus debitores suos jure tacitæ hypothecæ, an etiam privilegio adversus creditores priores hypothecarios, & contendunt hoc non esse ademptum, quia habent hoc non beneficio principum, sed sua lege, more ducto a majoribus suis, semper jure tacite hypothecæ usum Rempub. Antiochensium: & Papin. respondet ei civitati jus pignoris durare .i. non videri ademptum a Severo, qui ademit beneficia omnia, quia scilicet sua lege .i. lege propria, vel more inveterato hoc privilegium in bonis defuncti habuit & exercuit Resp. Ceterum Resp. privilegium illud non habet, quod fiscus habet semper: proinde hac Constit. Justin. excipit causas, quibus agitur de muneribus & honoribus publicis: B est quædam propria & specialis lis de muneribus & honoribus. In *l. pen. de var. & ext. cog.* proponuntur quatuor summa genera cognitionum: primum hoc est, cum agitur de muneribus & honoribus: secundum cum de re pecuniaria: tertium cum de existimatione alicujus, quod potest esse criminale vel civile judicium, ut actio tutelæ, vel cum agitur de capitali crimine. Est igitur proprium litis genus de muneribus & honoribus, cum consideratur persona ejus, cui honor defertur, an sit idonea, cum spectatur origo natalium, cum excutiuntur facultates, an si muneri solvendo pares; consideratur etiam lex municipalis, secundum quam honoribus fungi oportet, *l. hon. §. de honorib. de mun. & hon.* Sed intra quæ tempora peragendæ hæ causæ sunt? intra tres menses, *l. generali, de decurion. lib.* 10. si quæratur, C an quis sit decurialis, ac proinde non possit invitus vocari ad munera civilia, & contendat quis forte non esse curialem: hujus rei disceptatio finienda est intra tres menses: nonnunquam intra quatuor: ut si quis vocetur ad munus tutelæ, quod est publicum, & excuset se: nam causa excusationis est peragenda intra menses quatuor, *l. quinquaginta, de excusat.* Excipiamus igitur ab hac Constit. causas fiscales, & causas quibus agitur de muneribus & honoribus, sed has tantummodo excipiemus: Justinianus ait, *tantummodo*: Sed in Novellis adjecit alias: primum actionem ex testamento, quam vult omnino intra annum terminari, si petatur legatum, si fideicommissum, si libertus ex assignatione, si libertas, ut heres voluntatem defuncti exequatur intra annum, vel si malit litigare, ut lis ea finiatur D intra annum, ne mora fiat voluntati testatoris, Novel. 1. de Ecclesiarum favore, aut ministrorum, qui Ecclesiis deserviunt, vel præfuerint etiam: ut si quis forte electus Episcopus criminis insimuletur, ut accusator, qui statim ab electione prodiit consecrationis impediendæ causa, eam accusationem intra menses tres peragat, *Nov. 123. §. ceterum si quis:* & ut si clericus, qui serviat cultui divino reus deferatur ad præsidem provinciæ, terminetur hæc causa intra duos menses, Nov. 83. sed licebit etiam hoc amplius excipere generaliter eas, quæ celeritatem desiderant, quæ summatim expediuntur, & de plano: has enim noluit in hanc quæstionem includere: ut si sit quæstio de naufragio, de rebus, quæ ex naufragio perierunt recognoscendis: hæc causa meretur celeritatem aliquam, & tamen E annus præstitutus est, vel biennium pro locorum intervallo, *l. 2. & pen. inf. de naufrag. lib.* 12. & nuntiationi novi operis tres menses: hoc etiam meretur celeritatem, ne inchoatum opus imperfectum maneat, ut cito definiat judex, abstinere debeat ædificio, an exequi, *l. ult. de ædif. privat.* Et similiter si magistratus deposita administratione misso successore conveniatur civiliter vel criminaliter eorum nomine, quæ gesserit in magistratu, non ante potest excedere provincia, quam se purgaverit: sed tamen ne diutius morari cogatur, curare debet judex hujus rei, ut rem finiat intra 20. dies, *ex l. 1. §. ult. sup. ut om. jud. tam civ. quam crim.* Sed generaliter potest tentari, posse adjici omnes

A causas, quæ celeritatem desiderant, ne scilicet liceat eas prorogare in triennium hoc argumento: Olim cum lis instituebatur ex rescripto aliquo principis, quod extraordinarium judicium dicitur in *tit. de dilation. l. 2. inf.* debebat intervenire solemnis denuntiatio, & editio rescripti, dabanturque certa tempora ad denuntiandum, ex quo quis faciebat litem: & illis temporibus finitis ex causa dabatur reparatio denuntiationis, de qua in *tit. de temp. cur. & repa. denunt. C. Th.* quæ omnia sunt abolita. Sed tamen cum obtinerent, excipiebantur causæ quædam, quæ celeritatem desiderant, ut momenti causa, quæ vocatur celeris reformatio, *l. momentariæ, inf. unde vi:* & in ea non observabantur ea tempora: pari ratione videntur non esse observanda tempora biennii vel triennii. Sic & *l. 6. & 7. C. Th. de denun. & edit.* B *ref.* causa Ecclesiastica, & actio si certum petatur, cum quis repetit quod mutuum dedit, & actio ex testamento, & actio tutelæ vel curationis propter utilitatem pupillorum. Ad hæc interpretes quærunt, an aliquid huic Constit. Justiniani, qua præscribitur triennium, derogaverint Novellæ: moti sunt Nov. de litigiosis, quæ videtur aliqua ex parte huic Constit. derogare. Et verior est Placentini sententia, per Nov. 112. *de litigiosis*, huic Constit. derogari: Nam si post contumaciam vel actor vel reus vocandus sit edictis tribus, intermisso spatio singulis edictis dierum 30. ex ea Nov. unde fiunt menses tres, & post tria edicta expectandus sit annus tantum, ad finem anni ferenda extrema sententia; cum tamen ex hac l. post tria edicta sit expectandus vel reus vel contumax usque C ad finem trienni, ut hic definitur aperte: consequens est huic constitutioni derogari. Novella non dicit usque ad finem triennii, sed ad annum, quæ derogatio est apertissima: nulla tamen in re alia huic Constit. aperte derogatur: Deinde quærunt an triennii præscriptio valeat in causis appellationum: dic non valere: nam causis appellationum alia tempora præstituta sunt, ut peragantur intra annum, vel si qua justa causa exigat tempora proferri intra biennium, *l. ult. §. illud, de temp. & repar. appell. Novell. 49. & 50. & 126.* Tertia quæstio est an triennium possit prorogari consensu partium, an consensus partium possit efficere, ut liceat judici rem proferre ultra triennium: respondetur non licere, non plus valere pactionem privatorum, quam jus publicum, constitutionem hanc legem dixisse judici D non litigatores, & hoc ut verissimum existimem, facit *l. 2. C. Th. ut int. an. qu. crim. term.* Est jus antiquum, sed ubique manet, suntque ex eo ducenda argumenta, nisi cum palam huic derogatum est: præscribitur hac Constit. annus: sed si non sit causa proferendæ causæ criminalis in annum, si possit judex eam dirimere citius, & nulla sit causa dandæ dilationis, debet eam mox finire non expectatis anni moris, nisi actor & reus voluerint communi consensu annum a judice observari, dum sperant interim se habituros complura documenta litis suæ: nam volentibus litigatoribus assentiri debet judex. Voluntas itaque litigatorum aliquid potest, sed intra legitima tempora: nihil potest ultra legitima tempora: Itaque si voluerint rem proferri, id possunt tamen us-E que ad legitima tempora. Ultima quæstio est hæc, an si forte Judex sententiam dixerit post triennium, valeat sent. non potest valere sent. dicta post triennium, quia perempta est lis, contigit mors liti: ubi lis mortua est, nulla res est, *l. 2. judic. sol.* Plauto dicitur res mortua, occisa, animam efflasse: lis mortua est, cujus instantia amissa est, non etiam actio: & ita *l. 3. quæ in fr. cred.* lite mortua nulla res, ac proinde fidejussores judicatum solvi liberantur: si lis mortua est, nulla potest consequi sententia: nam sententia est litis definitio, & post triennium finita sententia desiit judex esse: quid igitur? redintegranda est actio refusis sumptibus litis ab eo, qui produxit litem ultra triennium: vel si judex moræ fuerit, judice mulctato & mutato: lis

igitur

igitur ex integro movenda apud alium judicem. Nec putem huic definitioni triennii jure pontificio derogari, *ca. pen. de judic.* ex quo vulgo definiunt triennio non terminari instantiam: perperam: nam hæc est species. Archiepiscopus Ravennas dicebat se jurisdictionem habere in civitatem Serviam: negabant cives civitatis ejus, & lite mota apud judicem delegatum cives, quod causæ suæ diffiderent rem protraxerunt moris & cavillationibus ultra triennium: post triennium tracta, dicunt peremptam esse instantiam, & nolunt respondere coram judice delegato, quia perempta instantia litigatores obtemperare non coguntur judici: constituitur, ut judici delegato liceat rem finire ultra triennium, & cogere cives illos, ut litem exequantur, quia per eos stetit quo minus causa intra triennium expediretur: illi moram attulerunt judicio, & volunt moram sibi opitulari: non æquum est, non patitur, *l. reus, de muner. & honor.* Reus post annum potest honores petere, quo anno finitur reatus, nisi per eum steterit, quo minus causa intra annum finiretur, quia tunc anno non finitur reatus. Cum Justinianus causis civilibus finiendis earumve instantia perimenda præscripsisset triennium: si tamen ultra triennium res proferatur, aut ita adducatur, ut sit ultra triennium producenda, judex prospiciet. Et ita distinguit, aut moram judicio adfert actor, aut reus, aut judex, aut advocati.

Ad §. Et si quidem pars actoris *cessaverit, quatenus multiplici dilatione reus fatigetur, & triennii metæ post litem contestatam jam prope finem veniant, ut semestre tempus tantum ei supersit, licentia erit judici per executores negotii actorem requirere parte fugiente ex una parte actoris absentiam incusante, & judicibus omnimodo suas aures hujusmodi quæstionibus reserantibus, & si per tres vices hoc fuerit subsecutum, decem dierum spatio per unumquemque introitum destinato, & nec ita pars actoris fuerit inventa, & neque per se, neque per procuratorem instructum pervenerit, tunc judicem negotii acta apud se confecta conspicere censemus.*

De actore agitur in §. *& si quidem*: si post litem contestatam actor absit, nec cœptam litem exequatur, constituit Justinia. ut reus ex una parte .i. etiam absente adversario possit queri de absentia actoris, & ut audito reo judex evocet actorem per apparitorem, vel tribus edictis, vel tribus literis, ut Paulus ait 5. *Sent. tit.* 5. *& l. absentem, §. adversus, de pœn.* Videtur hic Justinia. loqui de tribus denunciationibus tantum. Sed nihil refert tres fuerint denuntiationes, vel tria edicta, vel tres literæ. Edicta publico loco adfiguntur, literæ mittuntur a judice: denuntiationes fiunt per officium, sive executorem litis, & ideo male in *l. contumacia, de re jud. Contumax*, inquit, *est qui tribus edictis evocatus, vel uno pro tribus literis evocatus*, legendum, *vel literis evocatus, præsentiam sui facere contemnit*, ut in Senten. Pauli: Additur & post tria edicta quartum, quod peremptorium dicitur, ut *l. & tertium, de judic.* & hæ omnes dicuntur legitimæ induciæ, quæ dantur absentibus ut veniant & liti subsistant. Rodericus 3. de gestis Friderici, cap. 17. *legitimas inducias jurisperiti vocant judicis edictum unum, mox alterum, & tertium.* Quarto edicto judex comminatur, se absente adversario cogniturum & pronuntiaturum: sed non necessario datur etiam quartum edictum: sufficiunt enim tria edicta si ita judici videatur, *l. 2. & l. tres, C. quomodo & quan. jud.* non dantur etiam necessario tria edicta: nonnunquam enim datur statim unum pro tribus, quod dicitur peremptorium, *d. l. contumacia, l. nonnunquam, de judic.* hoc totum positum est in arbitrio judicantis, ut pro conditione causæ, vel personæ, vel temporis edictorum ordinem moderetur, modo utetur uno pro omnibus, modo tribus, modo quatuor. Cum autem dantur edicta tria, necesse est intermitti aliquod intervallum: ex hac l. spatium 10. dierum, quod congruit cum jure veteri, *l. ad peremptorium, §. pen. de judic. l. ult. inf. de delatoribus lib.* 10. & interponuntur hæc edicta, ut hæc Constit. declarat prope finem triennii, & finem trienni ita definit Justinia. si semestre tantum tempus supersit ad explendum triennium: qua in re imitatus videtur esse quod est in *l. non tantum, in princ. de excus. tut.* proximum pubertati eum videri, cui reliqui sex menses sunt ad complendam pubertatem, & utitur iisdem verbis, quibus hic Justinianus, quod potest plerisque rebus usui esse, cum quæritur, quid sit prope finem certi temporis rem pervenisse, quid sit proximum esse pubertati adolescentiæve, si videlicet sex menses modo supersunt: nam & hujus articuli temporis aliquam definitionem tradi par erat: ex Nov. *de litigiosis* 112. *in §. si vero causam* intermittuntur dies 30. & adversarius quocunque tempore citari potest statim atque abesse cœperit, citari potest edictis tribus, & post tres citationes expectatur annus: igitur ex ea Novell. 112. ea edicta non interponuntur prope finem triennii, sed cum primum abesse cœperit adversarius, & præsens adversarius hoc desideraverit. Et ita si maturius data sint tria edicta, absens expectabitur, & deinde sive venerit, sive non, res definietur a judice: hic est igitur ordo edictorum. Modo videamus quid fiat si absens edictis non paruerit, si non obtemperavit: incidit in contumaciam, & contrahitur eremodicium, ut ait in hac Constit. Est constit. hæc tota tracta ex sermone Græco, tota Græca phrasi conscripta: nam & reos hæc Const. vocat fugientes, sicut Græcis φεύγοντες, & διωκόμενοι actores. Græcis dicitur actor διώκειν, quod est fugare, reus φεύγειν, id est, fugere. Et in hac constit. quod dicit ex una parte Græcis est ἐκ τοῦ ἑνὸς μέρους, & μονομερῶς. Ac proinde ait post tria edicta si illis non obtemperavit absens, actor contrahit eromodicium. Eromodicii pœnæ hæ sunt, primum ut possit judex disceptare μονομερῶς .i. non præsente altera parte: lis contestatur utraque parte præsente, cum perorant ambo præsentes, ut est in 12. tab. nec potest esse contestatio litis, quin utraque pars præsens suæ causæ merita enarraverit coram judice, testibus præsentibus: sed lis, quæ semel contestata est, etiam agenda est utraque parte præsente: regulariter nullum est judicium, si causa agatur absente parte altera, si absens condemnetur non contumax, non denuntiatus solenni edictorum ordine, etiam si præsens absenti condemnetur, nulla est sententia, *l. ea quæ inf. quom. & quan. jud. l. certum, §. si quis, de confess.* sed adversus contumaces pronuntiari potest, vel etiam pro eis, ut inferius dicetur, & causa agi potest illis absentibus, etiam si fuerit criminalis: modo tamen non damnetur absens capitali crimine: nam etiamsi absit per contumaciam, non potest damnari capitali crimine, damnari tamen potest crimine non capitali, quæ est distinctio *legis absentem, de pœn.* hæc est igitur pœna contumacis, ut posteaquam incidit in contumaciam, quod fit si tribus edictis non paruerit, si tria edicta contempserit, causa agi, & definiri possit μονομερῶς, contra regulam juris ex una parte, quod etiam singulariter receptum est in causa appellationis, *l. ult. ad Trebell. l. ult. §. illud, de temp. appellat.* & ut in causa appellationis potest etiam pro absente pronuntiari, si ab eo magis stare videatur æquitas, Nov. 49. ita etiam si quis absit per contumaciam, nonnunquam potest pro eo pronuntiari, *l. & post edictum, de judic.* & hac Constit. judex enim cum absens incidit in contumaciam, perinde rem disceptat, quasi utraque pars præsens esset. Itaque si æquitas ab absente stare videatur, pronuntiabitur etiam pro contumace: sed sicut in causa appellationis si vicerit forte absens, reddit sumptus totius litis ei, qui victus est, Nov. 49. ita priori judicio si vicerit absens & contumax, reddit omnes sumptus litis victo, ut hac constit. aperte definitur, quæ est altera pœna contumaciæ: prima hæc fuit ut causa agatur & definiatur μονομερῶς. Secunda hæc est, ut etiamsi vicerit

cerit contumax, non observetur regula juris, quæ vult victum victori condemnari impensarum nomine. Nam ex diverso victor condemnabitur expensarum nomine: atque ita victoris pervicacia plectetur. Hæ igitur sunt duæ pœnæ ejus, qui absens est per contumaciam: quid est eremodicium? est ἐρήμη δίκη, cum abest adversarius, id est, lis deserta; & si quæris definitionem, Eremodicium est desertio litis contestatæ, sive causæ dictio ex una parte tantum: male vulgo innumeri confundunt vadimonium, & eremodicium, & litem contestatam: dicunt enim eremodicium esse desertionem vadimonii: nos, esse desertionem litis contestatæ, & aliud esse vadimonium, aliud litem contestatam: desertio vadimonii est desertio promissionis judicio sistendi causa factæ ante litem contestatam, *l. 4. §. quæsitum, & l. 5. §. 1. si quis caut.* longe aliud est desertio litis contestatæ, quæ desertio magis punitur: nam desertio vadimonii si is, cui dies datus est, non venerit, non coercetur damno litis, desertio litis contestatæ coercetur damno litis: & hæc est tertia pœna contumaciæ: nam si absens per contumaciam damnatus fuerit, & postea supervenerit, non poterit ex integro causam agere, vel etiam si absens per contumaciam vicerit, quod aliquando accidit, & reversus dicat nondum plene sibi satisfactum esse: non poterit ex integro litem inchoare: quod hac constitut. est expressum. Igitur sive condemnatus fuerit, sive vicerit, non potest ex integro causam agere, quam dicit non plene discussam: quin etiam non poterit appellare, *l. ex consensu, §. ult. de ap. l. & post edictum, §. ult. de judic. l. 1. inf. qu. app. non recip.* & hoc est quod dicitur in *l. contumacia, de re judic.* contumaciam coerceri damno litis, quia scilicet lis non potest ex integro agi, nec appellare licet a sententia. Perit igitur lis, moritur lis, moritur & actio, nec infirmari provocatione judicatum potest: quod non ita evenit in desertione vadimonii: nam & cum quis deseruit litem contestatam, judex ad finem triennii fert sententiam definitivam: Cum vero quis ad diem dictum liti contestandæ non adest, judex non fert sententiam definitivam: sed si abesse perseveret adversarius, cum quo res est alteri, judex de re cognoscit summatim, & actorem præsentem mittit in possessionem ejus rei, de qua agitur, non ei rem addicit, quia non fert definitivam sententiam, vel reum præsentem relaxat observatione judicii. Igitur non fert sententiam definitivam, Novell. 53. & *l. 2. inf. ubi in rem act. ex. deb.* sed tamen non inficior *Nov. de litigiosis*, hæc esse commutata: nam ex ea etiam ante litis contestationem contrahitur contumacia, non eremodicium, quia nondum fuit lis, nondum δίκη, lis non dicitur, nisi sit contestata. Sed dixerit aliquis non male ex ea Novel. ante litem contestatam contrahi contumaciam, cujus plectendæ ratione possit judex una tantum parte præsente litem disceptare, peragere, definire: atque ita si quis contumax fuerit ante litis contestationem, si denuntiationibus non paruerit, sive post litem contestatam, lis extinguetur postrema sententia judicis, nec licebit eam restaurare absenti, nec appellare. Potest & alia differentia tradi inter desertionem vadimodii, & desertionem litis contestatæ, quod deserat vadimonium reus, contrahat eremodicium & actor & reus, id est, quilibet adversarius absens, *l. cum quærebatur, jud. sol.* Attulimus aliam in *l. ait prætor, §. ult. de minor. 25. an.* Sed ad rem. Liquet ex his, quæ diximus, contumaciam plecti damno litis: litem ergo extingui, & actionem interire, non tantum instantiam interire, sed etiam actionem: quod tamen non est perpetuo verum: nam accurate Justinian. distinguit hac Constitut. nam cum actor abest post litem contestatam, evocandus est prope finem triennii, si non paruerit edictis, atque ita inciderit res in eremodicium, ita distinguendum est: aut non liquet judici de re tota, aut liquet: si non liquet judici ex actis, ita ut non possit liquido pronuntiare de re, quæ in judicium venit, absolvet tantum reum ab observatione judicii, quo

A genere perimitur instantia tantum, non lis, ne cogatur amplius eo iudicio interesse: lis manebit, poteritque redintegrari; actio manebit, eaque licebit rursus agere vel apud eundem, vel apud alium judicem: & præterea absens damnatur expensarum nomine, quæ æstimantur jurejurando rei: fidejussores etiam dati a reo judicio sistendi causa, vel judicatum solvi, liberantur ipso jure, quia instantia perimitur. Cum autem judici liquet, tum debet etiam in absentem, vel etiam in præsentem sententiam definitivam pronunciare, quæ non tantum instantiam perimit, sed etiam litem translata principali actione in actionem judicati: nam remedio appellationis eadem lis rursus introduci non poterit: & similiter cum adversarius evocatus est edictis tribus, quibus singulis dicitur dies illi, ut adsit decimo die, hodie tricesimo, postremo die,
B quo adesse jussus est, edicto postremo: solet etiam absens adversarius in foro voce præconis citari, *l. & post edictum, de judic.* ex qua sumptum est, quod hodie videmus fieri, in foro citari absentem ad ostium tribunalis. Igitur non satis est proponi tria edicta: sed adhibenda est etiam vox præconis, quæ die cognitionis evocabit absentem, & si non comparuerit, res peragetur. Sed si venerit, si præconi responderit, vis edictorum circumducetur, quia non faciet judex quod se facturum edixit: nam etsi forte adfuerit is, qui edictis evocatus est, abfuerit autem qui edicta illa impetraverit, adversus absentem lis non definietur, non pronuntiabitur secundum absentem: sed instantia perimetur, id est is, qui venit, & vocationi paruit, absolvetur observatione judicii circumscriptis edictis, quod Græcis est ἐρήμην λύειν, *casser le defaut, donner con-*
C *gè*. Lis tamen non perimitur: nam licebit ex integro causam agere cum alter redierit, qui cœpit abesse adversario veniente: & hæc est sententia *l. & post edict. de judic.*

Ad §. Sin autem reus *absuerit, & similiter ejus processerit requisitio, quemadmodum pro persona actoris diximus, etiam absente eo eremodicium contrahatur, & judex, secundum quod veteribus legibus cautum est, ex una parte cum omni subtilitate causam requirat, &c.*

Diximus de actore, qui per contumaciam abest: hodie dicemus de reo ad §. *sin autem reus.* Reus incidit in contumaciam si tribus edictis vel denuntiationibus evocatus sui præsentiam facere contempse-
D rit: post tria edicta habetur pro contumace, non ante: & sicut dictum est de actore, per singula edicta, quæ publice proponuntur, vel per singulas denuntiationes, quæ fiunt per apparitorem, intermitti etiam debet spatium decem dierum: supra dixit per unumquemque introitum, introitum ad judicem scilicet: nam absenti evocato edicto, sive denuntiatione prima dicitur dies decimus, ut eo adsit in judicio: quo sive venerit, sive non venerit altera pars, quæ præsens fuit judicium ingreditur, & rursus incusat absentiam adversarii, *il demande defaut, ou congè*, edicto si non paruerit adversarius ingreditur judicium, & postulat alterum, & tertium postea, cujus tertii edicti die rursus judicium ingreditur, & postulat ut habeatur pro contumace, habita pro unoquoque introitu semper expensarum ratione. Contumaciæ
E autem rei eadem est pœna, quæ actoris, ut absente reo per contumaciam eremodicium contrahatur. Et ait Justinianus in hoc §. *etiam absente eo*, id est, reo, *eremodicium contrahatur*: quo articulo, *etiam*, hoc significatur: non tantum absente actore, sed etiam absente reo per contumaciam eremodicium contrahi, id est, litem haberi pro deserta, & agi, disceptari, definiri μονομερῶς, non conflictu partium mutuo. Igitur in eremodicium incidunt non tantum rei, sed etiam actores: alii solos actores, alii solos reos: utrique decipiuntur & actores & rei, si absint per contumaciam, contrahunt eremodicium, quod apertius significatur in §. *cum autem*, quod in Codice Gallico est his verbis expressum: *quan la cause est ainsi menèequ' il n'y a qu'une des parties, & celle du demandeur*

deur, ou celle du deffendeur, uterque contrahit eremodicium, & omnino ἐρήμη δίκη, & μονομερὴς δίκη idem est, cum scilicet causa agitur una tantum parte præsente, & fit condemnatio vel absolutio sententia definitiva contra regulam juris, quæ vult causam contestari, agi, definiri utraque parte præsente, & ita in Nov. *69.* καταδικαζέσθω καὶ ἀπὼν κατὰ τὸ καλούμενον τῶν ἐρημοδικίων σχῆμα .i. *condemnetur etiam absens secundum formam eremodicii*: quasi licet causa redierit ad eremodicium, ut jam judex cogatur eam expedire μονομερῶς: & ita Hesychius recte ἐρήμη μονομερὴς, δίκη. Idem est cum scilicet causa agitur una parte tantum præsente, & fit condemnatio, vel absolutio sententia definitiva, contra regulam juris, quæ vult, causas contestari, agi, peragi, definiri utraque parte præsente, sed quid ageres adversus contumaces, nisi liceret μονομερῶς causam expedire: & ita in *Novel. 69. condemnetur etiam absens secundum formam eremodicii*, scilicet si causa reciderit ad eremodicium: ut jam cogatur judex eam expedire μονομερῶς. Et ita Hesychius rectissime, ἐρήμη μονομερὴς δίκη ὅταν μὴ ἀπαντήσας, lis, quæ agitur una tantum parte præsente, cum scilicet reus, quod non concurrat ad judicium, condemnatur: Sed restringit Hesychius, ἐρήμην δίκην, ad reum non occurrentem ad judicium, cum tamen nos extendamus etiam ad actorem litem inchoatam deserentem: absens reus, de quo hic agitur ex contumacia condemnatur si obnoxius reperiatur; & quod ait *obnoxius*, est ex Græco, ὑπεύθυνος, videtur tota hac lege Justinianus Græce loqui. Igitur condemnabitur, vel etiam absolvetur: nam & pro contumace dicenda est sententia, si id bonitas causæ illius exigat: condemnatus autem si fuerit reus absens, sententia erit perducenda ad effectum auctoritate judicis, qui condemnavit, si jurisdictionem habuerit, vel si jurisdictionem non habuerit: veluti judex datus auctoritate ejus, qui eum judicem dedit: nam qui judicem dedit, exequitur judicis dati sententiam, non ipse judex datus: dicta enim sententia desinit esse judex, & judex datus cognitionem tantum habet, ac perinde sententiæ executionem non habet, sed quod pronunciavit, exequitur idem, qui dedit captis pignoribus, *l. a Divo Pio, de re jud.* Et hoc est, quod ait hoc loco, *per res facultates fugientes victori satisfiat*: & præterea reo condemnato ac post condemnationem reverso non licebit litem redintegrare, non licebit datis fidejussoribus possessionem captorum pignorum recipere: hæc est pœna contumacis, ut plectatur damno litis: nam numquam potest litem restaurare, nec si offerat fidejussores, nec si appellet: nam damnato etiam ex contumacia non licet appellare, *l. ex consensu, §. ult. de appell. & l. post edictum, §. ult. de judic. l. 1. inf. quo. app. & Nov. 82.* & ex eo petenda est ratio, quam vulgo ignorant, *l. liberto, §. litem, de neg. gest.* species hæc est, reus litem contestatam deseruit, & evocatus edictis judicis non rediit, frustrator est, qui litem, & judicem, & adversarium frustratur, & moratur: cum ita reus abesset ex contumacia, quidam ultro ex suis amicis obtulit se non defensioni quidem litis, igitur non suscepit defensionem litis, hoc enim si fecisset purgasset frustrationem rei, sed allegavit tantum causas absentiæ: quod etiam in criminalibus est permissum. Nam licet reus criminis accusatus non possit per procuratorem, vel gestorem defendi, *l. pen. de pub. jud.* potest tamen causas absentiæ allegare per procuratorem, vel per gestorem: & ubicumque absens potest damnari, ibi quilibet pro eo verba faciens, & absentiam ejus excusans, ut audiatur *æquum est, & ordinarium*, ait *l. servum, §. publice, de procur. æquum & ordinarium est*, pro usitatum & rectum, unde illud, *ordine & recte factum*, & citat rescriptum Imp. quod est in *l. 3. inf. de accus.* Igitur in specie *§. litem* cum reus litem deseruisset, amicus ejus ultro egit excusans absentiam rei, defensionem rei non suscepit, sed tantum absentiam excusavit ne damnaretur eremodicio. Quæritur an dicta sententia contra absentem, videatur negotiorum gestor ille contraxisse culpam, quod a sententia dicta contra absentem non appellaverit, & an eo nomine teneatur actione negotiorum gestorum? minime, *quia inquit, frustrator condemnatus est*: quod sic explicant: quia amicus non est condemnatus: sed ratio hæc est, quia ex contumacia condemnatus est, & ejus nomine appellare non licet, & ob id culpam non contraxit si non appellavit, cum nec possit appellare: alioqui sententia dicta in absente pro præsente, vel in præsentem pro absente, nullius momenti est, si non absuerit per contumaciam .i. si non fuerit edictis solemnibus citatus prius in *l. ea quæ, inf. quom. & qua. jud.* Et male distinguit inter actorem & reum Accurs. quem hic reprehendit Bartolus; nam sive absit actor, sive reus, modo non absit per contumaciam, sententia in eum dicta nulla est, *l. 1. §. item cum ex edicto, quæ sent. sin. app. res. l. certum, §. si quis, de confessis.* His explicatis repetitur in hac Constit. illud, quod jam attigerat supra, nihil obstare quo minus causa agatur μονομερῶς, sive absit reus, sive actor per contumaciam: *quia*, inquit, *absentia unius litigatoris Dei præsentia suppletur*: propterea quod tum judicabant judices sacrosanctis propositis Evangeliis, quæ Dei præsentis simulachrum erant judicibus, aut esse debebant: & ideo nihil est damni, nihil periculi, & si absit pars alterutra, cum ejus absentia Dei præsentia suppleatur, nihil obstare debet metus appellationis: quia non licet appellare a sententia dicta in contumacem: Et adjicitur præterea, ut sententia non dicatur in absentem ex eremodicio, nisi prope finem triennii, cui tamen rei derogavit *Nov. de litigios. §. sin autem.* Ergo ante hujus triennii finem non contrahitur eremodicium, non potest lis definiri, non potest perimi aut mori: moritur lis: an dicta sententia? minime, nisi dicta sit ab eo, a quo appellare non licet: Sed si appellationis remedium supersit, quo extinguitur judicatum, judicato non moritur lis, nec sententia definitiva perimit litem. Sed cum dicitur sententia in contumacem, plane lis moritur, quia non licet appellare: non potest igitur interimi lis, nisi prope finem triennii, ante interimi lis non potest: sed potest tantum condemnatio fieri expensarum nomine, primo vel secundo, vel tertio introitu, vel absolutio: nam hoc loco, *§. hujusmodi autem*, hæc verba, *in sola expensarum datione vel absolutione*, illud *absolutione*, vulgo male interpretantur ab observatione judicii: falsa est interpretatio: nam sicut in absentem sententia definitiva non potest ferri nisi prope finem triennii, ita nec dari relaxatio ab observatione judicii. Non ergo loquitur de interitu instantiæ, sed de absolutione tantum expensarum: nam plerunque judex absenti, qui primo edicto non paruit, si forte amicus ejus causam absentiæ justam allegaverit, remittit ei sumptus litis, in quos tamen condemnandus videbatur unoquoque introitu; nam primum præsens adversarius postulat edictum primum in absentem, quo impetrato, evocat absentem die dicta decima: ea die si non venerit, quæritur rursus de absentia, & postulat eum condemnari in expensas. Dat & alterum edictum: sed judex non semper absentem in expensas condemnat: dat alterum edictum, hoc addito, ut quod primo edicto non paruerit, nullæ ei restituantur impensæ. Igitur ante proximum finem triennii tantum potest fieri condemnatio expensarum, vel etiam absolutio expensarum, si ita judici videatur, ut in Nov. 82. At prope finem triennii post illa tria edicta totius rei condemnationem faciet judex extremam, vel etiam absolutionem, atque ita perimet & instantiam & litem.

Ad §. Sive autem alterutra *parte absente, sive utraque præsente lis fuerit decisa, omnes judices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium juraverit: non ignorantes quod si hoc prætermiserint, ipsi de proprio hujusmodi pœnæ subjacebunt, & reddere eam parti læsæ coartabuntur.*

AD extremum hac parte Justinianus constituit, ut sive causa agatur cognitionaliter, & συςάδην, id est, utraque parte præsente, sive μονομερῶς, & secuta sit sententia definitiva secundum ordinem hac Constitut. præscriptum, semper victus victori condemnetur expensarum nomine; alioqui ut judex, vel officium ejus ex sua substantia hujusmodi detrimentum læsis resarcire compelletur, ut in *l. sancimus*, *inf.* id est, ut ipse judex victori reddat expensas omnes, in quas non condemnavit victum, vel officium ejus, qui non exegit eos sumptus ex sententia judicis. Igitur victor recipiet sumptus litium vel a victo, vel a judice, vel ab officio judicis: a judice, cum judex non habuit justam causam remittendorum sumptuum: nam excipitur hic casus, si uterque habuit justam causam litigandi: sed necesse est, id adjiciat nominatim in sententia judex, ut Novell. 82. & excipitur etiam alius casus ex §. *sin autem ex gestis*, *sup.* si pronuntietur pro contumace, & condemnetur præsens: nam hoc casu non victus victori condemnatur in expensas, sed victor victo, si est contumax victor: quia non potuit ei jus suum auferri: non auferetur ergo suum jus, sed auferetur expensarum lucrum, quæ est sententia ejus §. *sin autem ex gestis*, male explicata ab Accursio, explicata ita recte ex Novell. 49. & declaratur hic etiam, expensas litis esse æstimandas jurejurando victoris, qui jurare potest in infinitum, *l. videamus*, §. *jurare*, *de in litem jur.* Itaque huic jurijurando adjicit judicem jusjurandum moderaturum, si in immensum juraverit, *l. sancimus*, *hoc tit.* & sumptus litis sumpto prius jurejurando judicem æstimaturum, ac taxaturum prius: quod tamen pugnare videtur cum Nov. 82. quæ vult, ut judex omnino sequatur jusjurandum victoris non habenda ratione impensarum: sed ita id intelligi debet, si prius judex jussit jurari ad certum modum, tunc idem debet sequi jusjurandum, *l. si quando*, *inf. unde vi*. Sed si victor suo arbitratu modum expensarum edixerit, sine ulla præscriptione judicis, judici licet hoc jusjurandum moderari, *l. videamus*, *& seq. de in lit. jur.* hæc condemnatio expensarum non infligitur tantum victori, sed etiam ei, qui nondum vicit, quique victurus forsitan non est, puta præsenti adversus absentem etiam ante litem contestatam, ut si reus vocatus non venerit ante litem contestatam, vel etiamsi post litem contestatam non venerit actor, vel reus, ac postea venerit nondum lite finita, non prius recipientur, quam refuderint impensas, *dict. l. sancimus*. Et adjicit ea l. hoc esse observandum sive citati litigatores, sive requisiti mala conscientia absuerint, quod vulgo explicant male. Citantur solemnibus tribus edictis, & eo genere constituuntur contumaces, requiruntur sine literis, sine denunciationibus, ut *Nov. 53. cap. 3.* si reus in judicium vocatus juraverit judicio sisti, non satisdederit, nec tamen venerit in judicium litis contestandæ causa, sed latitaverit contra fidem, quam fecit, requiri debet ab apparitoribus, & duci manu injecta, etiam in causa civili jussu judicis, cujus jurisdictio est: & si forte non inveniatur, a judice ei debet præstitui dies certus intra quem veniat, & si intra illum diem non venerit actor, nisi sit ejus evidens calumnia, mittitur in possess. bonor. rei debiti servandi causa, *l. pen. inf. de dignit. lib. 12.* quo genere constituitur pignus prætorium, *l. misso*, *pro empt.* & ita captis pignoribus constituto pignore prætorio, nondum tamen vendito, si venerit reus in judicium, non ante admittendus est ex ea *Novell. cap. 3. & ex dict. l. sancimus:* quam refuderit impensas litis, quas interim fecit actor, dum eum expectat: & nisi satisdederit judicio sisti, pro jurejurando nunc ab eo exigetur satisdatio: & hæc pignorum captio fit causa cognita summatim, non plene. Igitur res non potest definiri ultima sententia: sed cum venerit, & restituerit impensas, ac satisdederit judicio sisti, tum judex sententiam plenam pronuntiabit: summaria cognitio litem non definit: est autem hoc casu pœna perjurii, ut absens non citetur edictis solemnibus, sed ut requiratur, &

A ducatur, & hoc est, quod ait *l. sancimus*, non tantum citatos, sed etiam requisitos, si venerint in judicium, cum ante absuissent mala conscientia, non esse prius audiendos, quam ante adversario refuderint sumptus litis, & viatica, id est, itineris sumptus.

Ad §. Sin autem utraque parte *imminente, & litem peragere cupiente, judex eam accipere non maluerit, vel propter amicitias, vel inimicitias, vel turpissimi lucri gratia, vel propter aliud quodpiam vitium, quod miserrimis animis hujusmodi judicium innasci potest, litem ipse ausus fuerit protelare, & propter hoc triennium fuerit transactum: judex si quidem in magistratu positus est, vel in majore di-* B *gnitate usque ad illustratus gradum, decem libras auri privatis nostris largitionibus inferre per scholam Palatinam compelletur, &c.*

DIximus hactenus de actore & de reo, qui moram judicio adfert: deinceps dicetur de judice & advocatis, qui moram judiciis adferunt, per quos fit, ut causa civiliter intra triennium non expediatur, ac primum, ut proponit in §. *sin autem utraque parte*, si judex rem civilem protulerit ultra triennium, minor multatur tribus libris auri, major decem, inferendis in ærario privato privatis largitionibus, & quod idem est, publicis rationibus: exigitur ea multa per scholam palatinorum. Palatini sunt apparitores Comitis C sacrarum, vel privatarum largitionum sacri, vel privati ærarii, qui & dicuntur privatiani, & largitionales, qui multas inferendas ærario privato exigunt, ut in Nov. 117. Multatur ergo ita judex sive major, sive minor, qui rem protraxit ultra triennium, res & lis salva manet, sed alius judex sumendus est, non frustrator ille temporis legitimi: quid tum fiet, si forte intra triennium mutetur judex? puta morte, vel qua alia ratione, incidente infirmitate, vel necessaria profectione, veluti rei suæ familiaris periculo: his omnibus casibus necesse est alium sumi judicem, *l. Julianus*, *& seq. de judic.* Quæritur vero quantum temporis dederis novo judici ad litem definiendam? quod deerit triennio, si non minus anno sit, vel si minus sit anno, annus replebitur subdito judici. Nec quic- D quam refragatur *l. si judex*, *D. de judic.* primum enim hæc Constitut. loquitur de omnibus judicibus delegatis: ergo etiam de judicibus datis, de quibus est *l. si judex*, & ita loquitur de judicibus datis, quibus is, qui dedit, nullum certum tempus præscripsit ad judicandum: illa *l. si judex* loquitur de judice dato, cui magistratus præscripsit certum tempus ad judicandum: sed & omnino congruit ea *l. si judex* cum definitione Justiniani: vult enim, ut si judex judicare jussus intra certum tempus non judicaverit, ut alius judex detur, & si subdito judici non sit præscriptum certum tempus ad judicandum, ut fuerat priori, intelligantur ei tanta tempora præstituta, quanta priori: proinde si, verbi gratia, primus judex jussus sit judicare intra sex menses, nec judicaverit, subditus in ejus locum E judex simpliciter judicare jussus, intelligitur judicare jussus intra sex menses: redintegrantur ergo tempore quot fuerant priori præstituta. Sed adjicit l. hunc modum, *ita tamen ut legitimum tempus non excedat:* quem modum Accur. ibi recte conjicit esse triennium ex hac Constit. nam verbi gratia, si prior sit judicare jussus intra biennium, nec judicaverit, an sequenti judici dabitur biennium? minime: dabitur tantum annus, ne qua lis excedat triennium: hæc est sententia *d. l. si judex*. Cum igitur moras liti attulit judex, ita ut jam triennium sit elapsum, alius judex assumitur, qui judicet intra annum: ex quo apparet litem salvam manere, nec extingui triennio, maxime quia non per litigatorem, sed judicem causa labitur, ut in *Nov. 119. & 23.*

& 23. triennio ergo actio non perimitur cum alius judex accipitur, & male Accurs. in hanc rem adfert *l. sed & si*, §. *ait Prætor*, *ex quib. cau. major.* quæ ait, dandam esse restitutionem in integrum, si per judicem, aut dilationem judicis effectum sit ne res judicaretur: dilatio ergo judicii extinguit actionem, cum sit necessaria distinctio: non loquitur hic IC. de tempore finiendæ litis, sed de tempore finiendæ actionis. Sunt quædam actionibus præstituta tempora: si magistratus, dum moratur actionem dare, ita tempus actionis frustratus sit, ut exciderit actio actori, actio perempta est suo tempore mora, aut dilatione magistratus, quia distulit actionem dare: Sed æquum est restitutionem ex ea causa fieri: perimitur sane actio suo tempore. Aliud est lis, aliud actio: lis non tantum actionem significat, sed institutum cœptumque judicium, Novella 10. Mora igitur, sive cunctatio judicis, apud quem lis contestata est, non perimit actionem: longe aliter fit, si reus vel actor post litem contesta. frustrentur, & qualibet tergiversatione efficiant ne lis peragatur: hoc enim casu licet solo triennii lapsu lis non perimatur, tamen perimitur sententia judicis, qui ex hac Constit. prope finem triennii, id est, jam imminente trienni fine debet sententiam definitivam ferre. Atque ita non triennii lapsus necem liti adfert, sed sententia judicis, quæ est hujusmodi, ut neque ex ætate, neque restitutionis beneficio, neque appellationis lis possit redintegrari: itaque plane lis moritur, quia resuscitari non potest ulla ratione. Iterum dico, non perimi litem solo triennii lapsu, sed pronuntiatione judicis, si liqueat: si non liqueat, perimitur tantum instantia. Idemque sequemur omnino secundum Novellas: nam hæc Constit. loquitur tantum de his, qui frustrantur post litem contesta. sed ex Novellis si ante litem contestatam litigatores frustrentur, si citationi judicis non obtemperaverint, idem dicendum est Nov. 112. & Leonis 108. atque ita in eum, qui ad vadimonium non occurrit, veluti ex eremodicio condemnatio fieri potest, quanquam non proprie contrahatur eremodicium, nisi post litem contestatam: sed ex his Novellis quodammodo contrahitur eremodicium etiam ante litem contestatam: cum absens possit condemnari, hoc tamen exigitur, ut qui evocatus non venit ad litem contestandam post tria edicta, expectet annum, deinde in eum promatur sententia definitiva, si liqueat. Nihil hæc constitut. dicit de officiis, sive apparitoribus judicum, qui tamen litibus moras adferre possunt, dum nolunt eas introducere in judicium. Sed de his idem statuit Justinianus in *l. ult. ut int. cer. tem. crim. qu. ter.* ut eadem pœna adficiantur, qua judices.

Ad §. Illo proculdubio *observando*, *ut si neque per alterutram litigantium partem, nec per Judicem steterit, quo minus lis suo marte decurrat, sed per patronos causarum licentia detur Judici, & eos duarum librarum auri pœna afficere per scholam Palatinam exigenda, & similiter publicis rationibus aggreganda, &c.*

NUnc de advocatis videamus. Mulctantur etiam hac Constitut. advocati, qui moram judicio attulerunt adjecta causa in sententia, quod advocati rem protulerint: non enim tantum fuit unus advocatus in una causa, sed plures: ut Comicus docet: unus causam orat, ceteri dicenda suggerunt: atque inde in *l. providendum*, *sup. de postul.* de eo, qui plures & nobiliores rogavit advocatos dolo malo, sibi & suæ defensioni adesse, ut adversario subtraheret (quod fit etiam hodie fraudulenter) *paris defensionis copiam*: & adjicit de advocatis, ut cœptam causam peragere cogantur, ut non possint prius susceptum clientem deserere, *nisi*, inquit lex, *vel justa causa impediat*, ut in *l. rem non novam*, §. *patroni autem*, *inf.* forte pendente lite advocatus, qui rem omnem non intellexerat ini-

A tio, intellexit litem esse improbam, vel penitus desperatam, & ex mendacibus allegationibus compositam: tunc advocatus rectius fecerit si clientem deseruerit, quam si in ea lite perseveraverit agenda: sicut e contrario non licet clienti mutare advocatum: & eadem est ratio advocati & procuratoris, ut non possint mutari re non integra. Sciendum est advocatis honoraria prorogari, *l. 1. §. Divus*, *de extraord. cogn.* atque etiam ut possent exigi per executores litium instantibus advocatis, qui suam operam clientibus contulerant: cogitur ergo, qui elegit operam advocati, ei honorarium prorogare: sed non si velit mutare advocatum: potest enim re integra .i. lite nondum contestata: quod primum est munus advocati. Sic procurator ante litem contesta. mutari potest: potest ita advocatus,
B post litem contestatam tamen non potest advocatus mutari, nisi causa cognita, *l. post litem*, *de procur. & l. seq. §. patrono*. Illud non est omittendum, quod ait, honoraria esse præstanda a clientibus, qui dare possunt: alioqui notum est advocatos interventu Judicis debere gratuitam operam accomodare his, qui honoraria prorogare non possunt, *l. nec quicquam*, §. *advocatus*, *de offic. Proconf. l. 1. §. ait Prætor*, *de postul.*

Ad §. Sin vero causæ *vel pupillorum*, *vel adultorum sint*, *vel aliorum sub cura agentium masculorum*, *vel feminarum: ut per tutores*, *vel curatores*, *vel actores*, *vel eorum procuratores agantur*, *& eorum desidia triennium fuerit elapsum*, *& causa ciciderint*, *litem quidem nihilominus suum habere vigorem: omnem autem jacturam*, *quæ ex*
C *hac causa oritur*, *ad tutores*, *& curatores*, *aut eorum fidejussores*, *heredesque*, *& res eorum*, *& ad omnes*, *quorum in hac causa legitime interest*, *redundare*, *&c.*

POstremum est de his, qui alieno nomine experiuntur, puta de tutoribus, actoribus, curatoribus, procuratoribus majorum. Primum videamus de procuratoribus majorum: si quis litem egerit per procuratorem, & procuratoris contumacia evenerit, ut diceretur sententia ex eremodicio, quæ rescindi nulla ratione potest, nec per appellationem: an poterit restitui lis beneficio restitutionis in integrum ex clausula generali: *si qua justa causa*, *&c.* Si lis sit mortua contumacia procuratoris, non si lis omissa sit culpa procuratoris, non est jus petendi restitutionem in integrum, sed est ei, qui
D causam amisit, est in procuratorem regressus per actionem mandati, vel negor. gestor. ut litis amissæ periculum præstet: pinguius succurritur pupillis, & ceteris, qui consilio tutorum, vel curatorum reguntur, vel qui litigant per procuratores & actores. Tractans hic Justinianus ultima parte de minoribus, numerat actores, tutores, curatores, procuratores: nam hi omnes possunt de jure minorum experiri. Sed quando etiam, & quomodo etiam utuntur minores opera actorum & procuratorum? cum scilicet absuturus tutor vel curator necessariæ rei causa potest actorem constituere, qui agat pupilli nomine, qui utique cavere debet de rato cum non datus sit a domino, *l. actor*, *rem rat. hab. l. un. inf. de act. a tut. dan.* procurator constituitur non a tutore, quia non est dominus, soli domini procu-
E ratores dant .i. ante litem contesta. sed post litem contest. tutor potest, quia contest. fit litis dominus: quia quilibet procurator post litem contesta. potest procurat. dare, poterit tamen ea causa ante litem contestæ. procuratorem constituere pupillus si præsens sit, & si fari possit tutore auctore, *l. neque*, *de procur. l. cum & minores*, *inf. si adv. rem jud.* Nunc finge: tutores vel curatores, vel procuratores, vel actores, qui litem minorum agitabant, litem amisisse, & triennium lapsum fuisse, & causa cecidisse, quid fiet? duplici via succurretur minoribus, restitutione in integrum ætatis beneficio. Item succurritur eis actione data tutelæ, vel nego. gestor. vel ex stipulatu, vel in factum adversus tutores, curatores, procuratores, heredes eorum, fide-

fidejussores eorum, magistratus municipales, qui eos dederunt: ut ea via minor ad jus suum perveniat. Sed videtur Justinia. significare hac ult. parte Constit. litem perimi solo triennii lapsu: nam ait, *& triennium fuerit elapsum, &c.* subjicit litem nihilominus suum habere vigorem .i. nullum habere vigorem, ut in *l. qui fundum, §. servus, pro empt. l. Alexandrinis, inf. de Decurion.* litem ergo perire: sed damnum præstari a tutoribus, curatoribus, & ceteris, vel beneficium restitutionis in integrum dari. Sed quod dicit triennium elapsum, adsignificare videtur trienni lapsu solo litem interire: triennii lapsu solo perit instantia, *l. ult. infra, ut in. cer. tem. criminal. qu. term.* i. reus relaxabitur observatione judicis & judicii, id est, jam non cogitur respondere amplius coram judice, & præsens esse in judicio: sed tantum abest, ut actio perimatur, ut litis contestatione perpetuetur actio, quæ est temporaria, litis contestatione perpetuatur .i. prorogatur in annos 30. *l. aliam, de no. & deleg.* & actio, quæ erat perpetua litis contestatione prorogatur in annos 40. *l. ult. inf. de præs. 30. ann.* Quid igitur dicemus si ex contumacia sententia dicatur? lis omnino consumitur, quia redintegrari nulla ratione potest, nec jus est appellandi: excipitur beneficium ætatis, cum minores egerunt causas suas per alios, & hi per eorum contumaciam sunt condemnati: lis moritur cum nec est spes restitutionis, nec appellationis, *l. 2. judicat. solvi*: quæ scilicet deperdita est, sicut res dicitur mortua Plauto, quæ deperdita est: at cum dicta est sententia non ex edicto peremptorio, sed utraque parte præsente, tunc tentari potest etiam sententia definitiva actionem extingui: quia novatur actio, *l. 3. inf. de execut. rei jud.* Sed quomodo hoc? datur enim pro actione pristina, actio judicati. Sed an actio ex actione, an lis ex lite nascitur? sed hæc actio judicati expedita est & facillima, quoniam habet summariam cognitionem, sicut actio jurisjurandi habet summariam cognitionem: & hac de re est singularis locus in *l. minor annis 40. de minorib.* Judex pronuntiavit, ut minori solveretur pecuniarium fideicommissum: minor scripsit se accepisse, & debitor judicatus tantæ pecuniæ, quasi creditæ ei cautionem fecit, & hac ratione cœpit deberi pecunia quasi ex causa crediti, an eo nomine potest minori competere restitutio in integrum? sic sane, quia actionem paratam ex causa judicati novo contractu redigit ad initium novæ petitionis, quod est incommodum. Sic igitur tene, quod finitur actio in judicium deducta sententia judicis, & datur actio judicati: qua ratione dices, actionem perimi, sed non omnino recte dicas actionem perimi, quia superest restitutio in integrum: tunc igitur proprie moritur lis, cum sententia lata est ex eremodicio. Hic erit finis, si modo adjecero quod prætermisi hodie, si ante litem contestatam moretur adversarius, eum posse damnari sententia definitiva, si de re possit liquere, hac ratione restitutum fuisse jus antiquissimum: nam & jure antiquissimo litem amittebat, qui vadimonium deserebat, non quidem statim, sed causa cognita, & expectato aliquantum temporis absente: quæ tamen causa, si videbitur stare ab absente, utique semper pro illo judex est judicaturus: sic restitutum est jus antiquissimum: nam si spectamus jus, quod est proditum Digestis & Codice, qui deserebat vadimonium, qui non veniebat ad litem contestandam, is tantum committebat pœnalem stipulationem judicio sisti, quæ semper interponebatur ante litem contestatam, vel etiam judex summatim cognoscebat de re: & si non erat evidens calumnia actoris, actorem mittebat in possessionem rei servandæ causa, *l. 2. inf. ubi in rem actio.* Sed hæc summaria cognitio litem non consumebat: licebat enim adversario reverso possessionem recuperare datis fidejussoribus, & litem peragere, & ita Novellæ restituerunt jus antiquissimum, Nov. de litigiosis, & Leonis 108.

Ad L. XIV. Rem non novam *neque insolitam aggredimur, sed antiquis quidem legislatoribus placitam: cum vero contempta sit, non leve detrimentum causis inferentem: cui enim non est cognitum, antiquos judices non aliter judicialem calculum accepisse, nisi prius Sacramentum præstitissent, omnimodo sese cum veritate & legum observatione judicium esse dispposituros, &c.*

LEx 14. est de jurejurando judicis & advocatorum. Postquam edidit Constit. Justinia. de jurejurando litigatorum, quæ est *l. 2. supra de jurejur. prop. cal. dan.* revocat primum antiquum morem, qui obsoleverat, ut judices priusquam judicent se obstringant religioni, & jurent in leges. Ascon. Ped. 2. in Verrem ait, solitos judices jurare in leges priusquam judicarent, & ob id in Pandectis sæpe religio judicantis adducitur: *ad religionem*, inquiunt, *judicis pertinet*, *&c.* judex sententiam proferre debet pro ut religio suggesserit, quia jurabant in leges, *l. eum quem, §. 2. de judic. l. 2. si usufr. pet.* priusquam acciperent *judicialem calculum* .i. prius quam sorte delatam provinciam judicandi susciperent: sortito enim eligebantur judices: & inde alii judices κληρωτοὶ .i. sorte electi, alii αἱρετοὶ .i. *arbitri compromissarii, alii κατὰ κλῆρον*, alii καθ' αἵρεσιν, καὶ ἐπιτροπὴν τῆς αἰτίας: nam id declaratur his verbis postea, *antequam primordium litis acciperent*: quod eo dicimus, quia in Constit. Justinia. calculus sicut Græcis ψῆφος significat postremam sententiam judicis: utitur Græco loquendi modo, vocat etiam eadem ratione formam, ut Græci τύπον vocant, id est, sententiam, *l. 1. de recep. arb. inf.* Sed hic calculus non postremam sententiam, sed litis initium significat, & sortitionem judicis, & hoc reducit hodie Justinia. ut similiter judices omnes jurent in leges, judices omnes Romani juris disceptatores vocat: quid est judex? juris disceptator: quid est judicium? juris disceptatio, ut Tull. ait in Top. *judicii finis est jus*, ex quo etiam nomen: monet igitur, ut judices jurent in leges .i. ut judicent semper propositis sacrosanctis scripturis, & quasi Deo teste, idque a contestatione usque ad extremæ sententiæ ex periculo recitationum, *l. 2. in princ. de jurejur. prop. cal.* cum ita rem executiunt, disceptant, definiunt, definitam recitant ex periculo, litigatoribus propositis sacrosanctis scripturis: ita omnia, quæ litis sunt videntur jurati peragere, quasi præsenti divino numine. Et hæc cum ita definit illo loco, *cum etiam ipsis magis, &c. Si quidem*, sic legendum, *litigatores causas proferunt*, legendum, *perferunt*: perferre dicitur causam judex, qui examinat, atque etiam advocatus, qui agit, *d. l. 2.* & litigator, qui actionem movet, vel etiam, qui vincit, pertulisse dicitur: sicut legem pertulisse, cui adscriptum est, uti rogas, *l. cum filius, in prin. de leg. 2.* at ut intelligatur hac Constit. astringi omnes judices, libet Justinia. enumerare omnia judicum genera: etiam eos enumerat, qui speciem tantum judicum obtinent: nec sunt vere judices, primum hanc Constit. vult observari ab omnibus magistratibus & majoribus & minoribus, qui imperium & potestatem habent, deinde a judicibus, qui a principe dantur, de quibus dictum est *l. 5. hoc tit.* qui dicuntur judices extraordinarii, *l. 2. inf. de dilat.* & a Paulo 5. *Sent. tit.* 5. qui a principe extra ordinem petuntur, tum ii, qui a magistratibus dantur, judices pedanei, judices delegati. Item ii, qui jurisdictionem aliquam habent sine Imperio, ut Duumviri, sive magistratus municipales, qui jurisdictionem habent usque ad certam summam: Imperium non habent, ut ait Paulus eodem loco, ea, quæ sunt Imperii magis quam jurisdictionis, exequi non possunt, *l. ea quæ, ad municip.* hi etiam non debent injurati ad judicandum accedere. Item ii, qui aliqua lege confirmantur, *l. pen. de judic.* vulgo exemplum non adferunt, sed petendum ex *l. & quia, de jurisd. omnium jud.*

jud. Hi sunt, quibus magistratus mandat jurisdictionem: his enim lex jurisdictionem non detulit, sed confirmavit mandatam, & quibus lex Julia videlicet judiciorum privatorum. His etiam adjunguntur qui ex recepto .i. compromisso adeuntur, quod judicium imitatur: recipere est promittere: & ideo in Digestis tit. de receptis .i. compromissariis. Qui enim adeunt arbitrum, invicem promittunt pœnam ni arbitrio, id est, sententiæ arbitri paruerint, atque ita vinculo pœnæ ei obtemperare coguntur, qui alias non obstringerentur, & quod ait, compromissum judicium imitari, id est interpretandum ex *l. 1. de recep: arb.* quæ ait compromissum redigi ad similitudinem judiciorum, sed non utique semper compromissum comparatur judicio, *l. quid ergo, §. ex compromisso, de his qui not. inf.* dicite ex judicato infamia notari condemnatum, ut si damnetur furti, aut depositi, aut tutelæ, vel generaliter de dolo malo: sed ex compromisso arbiter infamiam non facit, etiamsi damnetur quis depositi, vel tutelæ, *quia*, inquit, *non per omnia sententia est:* & ob id etiam ex sententia arbitri non est actio judicati, non est exceptio judicati; *l. 2. de recep. qui arb. l. 1. sup. de re. arb.* sed est actio ex stipulatu pœnæ nomine in stipulationem deductæ adversus eum, qui non obtemperat arbitrio, vel est actio ex clausula doli mali, quæ etiam compromissis adjiciebatur: *dolum malum abesse absuturumque:* & si est actio ex illa clausula, est etiam exceptio doli mali: nam si sordes, aut evidens gratia ejus, qui arbitratus est intervenerit, & ob id condemnatus nolit parere arbitrio, si conveniatur ex stipulatione pœnæ nomine, se tuebitur exceptione doli mali, *l. 3. inf. de recep. arb. l. non distinguemus, §. cum quidam, eod. tit.* est igitur tantum actio ex stipulatu, vel exceptio doli mali, non judicati actio, vel exceptio: non licet etiam ab arbitro appellare, quem elegisti, cum tamen liceat a judice, quem invitus suscepisti: æquo animo ferre debes ejus sententiam, quem ipse elegisti, hoc jure non licet ab arbitro appellare, *l. 1. & l. non distinguendum, §. & idem, de recep. arb.* quod tamen in Gallia non observatur: nam ab arbitro appellare licet: non igitur per omnia arbiter perinde habetur: sed quod attinet ad jusjurandum, arbitri hac Constitutione judicibus comparantur: idemque omnino statuendum est de arbitris, qui adeuntur sine compromisso ex Carthag. synodo can. 89. & 123. Quidam sunt arbitri compromissarii, quidam sunt arbitri, qui adeuntur sine compromisso, jurejurando interposito, nec enim pœnam interponunt litigatores, *l. 3. inf. de rec. arb.* quod tamen sustulit Justinia. *Nov. de judicibus*, nec voluit jurejurando interposito adiri arbitros, & ante eam non erant arbitri sine compromisso. Quidam etiam erant arbitri, qui dabantur a judicibus veluti arbitri fidejussoribus probandis, cum non potest judex huic rei operam dare, *l. arbitro, qui satisd. cog.* vel arbitri rationibus excutiendis, quibus excussis res redibat ad judicem, *l. si cui, de cond. & demon. & l. si pater, §. si Sticho, de fideicomm. liber. l. si quis dicat, de manum.* Et arbitri ad restituenda bona ex causa fideicommissi, cum est difficilis æstimatio bonorum, *l. cum fideicommissum, de confess.* & arbitri ad distrahenda bona, missis creditoribus in possess. ad perquirenda ea bona, quæ deteriora futura sunt mora, *l. magistratus, de reb. auct. jud. poss.* & hi arbitri possunt etiam dari a judicibus delegatis; non potest quidem judex datus alium judicem dare, veluti rationibus excutiendis, fideicommissis probandis: quod probat *l. ult. sup. ubi, & ap. quem cog. rest. in int.* quidam alii sunt arbitri, qui eliguntur consensu communi partium, sive compromisso, sive jurejurando, sive auctoritate judicis, sine vinculo ullo, cui impune non parent, nisi sit forte judex incompetens, quem tamen faciunt competentem communi consensu: nam ei quem habuerunt pro competente judice, cum esset incompetens, quem adierunt communi consensu non quasi arbitrum, huic

A parere coguntur, *l. 1. de judic.* sed si is, quem adierunt communi consensu quasi arbitrum, si privatus sit, sane impune non parebunt, nisi sententiam ejus sua subscriptione confirmaverint: tunc enim obtemperare sententiæ compelluntur, *l. pen. sup. de recep. arb.* & ita tot fere sunt arbitrorum genera, qui judices imitantur, quot judicum: posuimus quatuor arbitrorum genera, totidem sunt judicum: & quod diximus de arbitris, explicatur his verbis in hac *l.* cum ait, *vel qui ex recepto*, id est, ex compromisso, *causas dirimendas suscipiunt:* hoc est primum genus arbitrorum, vel qui arbitrium peragunt ex auctoritate sententiarum, vel partium consensu electi sunt: delendum, *sunt*, quibus verbis comprehenduntur alia duo genera arbitrorum, qui prætermisso compromisso dantur a judice, vel qui
B eliguntur communi consensu: confirmat §. *patroni* in illo loco, *vel apud arbitros, sive ex compromisso, vel aliter datos* .i. sine compromisso: idem etiam indicat *l. ult. sup. ubi, & apud qu. cog. rest.* hos omnes judices vult jurare in leges, & judicare rem totam ab initio usque ad extremum terminum, propositis Sacrosanctis Scripturis. Adjicit de jurejurando advocatorum, ut hi post litem contestatam jurent: & litem contestatam eleganter ita definit, *post narrationem propositam, & contradictionem objectam:* litis contestatio conficitur ex narratione actoris, & responsione rei: post litem ita contestatam advocati jurant se nihil prætermissuros, quod ad rem clientis pertineat, se liti injustæ, ac improbæ operam non daturos: & si forte susceptam postea cognoverint talem esse, ex animi sui sententia de-
C serturos, qua sola ex causa advocatus susceptum semel clientem deserere potest, sicut etiam ex contrario non potest cliens mutare advocatum. Sed hoc debet intelligi secundum initium §. quo proponitur litem contestatam esse: nam hoc ordine procedit res, ut post litem contestatam advocati jurent, & post jusjurandum non potest ipse deserere clientem, nec deseritur ab illo: & quo loco hoc proponit Justinia. utitur his verbis *spreto*, verbum illud cruciat Accurs. sed omnes libri scripti auctores sunt esse delendum, & Græci vocem illam prætermittunt: *μὴ ἔχοντος ἄδειαν τοῦ δικαζομένου ἕτερον δικολόγον προτρέπεσθαι.* Itaque comparatur hodie advocatus procuratori: nam etiam procurator post litem contestatam non potest mutari, & tamen ut secus statueretur in advocato, quam in procuratore erat
D ratio: non enim mutatur nisi ex rectis causis procurator: quia litis contestatione dominus litis efficitur, & exequitur suo nomine, ut ait *lex 11. procurator, §. 1. de do. ma. excep. l. ab executore, §. ult. de appell. l. nulla, sup. de procurat.* advocatus non constituitur dominus litis, quia non experitur suo nomine ullo modo, sed recitat tantum jus alienum. Itaque erat quidem ratio non mutandi procuratoris, non vero advocati. Verum hæc Constit. jubet etiam non mutari advocatum post litem contestatam, quinimo si uni litigatori plures fuerint advocati, & quidam clientem deseruerint, moti forte iniquitate causæ, non potest cliens in locum illius advocati, qui rejecit clientem, alium substituere, sed cogitur esse contentus ceteris, qui secus sentiant. Verum ante litem contestatam in ipso articulo inchoan-
E dæ litis non est dubium quin mutari possit procurator, & ita est accipienda *l. præcedens, §. pen. l. ante litem, de procur.* sicut constat procuratorem posse mutari ante litem contestatam qualibet ex causa.

Legem XV. exposuimus in *l. properandum.*

Ad L. XVI. Apertissimi juris est, *licere litigatoribus judices delegatos, antequam lis inchoetur, recusare, cum etiam ex generalibus formis sublim. tuæ sedis statutum sit, necessitatem imponi, judice recusato, partibus ad eligendos arbitros venire, & sub audientia eorum sua jura interponere. Licet enim ex Imperiali numine judex delegatus est: tamen quia sine suspicione omnes lites procedere nobis*

bis cordi eſt: liceat ei, qui ſuſpectum judicem putat antequam lis inchoetur, eum recuſare, ut ad alium curratur, libello recuſationis ei porrecto: cum poſt litem conteſtatam, neque appellari poſſe ante definitivam ſententiam jam ſtatuerimus, neque recuſari poſſe, ne lites in infinitum extendantur: eodem ſcilicet executore neceſſitatem partibus per ordinarium judicem, & omne civile auxilium imponente, & arbitros eligere, & ad eos venire, & ſic litem appetere, quaſi arbitri fuerint ab Imperiali culmine delegati. Quod etſi ab Imperiali Majeſtate judex delegatus non ſit, ſed ab alio culmine, obtinere cenſemus. Dat. V. Kal. Maii Conſtantin. Lampadio, & Oreſte VV. CC. Conſſ.

LEx 16. eſt de recuſationibus judicum: judex datus recuſari poteſt ante litem conteſtatam, etiamſi extra ordinem datus ſit a principe, princeps ipſe recuſari non poteſt: poſt litem conteſtatam non admittitur recuſatio judicis hoc jure, quia litis conteſtatione approbari videtur judex, & omnino in eum conſentire videntur litigatores, & recuſationibus renunciare, quas forte habuerint ante litis conteſtationem, *l. ult. inf. de ſent. & interl. omn. jud.* non licet etiam, ut *d. l. ult.* & lex iſta oſtendit, appellare poſt litem conteſtatam ante definitivam ſententiam: & hac in re comparatur recuſatio appellationi: nam recuſatio etiam non fit poſt litem conteſtatam: ſed quia nec ante litem conteſtatam appellare licet, vel a libelli citatione, vel edicto peremptorio, vel qua alia juſſione judicis emiſſa, ante conteſtationem litis: Ideo diſtat recuſatio ab appellatione: nam ante litem conteſtatam licet judicem recuſare, cum tamen ab eo non liceat appellare: ſed jure canonico nihil intereſt: nam appellari poteſt a judice, & ante litem conteſtatam, & poſt, ſi quis ſe a judice gravari exiſtimet, *cap. ſuper eo 2. de appell.* & recuſari judex poteſt poſt litem conteſtatam ex nova cauſa, ut hodie fit, *cap. inſinuante, de offic. deleg. & qua in cauſa non admittitur appellatio, nec admittitur recuſatio judicis, d. cap. ſup. eod.* hoc jure recuſatio fit .i. removetur judex, quaſi ſuſpectus ante litem conteſtatam tantum, recuſatio igitur non fit niſi ante litem conteſtatam, ut palam definitur hac conſtitutione: quod etiam poteſt confirmari ex jure canonico *ex cap. inter monaſterium, de ſentent. & re jud.* quo Pontifex cauſas removendi judicis, quaſi ſuſpecti cenſet jure dilatoriarum exceptionum: conſtat autem dilatorias exceptiones eſſe opponendas ante litem conteſtatam: ergo & cauſas remotionum, ſive recuſationum, quæ comparantur dilatoriis exceptionibus. Exceptiones dilatorias eſſe opponendas ante litem conteſtatam indicat *l. 19. infra de probat. l. pen. & ult. inf. de except. l. nemo, de juriſd. omn. jud. l. ſed etſi ſuſcepit, in princ. de judic.* cujus generis eſt præſcriptio fori: hæc objicienda eſt in ipſo limine quæſtionis, ut ait Symmachus in Epiſtola ad Theodoſium, loquens de procuratoria exceptione, cum dicitur procurator non jure datus, aut dicitur falſus eſſe, quæ etiam eſt dilatoria exceptio, & opponenda ante litem conteſtatam, *l. ita demum, & l. licet, ſup. de procurat. l. cum filiusfam. §. veterani, l. Pomponius, eod. tit. l. & ideo, de no. ap. nunc.* peremptoriæ exceptiones, veluti rei judicatæ, aut jurisjurandi, aut Macedoniani, aut Vellejani opponi poſſunt poſt litem conteſtatam, quia dilatoriæ exceptiones, veluti præſcriptio fori ex perſonis deſcendunt: peremptoriæ ex cauſis & rebus: Illæ quia deſcendunt ex perſonis, initio judicii opponendæ ſunt. Judicium conſtat ex perſonis his, nempe judice, actore, reo, vel procuratoribus eorum: cum igitur judicium non poſſit eſſe ſine his perſonis: de perſonis prius conſtituendum eſt, quam judicium inchoetur .i. lis conteſtetur, an judex ſit competens, quæ eſt præſcriptio, ſeu exceptio fori, an procurator vere ſit procurator: ſed cum dilatoriæ exceptiones deſcendant ex cauſis, qualis eſt exceptio pacti temporarii, puta ſi pacti ſunt ne intra triennium petatur, hæc poſſet opponi poſt litem conteſtatam, ut quidam interpretes adnotarunt *ad l. 19. de probat.* Igitur dilatoriæ exceptiones, quæ ex perſona deſcendunt, opponendæ ſunt ante litem conteſtatam: his comparantur cauſæ recuſationum, cum judex dicitur eſſe ſuſpectus: nam & hic de perſona judicis agitur, judicii principe. Igitur par eſt ante litem conteſtatam expediri, ſuſpectus ſit nec ne judex. Et quod dicitur *in capit. inſinuante*, quodque probat etiam poſt litem conteſtatam judicem recuſari, id ita accipitur, ſi nova quædam cauſa ſuſpicionis ſupervenerit, quæ nulla fuerit initio litis, vel quæ non fuerit litigatori explorata initio litis, tunc licet etiam judicem datum poſt litem conteſtatam recuſare, quod a jure civili non abhorret: nam etiamſi omnibus locis jure civili proditum ſit, judicem recuſari debere ante litem conteſtatam, tamen facile hanc exceptionem admittunt, niſi quæ nova ſuſpicionis cauſa intervenerit, ut ſi contraxerit adfinitatem cum altero ex litigatoribus, vel ſi alteri ex litigatoribus inimicus eſſe cœperit, & cum alio in judicio criminali reum poſtulaverit: ſed ex cauſa, quæ nota fuit litigatori ante litem conteſtatam, poſtea non poteſt judex recuſari, quoniam litem conteſtando videtur ei renuntiaſſe, non poteſt litigator de perſona judicis queri. Olim etiam auctore Aſconio II. in Verr. rejectio, id eſt, recuſatio, & ut eſt in veterum gloſſis, *ὑποβολὴ καὶ ἀπόληξις κριτῶν*, fiebat ſtatim poſt ſortitionem ante litem conteſtatam, his fere verbis, quaſi ſolemnibus, *Ejero illum judicem; quia iniquus eſt*, *2. de Oratore*, cur ejero? quia fiebat rejectio interpoſito jurejurando, ſufficiebat jurisjurandi religio, nec erant probandæ, vel adferendæ cauſæ ſuſpicionum, *Cic. de petit. conſulatus: vocem adjicimus jurantes ſe Romæ cum Græco homine certare non poſſe*: ſed hodie non interponitur jusjurandum: fit enim recuſatio libello porrecto judici, & addita cauſa, cujus nonnumquam etiam probatio a litigatore exigitur, *l. ſi pariter, de lib. cau.* cujus ſententia hæc eſt: ubi ſunt mutuæ petitiones, conventiones, & reconventiones, mittendos eſſe litigatores ad eundem judicem, *niſi*, inquit, *juſtam cauſam adferat quare ad eum mitti non debeat, forte ſi eum judicem ſibi inimicum eſſe affirmet*: & porrigitur libellus ei judici, qui recuſatur, vel ut declarat lex ult. hujus tit. ſi judex datus, quem recuſat litigator longius forte abſit, non eſt libello conveniendus, poteſt enim tunc abſentem judicem recuſare apud acta præſidis provinciæ, ſi præſto ſit, vel ſi is abſit, apud acta defenſoris locorum, vel apud acta Magiſtratus municipalis: hodie etiam hæc omnia Novellis Juſtiniani comprobantur, & hoc tamen adjectum Novellis 53. & 82. dari a Juſtiniano litigatori cuilibet poſt oblationem libelli, ante litem conteſtatam dies 20. ut proinde deliberet velitne judicem datum recuſare, an approbare: nec poteſt lis conteſtari antequam dies illi 20. præterierint, ſi nolit eum judicem unus ex litigatoribus ſequi: ſi quæ cauſa ſuſpicionis moveat, vel dimoveat eum ab eo judice: recuſato autem judice, hac Conſtit. & ult. declaratur, alium dandum eſſe judicem vel arbitrum: eſſet enim abſurdum ſi in locum dicti judicis non daretur alius, qua de cauſa is, qui recuſat judicem datum, cogitur eligere arbitros, & apud eos litigare: eligi debet hic arbiter, qui ſubditur in locum recuſati judicis communi conſenſu partium, vel ſi non poſſunt conſentire in unum judicem, eligi debet imminente præſide Provinciæ, & eos cogente, ut conſentiant in unum, vel defenſore locorum, ut Magiſtratu municipali, *l. ult. hoc tit.* & cogitur primus, qui recuſavit alium arbitrum optare, non invito adverſario per executorem intra triduum poſt recuſationem prioris judicis, per executorem ejus litis ſcilicet, qui initio litis datus eſt, id eſt, per apparitorem, non ut Accurſ. male ait, per judicem delega-

legatum cui mandata est hujusmodi causæ exactio, vulgo male, examinatio, quod imposuit. Accurs. sed causam exigit apparitor, & cui mandata est causæ exactio, id est ἐκβιβασμός: nam & executor dicitur ἐκβιβαστής. Igitur eam exigit & exequitur apparitor, & sic recte Haloander legit *exactio*: sic apparitor dicitur executor: & in hac *l. 16. eodem*, inquit, *executore*: perperam Haloander, *in eo*, cum tamen nihil dixisset supra de executore, sed ita est interpretandum, *eodem executore*, qui initio ei controversiæ datus est, non alio: mutatur quidem judex & recusatur, *sed executor numquam mutatur*, & ea ætate, qui judicem dabat, & executorem dabat, nec enim judex datus habebat propriam apparitionem, sed accipiebat a magistratu, & quoties res majorem apparitionem exigebat, utebatur apparitione magistratus, *Novell. de testibus*, & *Novell. de duobus reis*, quinimo intra triduum post recusationem cogit litigatorem, qui rejecit judicem, executor arbitrum, vel arbitros eligere, consentiente adversario. Jure canonico facta recusatione, & rejectione, coguntur litigatores eligere arbitros, apud quos causæ suspicionum examinentur, a quibus expleatur recusatio: requiris & *cap. cum speciale*, *de appell.* & *cap. licet*, *de foro compet.* sed hoc non ita est jure civili: nam non ita dicitur ex *hac l.* & *l. ult.* eligi arbitros excutiendis recusationum causis, qua in re forsitan abusi sunt auctores canonici, qui existimarunt eligi hos arbitros hac constitutione recusationum definiendarum causa, cum palam dicatur, eligi litis finiendæ causa. Ad summam, illo jure recusatione porrecta eliguntur arbitri, apud quos excutiatur recusationis causa: hoc jure eliguntur arbitri recusatione peracta agente executore litis, apud quos lis disceptatur, a quibus etiam potest appellari, ut ait *l. ult.* Ad quos vero? ad eum scilicet, qui recusatum judicem dedit, quia scilicet hi arbitri videntur subditi in locum recusati judicis, ac pro eo habentur ac si essent dati ab eo, qui judicem recusatum dederat, ut declarat hæc lex 16. in fi. proinde si dederat recusatum judicem princeps, & postea si arbiter electus videbitur datus a principe, vel etiam si prætor judicem dederit, hic arbiter videbitur addictus a prætore: certum est autem a judice dato appellari eum, qui dedit, *l. 1. qui & a quo app.* proinde ab hoc etiam arbitro, qui videbitur subditus ab eodem illo magistratu, debet appellari is, qui judicem recusatum dederat. Dices: sic igitur appellatur ab arbitro, quod est contra *l. 1. de recep. arb.* Hic arbiter addictus est citra compromissum, & est judex vere, non imaginem habet judicis, ut arbiter compromissarius: sed vere judex est, vereque dicitur subditus ab eo, qui recusatum judicem dederat. Cur igitur appellatur arbiter, non judex? quia scilicet communi consensu partium eligitur, ideo arbitri nomen datur, qui tamen judex est, ut arbiter pro socio, tutelæ, & inde in *l. ex consensu*, *in prin. de appell.* arbitrum datum a Præside ex communi consensu litigatorum si sententiam dixerit, non posse impedire, quin ab eo appelletur: unde res ita distingui debet: ab arbitro compromissario non posse appellari, ab arbitro dato a magistratu, vel ab eo, qui datus esse censetur, licere appellare, licet sumptus sit communi consensu partium citra compromissum. Postremum hoc erit, quod de hac re adnotari velim, recusari tantum, ut videtur, judices datos, judices speciales, ut ait *l. ult.* sunt enim speciales judices quando singulis litibus singuli judices addicuntur, secundum morem antiquum, & sic in *l. ult. de off. præt.* & *l. 1.* & *l. 5. de offic. præs.* Præses vel Prætor seipsum judicem specialem dare non potest: omnes loci, qui sunt de recusationibus judicum, loquuntur de Judicibus datis, non de magistratibus, quæ res fecit ut Bulgarus existimaret, Magistratus non posse recusari: & frustra in contrarium tentant ex *l. si pariter*, *de lib. cau.* etiam magistratum posse recusari: hac scilicet specie, quod

A ibi agatur de liberali causa, de qua cognoscat solus Magistratus, quem tamen cognitorem palam posse recusari lex definit. Sed hoc etiam est falsum: nam etiam judex specialis poterat dari in liberali causa, *l. 6. de reb. cred.* & *l. Pomponius*, & *l. inter pares*, *de re judic.* frustra etiam adferunt *l. nemo*, *inf. de jurisd.* quæ non est de remotione suspecti judicis, sed de præscriptione fori ut cum judex dicitur esse incompetens, non suspectus, quæ præscriptio etiam Magistratui potest opponi, & hæ exceptiones omnes, quas tentavit ad hanc l. adferre Bulgarus, sunt de illa præscriptione fori, non de recusatione suspecti judicis: quæ duo non debemus confundere: an igitur dicemus solos judices datos recusari jure posse? dicemus solos Judices datos tantum recusari, quia scilicet Magistratus non judicant jure ordinario,

B sed tantum judicem dant: non est causa ejus recusandi, qui judicem dat: Magistratus non judicabant, nisi extra ordinem, & ubi judicabant extra ordinem, affirmamus eos potuisse recusari ante litem contestatam, idque refert Nov. 96. vel etiam litigator, si nolit recusare, desiderare potest ut ei adjungatur collega, vel Episcopus συνδικαστής, in Nov. 13. & 86.

Ad L. pen. Certi juris est, *quod concessa etiam militaribus hominibus judicandi facultas. Quid enim obstaculi est, homines, qui alicujus rei peritiam habent, de ea re judicare? cum sciamus & militares Magistratus, & omnes tales homines per usum quotidianum jam esse approbatos: ut & audiant lites, easque dirimant, & pro sui & legis scientia hujusmodi altercationibus finem imponant.*

C *Dat. Kal. Novemb. Lampadio, & Oreste VV. CC. Conss.*

Lex pen. est aperta, scilicet, militares homines posse judicandi officio fungi, puta Magistros militum, vel tribunos, inter militares viros scilicet; vel etiam inter privatum actorem & reum militarem: quoniam actor sequitur forum rei. Idem proditum in *l. pen. inf. de jur. omn. jud.* in qua Imper. ait, se Magistris militum concedere facultatem non tantum causarum militarium, sed etiam causarum civilium audiendarum. Simili loquendi forma usus est Cicero in Vatinium, *Eripueras senatui provincias decernendi facultatem*: & 5. Philip. *agrorum suis latronibus condonandi*, & Comicus in Capt. *nominandi istorum tibi erit magis, quam edundi copia*: sed inter privatos nullam habent jurisdictionem, nec

D inter militem actorem & privatum reum, *l. ii*, *inf. si a non comp. jud.*

AD TITULUM XXXI.

DE PETITIONE HEREDITATIS.

PRIMUM notandum est, petitionem nihil aliud significare, quam vindicationem, *l. 28. actio in personam*, *D. de obligat. & acti.* Sed aliam esse vindicationem specialem, id est, re-

E rum singularum, aliam rerum universalium, *l. 1. in princ. D. de rei vind.* hæc vindicatio est rerum universarum, est enim hereditas universitas, sive universum jus quoddam successionis: est, inquam, hæc vindicatio de universitate, veluti de hereditate, quæ est petitio hereditatis civilis, vel etiam de bonorum possessione, quæ est & dicitur possessoria, sive Prætoria hereditatis petitio, vel de fideicommisso hereditatis universalis, quæ dicitur fideicommissaria hereditatis petitio, vel etiam de castrensi peculio, *l. item veniunt*, §. *non solum*, *D. de petit. hered.* quæ est petitio hereditatis ex Constitutionibus: Nam testamento filiifamilias militis scriptum patrem, vel extraneum in peculio castrensi Constitutiones Imperatorum heredem faciunt, *l. 2.*

l. 2. §. si filiifam. D. famil. ercisc. & scripto in castrensi peculio datur petitio hereditatis adversus possessorem ejus hereditatis, *l. filiifamilias, D. de petit. hered.* Quod si filiusfamilias miles testamentum non fecerit de castrensi peculio, sed intestatus obierit, peculium castrense remanet apud patrem superstitem jure patrio, ac si esset peculium paganum, & tunc bona castrensia, quæ pertinent ad patrem, filio intestato defuncto, si quis possideat, non potest ea vindicare pater hoc judicio Petitione hereditatis, sed necesse est ut experiatur speciali vindicatione, ut vindicet singulas res peculiares speciali in rem actione. Denique patri est vindicatio in rem, vindicatio rerum peculiarium specialis, non universalis, non ergo petitio hereditatis, non etiam vindicatio peculii. Generalis est quidem vindicatio gregis & armenti, & equitii, nec necesse est singula capita vindicari, sed in universum vindicatur grex, sed non vindicatur sic in universum peculium, sed singulas res peculiares vindicari a possessore necesse est, nec ulla de peculio universalis vindicatio est, quamquam sit universalis condictio, *l. vindicatio 56. D. de rei vindic.* Cur non est de peculio castrensi, quasi de hereditate petitio hereditatis, patri? quia pater ea bona occupat jure suo, jure peculii, non jure hereditario, cum filius decessit intestatus, *l. filiusfamilias 18. D. ad legem Falcidiam, l. 2. D. de castr. pecul.* Ex his apparet quibus casibus locus sit petitioni hereditatis.

Ad L. I. Senatusconsultum auctore *Divo Hadriano avo meo factum, quo cautum est, quid & ex quo tempore evicta hereditate restitui debeat: non solum ad fisci causas, sed etiam ad privatos hereditatis petitores pertinet.*

Ad §. Usuras vero *pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditariarum rerum ab eo factæ, qui ante possidebat, collectas, nec non etiam fructus bonæ fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterint. Post litem autem contestatam tam fructus non venditarum rerum, non solum quos perceperunt, sed etiam quos percipere poterant, quam usuras precii rerum ante litis contestationem venditarum, ex die contestationis computandas omnimodo reddere compellantur. PP. VI. Kal. Febr. Claro, & Cethego Conss.*

FUit de petitione hereditatis factum Senatusconsultum, quo exprimitur quid evicta hereditate per petitionem hereditatis restitui debeat, & ex quo tempore. Quæ inspectio prima occurrit in hoc tractatu: Nam ubi intellexeris, quibus casibus locus sit petitioni hereditatis, mox quæsieris quid in eam petitionem præter universitatem veniat, & huic rei forma datur Senatusconsulto, quo declaratur quid evicta hereditate per petitionem hereditatis restitui debeat, & ex quo tempore. Id Senatusconsultum lex prima hujus tituli ait, factum fuisse auctore Divo Hadriano, id est, ex oratione Hadriani habita in Senatu, *l. si & rem 22. l. istud 40. D. de petit. hered.* Habuit Hadrianus eam Orationem per Quæstorem, quoniam *l. item veniunt 20. §. præterea hæc, D. de petit. hered.* ait Hadrianum quid de ea re fieri placeret libello complexum: Ergo per Quæstorem (qui dicebatur Candidatus Principis) ut moris erat, *l. 1. D. de offic. Quæstor.* non per se, sed per libellum recitatum a Quæstore, sive candidato; & ita Suetonius in Augusto *cap. 65. Augustus libello per Quæstorem recitato notum Senatui fecit;* libellus igitur est oratio principis recitata in Senatu per quæstorem, quam solebat sequi Senatusconsultum congruens Orationi, & consentiens. Hadrianum auctor hujus Constitutionis vocat avum suum. Est igitur hæc Constitutio Marci Philosophi, non Titi, id est, Divi Pii, ut plerique codices male. Tito Hadrianus fuit pater non avus; cujus tamen Titi eadem hac de re Constitutio similis refertur in *l. si ipsa, D. quod met. caus.* Sed quamvis sit hæc Constitutio Marci Philosophi, cum Hadrianum vocet avum suum, non ideo tamen ut quidam fecit, inscriptio legis ita est emendanda, *Imperator Marcus Aurelius Antoninus*, vulgo M. Ælius Antoninus, recte: nam & in nummis, & in lapidibus antiquis vocatur M. Ælius Adrianus.

Duæ autem sunt partes hujus Constitutionis dignissimæ exacta interpretatione. Prima parte Marcus docet, Senatusconsultum illud, cujus fuit auctor Hadrianus, factum quidem fuisse in causa fiscali, fisco scilicet petente hereditatem, sed pertinere etiam hoc Senatusconsultum ad privatorum causas, id est, quæ fisco petente hereditatem in judicium veniunt, eadem etiam veniunt privato petente hereditatem, *l. item veniunt, §. in privatorum, D. de petit. hered.* Ita evenerat ut fiscus peteret hereditatem, quæ res ansam præbuit Principi recitandæ Orationis, qua forma præscriberetur certa his judiciis centumviralibus. Igitur pertinet S. Consultum ad omnes petitiones hereditatis: inducitur porro eo S. Consulto differentia inter bonæ fidei possessorem, & malæ fidei possessorem. Bonæ fidei possessor est, qui se existimat heredem esse, qui justam causam habet quare bona ad se pertinere putet: Malæ fidei possessor est, qui prædonis mente res hereditarias apprehendit, qui invasit bona cum sciret ea ad se non pertinere. Secunda pars hujus Constitutionis est de bonæ fidei possessore, id est, de his, quæ præstare, & restituere debet bonæ fidei possessor, a quo petitur hereditas. Bonæ fidei possessor, si adversus eum judicetur, usque eo duntaxat condemnatur, quo ex ea hereditate locupletior factus est ante litem contestatam: ergo damnatur restituere fructus extantes, non bona fide consumptos ante litem contestatam: damnatur restituere pretia rerum venditarum ante litem contestatam, & pretia fructuum venditorum, quæ scilicet habet, quæve in rem suam vertit, non etiam quæ male consumpsit & dilapidavit, deperdidit, donavit, dum re sua se abuti putat, quo genere non fit locupletior. Idem erit si contemplatione hereditatis, quam putat sibi delatam, lautius impenderit, & vixerit, *l. sed & si lege, §. si quis re sua, & §. quod ait, D. de petit. hered.* Ideo, inquit, *non est factus locupletior, quod lautius contemplatione hereditatis impendit*, id est, ut Basilica vertunt δαψιλέστερον, splendidius & lautius vixerit. Itaque non est mutandum in *latius:* & simili ratione, bonæ fidei possessor tenetur restituere pœnam pretii tardius soluti; quam stipulatus erat: nam quandoque venditor ab emptore stipulatur pœnam si tardius pretium solverit: quam pœnam bonæ fidei possessor, si consequutus sit, restituere damnatur, quoniam lucrum ex hereditate fecit, & sic damnabitur restituere arras, *l. utrum, l. sed & si lege, in princ. D. de petit. hered.* Usuras autem pretii, sive pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum bonæ fidei possessor restituere non damnatur, quas scilicet non accepit, vel quibus acceptis non est locupletior factus, & hæc quidem ante litem contestatam: post litis contestationem longe aliter restitutio fit, quia incipit esse malæ fidei possessor: exiguntur ab eo fructus rerum non venditarum interim ex tempore litis contestatæ percepti, atque etiam percipiendi. Itaque damnatur restituere non tantum fructus, quos percepit post litem contestatam, sed & quos percipere potuit, & percipere neglexit, quia pro malæ fidei possessore habetur post litem contestatam: exiguntur ab eo etiam pretia rerum venditarum ante litem contestatam, vel pretia fructuum venditorum ante litem contestatam, quod est certum, sed exiguntur etiam usuræ pretiorum ex tempore litis contestatæ. Et in summa, pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum facta ante litem contestatam, usuræ non currunt ante litem contestatam, sed post litis contestationem ejus pecuniæ usuræ procurrunt, usuræ inquam semisses, *l. 1. inf. de his quibus ut indig.* quæ sunt modicæ, & moderatæ usuræ, & comprobatæ a Justiniano tam in fisci, quam in privatorum causis. Et

hæc

hæc omnia, id est fructus & usuras post litem contestatam præstat possessor hereditatis omnimodo, id est, sive locupletior sit factus, sive non: ante litem contestatam ita demum si factus sit locupletior. Et hæc est sententia secundæ partis: verba hæc sunt, *usuras vero* &c. *qui antea possidebat*, id est, ante petitionem, & ita Thalelæus rectissime hic. Sed si hic bonæ fidei possessor, id est, qui ab initio fuit bonæ fidei possessor tempore apprehensæ possessionis, post litem contestatam res hereditarias vendiderit, quid statuendum de pretiis? nam hæc Constitutio loquitur tantum de eo qui vendidit ante litem contestatam: & hunc ait debere usuras pretiorum, computandas non ante litem contestatam, sed a die contestationis tantum, & debere etiam pretia restituere, atque etiam fructus omnes perceptos, aut percipiendos post litem contestatam. Sed quid fiet si post litem contestatam, id est, pendente lite, vendiderit res hereditarias, & pretium ex his receperit, an nihil interest vendiderit ante, vel post litem contestatam? imo multum interest: quia si vendiderit ante litem contestatam, pretii tantum, & usurarum nomine tenetur a tempore contestationis, sed si vendiderit post litem contestatam, non pretia, sed ipsæ res venditæ, & fructus earum in petitionem hereditatis veniunt, exemplo malæ fidei possessoris, quia habetur pro prædone. Itaque curare debet, ut eas res, & earum fructus recipiat ab emptore, si extent apud emptorem, si deperditæ non sint: vel si non possit recipere ab emptore, tantum præstari, quantum in litem petitor hereditatis juraverit, vel si res sint deperditæ vel usurpatæ, debet restituere non pretium quod accepit; quid enim si minoris vendiderit justo pretio? sed debet restituere justum pretium rerum distractarum, *l. item veniunt*, §. *simili modo*, & §. *ceterum*, & §. *quid si post*, & §. *ult. ff. eod.* Igitur malæ fidei possessor, vel bonæ fidei possessor, post litem contestatam, si vendiderit res hereditarias, tenetur in ipsas res & fructus earum, nec potest defungi præstatione pretii & usurarum. Verum huic sententiæ in dicto §. *ceterum* Ulpianus opponit Rescriptum Severi, id est, opponit *l. 1. de his quib. ut indig. inf.* Ea lex est de malæ fidei possessore: nam loquitur de herede scripto, vel legitimo, qui reliquit inultam necem defuncti, cui fiscus eripuit hereditatem quasi indigno, & est plane hic malæ fidei possessor, quia scit hereditatem eam pertinere ad Fiscum, non ad se, cum non ultus fuerit necem defuncti: Fiscus igitur petet ab eo hereditatem quasi a malæ fidei possessore: recipiet ergo fructus integros etiam perceptos, & qui percipi debuerunt, recipiet etiam pretium rerum distractarum ex hereditate post litem contestatam, & usuras & pecuniam exactam a debitoribus, & præterea recipiet etiam pretium fructuum venditorum, qui sunt percepti ex ea hereditate, vel qui in ea sunt inventi. Igitur Constitutio declarat malæ fidei possessorem, vel etiam eum, qui post litem contestatam vendidit res hereditarias, qui est similis malæ fidei possessori, etiamsi initio bonæ fidei possessor fuerit, eum inquam, non teneri in res ipsas, & fructus earum, sed in pretium & usuras. Et ita adversatur ea Constitutio Senatusconsulto Adriani, quo bonæ fidei possessori hoc tantum conceditur, ut pretium præstet & usuras a tempore contestationis, & non amplius: idem tamen dat Constitutio illa *l. primæ*, malæ fidei possessori, ut pretium præstet & usuras, nec adstringitur rebus præstandis, & fructibus earum restituendis. Rem ita dissolvit Ulpianus *d. §. ceterum*, quæ dissolutio est summe notanda, ut eo exemplo intelligatur, nobis licere quoties urget juris ratio, Leges & Constitutiones, etiamsi quid in eis sit prætermissum, suis coaptare & coercere casibus: Nam rem ita censet solvendam Ulpianus, ut dicat eam l. esse intelligendam de rebus post litem contestatam venditis, quæ erant steriles, vel quæ erant tempore perituræ, quæ magis erant oneri hereditati, quam fructui: has si quis vendiderit post

A litem contestatam, quia ea venditione causam hereditatis meliorem fecerit, quandoquidem hæ res onerabant hereditatem, ideo non astringitur res ipsas præstare, aut fructus earum, aut quanti in litem juratum erit, sed licebit actori eligere pretia & usuras. Ulpianus sic evitat eam *l. 1.* quæ valde obstabat. Et tamen posset quis dicere, Ulpianum divinare: nam quis illi dixit eam Constitutionem Severi esse accipiendam de rebus sterilibus: nam de iis nullum verbum est in hac Constitutione. Qua etiam potestate Ulpianus eam Constitutionem ita interpretatur, ut tamen servetur electio actori, sive malit computationem facere rei & fructuum, sive pretii & usurarum? Videtur hac in re multum sibi tribuisse Ulpianus. Sed ideo notare hoc exemplum oportet, quo intelligamus, urgentibus juris B rationibus, posse nos ita Constitutiones interpretari, & si nihil tale in legibus dicatur, ut videatur scriptum rationi servire, non ratio scripto. Ex his quæ diximus restat hæc differentia inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem: Bonæ fidei possessor non tenetur fructuum ante litem contestatam percipiendorum nomine, id est, fructuum nomine, quos non percepit, sed percipere debuit quasi diligens paterfamilias: horum nomine non tenetur, quia quasi rem suam se negligere putavit: nescivit enim hereditatem esse alienam: non tenetur etiam nomine fructuum perceptorum ante litem contestatam, nisi quatenus ex iis locupletior factus est: non pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum, vel fructuum hereditariorum facta ante litem contestatam, nisi etiam usque eo dumtaxat, quo lo- C cupletior factus est: & multo minus ejus pecuniæ usuras debet, ejus scilicet temporis ratione, quod fuit ante litem contestatam: Hæc de bonæ fidei possessore, & de tempore ante litem contestatam. Malæ fidei possessor, etiamsi locupletior factus non sit, tenetur nomine fructuum ante litem contestatam perceptorum vel percipiendorum, & rebus hereditariis distractis ante litem contestatam, tenetur in res ipsas, & fructus earum, nisi si quas distrahi expediat, veluti tempore perituras, aut steriles & inutiles, ad quem casum Ulpianus adstringit *l. primam*, *inf. de his quib. ut indig.* & eo casu diximus electionem dari petitori hereditatis, ut vel restitui sibi desideret res illas & fructus, vel pretia & usuras: quod ita si simpliciter accipiatur, videtur eo casu durior fieri conditio D possessoris electione ita ipsi petitori data. Sed dicendum est, distractis his rebus a malæ fidei possessore, quas distrahi expediebat, quod essent res parvi fructus & momenti, vel brevi omnino perituræ, possessorem malæ fidei tantum teneri in pretium & in usuras, quia justam causam habuit distrahendi: Non ergo adigitur præstare res ipsas & fructus, etiamsi eligat petitor, sed satis erit si paratus sit restituere pretia & usuras, & id post motam litem, ut ait dicta *l. 1. de his quibus ut indig.* In qua uno tenore legendum, *post motam litem bonorum usuras inferat*, & virgula apponenda post hæc verba, ut in *l. item veniunt*, §. *ceterum*, *D. eod.* Quid est igitur quod dicitur, electionem illam dari petitori in *d.* §. *ceterum*? non omnino ait, electionem dari petitori, illis rebus distractis, ut res pe- E tat & fructus, vel pretium & usuras: sed in illius arbitrio esse, ut computationem faciat, ut διαψηφισμόν vel rei & fructuum, id est, & veri pretii fructuum, & rerum distractarum, ut Græci recte: & ex Latinis quidam interpretati sunt, ut refert Accursius: vel computationem faciat ejus pretii, quod exigit venditor, & usurarum pro modo sortis. Non potest igitur ab eo, qui justa ex causa distraxit, etiamsi sit malæ fidei possessor, petere nisi pretium & usuras, sed eliget quale velit sibi pretium præstari: verum an conventum, & computationem faciet, aut veri pretii, aut conventi & accepti a possessore pretii, cujus loci ratio erat valde obscura. Nunc de tempore post litem contestatam. Post litem contestatam idem fere jus est bonæ fidei possessoris,

soris, id est, qui ab initio habuit justam causam adipiscendæ possessionis, & prædonis, sive malæ fidei possessoris: Nam etiamsi possessor hereditatis ab initio justus possessor fuerit, id est, habuerit bonam fidem, ex tempore litis contestatæ tenetur in fructus, quos percepit post litem contestatam, vel percipere debuit, exemplo malæ fidei possessoris, & rebus ab eo distractis post litem contestatam, tenetur in ipsas res, & fructus earum, excepto superiore casu, de quo etiam intelligit Ulpianus *d. l. 1.* Hæc tamen est in hoc tempore differentia inter bonæ fidei possessorem, & malæ fidei possessorem, quod rebus distractis ante litem contestatam a malæ fidei possessore, possessor omnimodo tenetur quocunque tempore in ipsas res, & fructus earum: Et rebus distractis ante litem contestatam a bonæ fidei possessore, possessor tenetur tantum in pretia, & in usuras pretiorum, a tempore litis contestatæ computandas, ut hic dicitur. Subjicietur infra etiam alia differentia, in eo tempore post litem contestatam inter bonæ fidei possessorem, & malæ fidei possessorem. Illud prius repetendum est, quod dixi, possessorem teneri in ipsas res, quas distraxit, & fructus earum, possessorem malæ fidei omnimodo, bonæ fidei si eas distraxerit post litem contestatam. Id ita est accipiendum, ut possessor cogatur eas res, si extent, redimere ab emptore, & præstare petitori, vel quanti in litem juratum fuerit, vel si res non extent, ut præstet earum verum pretium, *l. item veniunt, §. ult. eod. tit.* Ut, inquam, verum pretium præstet, non quod accepit venditor, si forte minoris pretio vero distraxerit: sed si pluris distraxit, cogetur restituere pretium conventum, quod accepit, atque ita est electio petitoris, ut vel sibi petat restitui verum pretium, si minoris vendiderit, vel pretium conventum, si pluris æquo vendiderit, quod & confirmat *l. si a patre, §. si præd. D. eod.* adfertur etiam in eam rem *lex post Senatusconsultum, eod.* Advertendum est nunc circa verba Constitutionis *l. 1.* hanc legem loqui de pecunia redacta ex venditione rerum hereditariarum. Sed an idem est statuendum in pecunia exacta a debitoribus hereditariis, & in pecunia inventa in hereditate: quod ait de pecunia redacta ex venditione rerum, id omnino est trahendum ad pecuniam acceptam a debitoribus hereditariis, ut ejus exigantur, vel non exigantur usuræ, *l. 1. de his quibus ut indign. inf. l. sed & si lege, §. pretio, D. eod.* Idem in pecunia inventa in hereditate, si eam attingat possessor, *l. item veniunt, §. Papinianus, l. 62. si navis, D. de rei vindicat.* Malæ fidei possessor usuras debet omnimodo pecuniæ inventæ in hereditate, si eam attigerit, id est, collocaverit, vel si ea usus ipse fuerit, non si eam non attigerit: & similiter ejus pecuniæ bonæ fidei possessor usuras debet post litem contestatam tantum, si eam attigerit, non etiam si eam non attigerit, ut ex Papiniano refertur in *§. Papinianus lib. 3. quæstionum*, forsitan legendum, *Sexto*, qualis est inscriptio *l. si navis 62.* in qua proponitur ea sententia Papiniani, & est satis difficilis species *d. l. si navis*, & loquitur de malæ fidei possessore. Nam certum est malæ fidei possessorem teneri non tantum perceptorum, sed etiam percipiendorum fructuum nomine, sive ex his locupletior factus fuerit, sive non, *l. & si lege, §. sed & fructus, D. eod. tit.* Nunc finge: aliquis mala fide possidet navem alienam: eam non locavit, ut ferret vecturas & naula, quæ sunt fructus locationis: potuit percipere vecturas & naula, sed noluit: possidet navem otiosam: lex ait a malæ fidei possessore posse desiderari vecturas & naula, etiamsi navem non locaverit. Contra opponit Papinianus de usuris pecuniæ depositæ, ubi pecuniam depositam non oportet accipere, ut sit ea, quæ alicui custodienda datur, & in depositum data est, sed depositam vocat pecuniam inventam in hereditate, quam paterfamilias deposuit præsidii causa, *l. 76. si chorus, §. 1. de legat. 3.* Malæ fidei possessor hujus pecuniæ inventæ in hereditate, quam non attigit, usuras non debet: navis tamen, quam possedit malæ fidei possessor, vel inventæ in hereditate fructus debet, id est vecturas: & si eam non locaverit, nec attigerit, hæc sunt contraria. Nam inquit, & usuræ, & vecturæ eadem est conditio, neutrum provenit natura, id est, neutrum percipitur ex ipso corpore naturaliter, sed jure percipitur, id est, usuræ non percipiuntur ex ipso corpore, sed jure percipiuntur ex obligatione locati conducti: Utrumque igitur percipitur ex obligatione, juris non naturæ beneficio, id est, non ex ipso corpore, vel navis, vel pecuniæ: Cur tamen navis, quam non attigit malæ fidei possessor debet vecturas, pecuniæ, quam non attigit, usuras non debet? Ratio differentiæ hæc est: quia pecunia collocatur periculo dantis, periculum nominum debet agnoscere qui collocavit: Nam si forte debitor, qui pecuniam accepit, non sit solvendo, possessor cogetur eam pecuniam domino restituere, sive vero heredi. Cur enim bonum nomen non fecit? At navis locatur periculo domini, si nulla culpa subsit: ut si tempore non opportuno navigationi eam locaverit, in culpa est: sed si opportuno tempore locaverit, est extra culpam. Et si navis naufragio perierit, an periculum navis pertinet ad possessorem? Non: sed perit domino, non possessori. Denique possessor pecuniam collocat suo periculo; navem locat periculo domini: Igitur non est possessori imputandum, si pecuniam non collocaverit, quia id facere non poterat sine suo periculo: id facere non poterat, quin agnosceret periculum nominum, nec est culpandus, qui noluit se in periculum injicere, & ideo pecuniæ otiosæ usuræ ab eo non exiguntur: Nam fuit causa relinquendæ pecuniæ otiosæ, ne incideret in periculum nominum. Aliud est in nave, quam non locavit. Non est reprehendendus maxime possessor, qui non fecit quod potuit facere sine suo periculo, quia domino, non sibi possidet, & si periisset navis, domino, non sibi periisset. Igitur navis otiosæ vecturæ, quas percipere potuit, ab eo exiguntur, licet eas non attigerit, non perceperit. Præterea loquitur hæc Constitutio de lite contestata, ut etiam Senatusconsultum Hadriani, quia tunc incipiunt scire possessores omnes hereditatem ad se non pertinere, & ut ait *lex si quid possessor, §. pen. D. eod. tit.* loquens de bonæ fidei possessore, post litem contestatam & ipse prædo est. Idem juris erit, si possessor sciverit a se hereditatem peti, vel petitum iri ante litem contestatam; puta admonitus denunciationibus, vel Literis, vel edictis, ut est scriptum in Senatusconsulto, in quo illa fit differentia inter denunciationem, Edicta, & Literas, ut fit a *Paulo lib. 5. tit. 5. & l. cum vero 26. §. evocari, D. de fideicommis. libertat.* Igitur etiamsi nondum sit lis contestata cum bonæ fidei possessore, sed denunciatum id sit, a tempore denunciationis computabuntur usuræ pretii redacti ex venditione facta ante denunciationem: ab eodem etiam tempore denunciationis computabuntur fructus percepti & percipiendi, & sic non tantum post litem contestatam, sed & post controversiam motam omnes possessores pares fiunt, & pari modo tenentur, id est, omnes incipiunt esse malæ fidei possessores, *l. sed & si lege, §. si ante, D. eod. tit.* Lis non est antequam contestetur, sed est controversia, ut in *l. 4. & 5. D. eod.* Dicimus omnes fieri malæ fidei possessores non tantum post litem, sed & post controversiam motam ante litem & rem in judicium deductam. Atque ita quod hac constitutione & Senatusconsulto dicitur de lite contestata, interpretatione producitur ad motam controversiam, quod plerisque locis Juris nostri usui esse potest, ut in *tit. de usur. & fruct. legat.* dicitur toto titulo, usuras & fructus legatorum, aut fideicomss. deberi ex tempore litis contestatæ: quia scilicet ex eo tempore mora certo contrahitur. An ergo dicemus ex eo tantum tempore semper deberi usuras & fructus legatorum? Minime: Nam & citius potest contrahi mora ante litem contestatam: Ergo quod dicitur in illo titulo de lite contestata, producemus etiam ad

con-

controversiam motam: ita ut dicamus, usuras legatorum deberi ex die interpellationis, & denunciationis ante litem contestatam, quia ex eo tempore mora contrahitur. Hoc ita possumus audacter interpretari, cum demus Jurisconsultos & hanc Constitutionem, & Senatusconsultum producere ad controversiam motam. Plus dico, id etiam esse producendum ad eum, qui non admonitus, non denunciatus, aliqua ratione rescivit se hereditatem alienam possidere, & eam & bona ad se non pertinere: Nam hoc etiam casu ex eo tempore eadem computantur, quæ hæc Constitutio dicit esse computanda ex tempore litis contestatæ, quia cœpit esse malæ fidei possessor, *l. item veniunt*, §. *quid ergo si scit*, & *l. sed & si lege*, §. *de eo*, *D. eod.* Ob id non est probanda sententia Accursii hic: qui putat differentiam esse inter petitionem hereditatis, & rei vindicationem specialem, quia, inquit, in petitione hereditatis veniunt fructus ex die denunciationis & controversiæ motæ, & si lis non sit contestata in rei vindicatione, veniunt fructus tantum ex lite contestata: falsa est differentia: comprobat tamen eam *l. certum 22. de rei vindic.* Ea lex loquitur de vindicatione speciali, & dicit fructus universos venire, id est tam extantes, quam consumptos post litem contestatam. Ideo ita concludit, ergo in rei vindicatione fructus tantum veniunt ex lite contestata, non ex denunciatione: falsam esse collectionem apparet ex interpretatione Senatusconsulti. Nam Senatusconsultum ita loquitur, ut veniant lucra omnia, & ea, quæ percipi debuerunt a lite contestata. Sed sicut Senatusconsultum porrigitur ad denunciationem & controversiam motam, cur non porrigatur dicta *lex certum* ad controversiam motam, nulla est ratio.

Conclusio igitur hæc sit, & post litem contestatam, & post controversiam motam omnes possessores pares fieri: sed hoc ita restringendum est, ut pares fiant in his, quæ dolo vel culpa accidunt, ut si quid negligentia sua prætermiserint, non tamen sunt pares in his, quæ fato accidunt: Nam bonæ fidei possessor, id est, qui ab initio habet bonam fidem, si jumenta, vel pecora hereditaria, vel si ancillæ, aut servi moriantur post litem contestatam, casum hunc & mortalitatem non præstat: Malæ fidei possessor, qui fuit initio, mortalitatem præstat, quæ contigit post litem contestatam, cum scilicet si mature restituisset hereditatem, ea mancipia verus heres esset distracturus: & objiciet verus heres, si mox restituisses, mox ipse distraxissem; quæ est altera differentia inter bonæ fidei possessorem & malæ fidei, quæ proponitur in *l. illud*, *D. eod. tit.*

Ad L. II. Si post motam controversiam *Menecratis bonorum partem dimidiam Musæus ab herede scripto quæstionis illatæ non ignarus comparavit: tam ipse quasi malæ fidei possessor, quam heredes ejus fructus restituere coguntur. Si vero venditionem lite antiquiorem esse liquido probetur: ex eo die fructus restituantur, ex quo lis in judicium deducta est. Fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo peti potest. Emptor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur. Datum Kalend. Jul. Severo A. II. & Victorino Conss.*

Sciendum est, eum tantum teneri petitione hereditatis, qui pro herede, vel pro possessore possidet: hæc est certa regula juris. Pro herede possidet qui putat se heredem esse; ut scriptus testamento, quod ruptum nescit: pro herede etiam possidet qui sciens falso profitetur se heredem esse: atque ita de hereditate contendit cum actore. Actor intendit se heredem esse, idem possessor intendit per mendacium, habetur pro herede. Pro possessore autem simpliciter possidet fur & prædo, qui nullam potest dicere causam possessionis, qui interrogatus cur possideat, non habet quod respondeat, nisi, quia possideo, vel per mendacium

A contendit se heredem esse, sed nulla causa allata: Ideo tantum se dicit possidere quod possideat, quasi petito principio, isque tenetur petitione hereditatis, *l. 7. hic*, *l. pen. infr. in quibus causis cessat longi temporis præscriptio.* Is qui possidet pro emptore, vel pro donato, vel pro legato, vel pro dote, non tenetur petitione hereditatis, quia scilicet non controversatur de hereditate, & non potest recte consistere hoc judicium de hereditate, nisi cum eo, qui de hereditate controversatur. Ideo necesse est ut is, cum quo agitur de hereditate, possideat ut heres, non ut emptor, vel ut donatarius: nam si possideat ut emptor, & actor adversus eum intendat se heredem esse, nulla inde potest existere lis: nam emptor fatebitur etiam illum heredem esse, & se emptorem. Qui rem deducit in judicium,
B ait se heredem esse: hoc non inficiatur is unde petitur, nulla existit igitur lis. Non potest itaque inter eum, qui petit hereditatem, & eum, qui possidet pro emptore consistere petitio hereditatis, sed agendum est in illum speciali in rem actione, quæ est de dominio. Nov. περὶ δεσποτείας: Nam verus heres actione in rem speciali dicet se dominum esse rei ab alio emptæ. Idem contendet alter, qui possidet pro emptore: erit controversia de dominio: Nam & actor & reus vindicabit dominium, quo genere lis constituitur, quæ tamen ita non potest constitui, cum is, qui litem movet, dicit se heredem, possessor emptorem. Denique non potest esse petitio hereditatis, nisi inter eos, qui de hereditate invicem controversantur. Is autem, qui possidet pro possessore, cum nullam adferat causam possessionis, &
C velit tamen litigare, id est, nolit restituere actori hereditatem, facere videtur controversiam hereditatis; nullam causam adfers possessionis, & tamen litigas, videris ergo mihi obstare sine causa. Et ideo hic etiam tenetur petitione hereditatis: quasi faciat controversiam hereditatis sine causa. Nunc videamus quid sit dicendum, si quis emerit alienam hereditatem. Qui emit ex hereditate res certas, quas pro emptore possidet, non tenetur petitione hereditatis, ut dixi: sed si emerit hereditatem alienam, & si sciens emerit, an possumus dicere hunc teneri petitione hereditatis: quasi possideat pro possessore, quasi sit prædo? Non: quia emptio hereditatis alienæ valet. Igitur vere pro emptore possidet, licet sciens rem alienam emerit, & ideo non tenetur petitione hereditatis, nec habetur
D pro prædone. Non enim est prædo, qui pretium numeravit, si modo & venditio valeat, *l. nec ullam 13.* §. *si quis sciens*, *D. de petit. heredit.* Diversum erit si quis sciens emerit alienam hereditatem, de qua erat lis inter duos: nam hæc emptio ipso jure nulla est, *tit. de litigiosis*. Rei litigiosæ emptio nulla est, & ideo non potest possidere pro emptore, cum nulla sit emptio, & licet pretium numeraverit, videbitur possidere pro possessore, atque ideo tenebitur petitione hereditatis: nam prædo intelligitur esse, qui contra leges mercatur, *l. 7. de agricolis*, & *censi. lib. 11.* Et ita qui sciens emit a furioso, quia ipso jure nulla est emptio, cum sit facta contra leges, videtur possidere pro possessore, & tenetur petitione hereditatis. Pro possessore hæret omnibus titulis, ut ait *l. 13. nec ullam*, §. 1. *D. eod.* Nam
E omnis titulus potest recipere possessionem pro possessore: Ut in superioribus exemplis titulus pro emptore contra leges accersitus, & quæsitus recepit possessionem pro possessore. Et sic titulus pro donato, ut si quæ a marito donatum acceperit, quæ donatio est contra leges, id videtur pro possessore possidere, non pro donato: Item titulus pro dote, ut si quis ab impubere acceperit, sciens esse impuberem, quæ nondum potest esse justa uxor, nec ideo est dos ante legitimam ætatem, id igitur, quod datum est, quasi dotem possidebit maritus: & cum dos non sit, hoc possidebit non pro dote, sed pro possessore. Sic igitur omnes tituli possunt recipere possessionem pro possessore, & hi, qui ita possident pro possessore, tenentur petitione hereditatis

A reditatis. Fingas igitur ſpeciem *legis* 2. Titius poſſidebat hereditatem defuncti ex teſtamento: petebat eam hereditatem Cajus ab inteſtato quaſi rupto, vel irrito facto teſtamento: nondum finita lite, ſive controverſia inter Titium & Cajum, igitur poſt motam controverſiam, Titius poſſeſſor hereditatis Philippo vendidit partem bonorum ejus hereditatis: poſt motam controverſiam, ut dixi, de hereditate, vel poſt motam litem, nihil enim refert, quia ſcilicet hereditatem, ſive rem litigioſam facit, non litis metus, non comminatio litis, *l.* 8. §. 1. *de alienat. judic. mutan. cauſ. fac.* non controverſia de hypotheca, *l.* 1. *de litigioſis, inf. & l.* 2. *de diſtract. pignor. inf.* non denuntiatio venditionis impediendæ cauſa, *l.* 1. *de litigioſ. inf. & l.* 1. *in pr. D. de litigioſ. l.* 1. *de pignor. inf.* Sed lis conteſtata rem litigioſam facit. **B** Is, qui conteſtatur, rem litigioſam facit, imo & controverſia mota, *l. ult. D. de litigioſ.* ut ſi denunciata ſit lis, ſi dies judicio condictus ſit, ſi Literis, aut Edictis evocatus ſit adverſarius: hæc denunciatio, ſive evocatio, rem litigioſam facit, quia initium eſt actionis, & ita in Senatuſconſulto de petitione hereditatis, petita hereditas intelligitur non tantum ſi lis ſit conteſtata, ſed etiam ſi denunciatus ſit, & in judicium vocatus adverſarius. Titius ergo partem bonorum, de quibus erat lis, ſive controverſia, vendidit Philippo: ergo nulla eſt venditio, cum ſit facta contra leges, quæ vetant rem litigioſam vendi & alienari; ex quo conſequitur, Philippum haberi pro prædone, atque adeo teneri petitione hereditatis; quod initio hujus legis proponitur. Poſſidet enim pro **C** poſſeſſore, qui emit partem bonorum, de quibus erat lis, emptio enim nulla eſt: nec vere poteſt niti titulo pro emptore, ut ait lex, tenetur non tantum ipſe, qui ſciens emit bona litigioſa, ſed & heredes ejus, *d. l. nec ullam*, §. *Neratius*. Quia vitium defuncti tranſit in heredem, vitium poſſeſſionis, ſucceſſorem culpa ſui auctoris comitatur, ut & virtus, ſive fides auctoris, aut defuncti comitatur ſucceſſorem, *l.* 11. *vitia, inf. de acquir. & retin. poſſeſſ. l. cum heres* 11. *D. de diverſ. & temporal. præſcript.* Summa hæc ſit: Philippum heredibus teneri petitione hereditatis, quod videatur, qui emit poſt motam litem cum alio, de hereditate, bona, quæ comparavit poſſidere pro poſſeſſore, ex quo etiam efficitur eum teneri omnium fructuum nomine: Nam in petitione hereditatis veniunt fructus omnes, quocumque tempore percepti, ſive ante aditam heredi- **D** tatem ſive poſt acceſſerint, *l.* 20. *item veniunt*, §. *fructus, D. eod.* & ſive ante litem conteſtatam, ſive poſt acceſſerint, maxime in prædone: ſed & in bonæ fidei poſſeſſore, cum ex perceptis ante litem conteſtatam locupletior factus eſt. In prædone autem, ſive locupletior factus fuerit, ſive non. Item reſtituendi ſunt a prædone cujuſcumque temporis fructus, non tantum percepti, ſed & qui percipi debuerunt. At quid ſi Philippus partem eam bonorum emerit priuſquam Titio fieret controverſia hereditatis, quæ emptio valet, quia res non erat litigioſa, quid de fructibus fiet? An hic etiam Philippus fructus omnes reſtituere debet? Et ait Conſtitutio eum tantum teneri nomine fructuum perceptorum, vel percipiendorum poſt litem **E** conteſtatam. Fructuum ante perceptorum, vel percipiendorum nomine non teneri: hoc proponit prima pars hujus legis.

Secunda parte hujus conſtitutionis adfert rationem differentiæ illo loco, *fructibus enim augetur hereditas*, &c. Ratio differentiæ hæc eſt, quia priore caſu, cum Philippus emit bona litigioſa, Philippus tenetur petitione hereditatis: Petitio autem hereditatis eſt bonæ fidei, & actionibus bonæ fidei ipſo jure accedunt augmenta rei, de qua agitur *l. non eſt, inf. famil. erciſc.* Ideo in actionem familiæ erciſcundæ veniunt augmenta hereditatis, quod ſit bonæ fidei, *l. item veniunt*, §. *item non ſolum*, *D. eod.* In petitione hereditatis non tantum veniunt ea, quæ mortis tempore habuit defun- **A** ctus, ſed etiam quæ poſt accreverunt hereditati, quia hereditas augmentum & deminutionem recipit: & qui dicit, ſi paret hereditatem Lucii Titii meam eſſe, vindicat etiam fructus, quia fructibus augetur hereditas. Sequitur, *cum ab eo poſſidetur, a quo peti poteſt*, puta ab eo qui poſſidet pro herede, vel pro poſſeſſore. Denique in petitione hereditatis veniunt augmenta, quia hereditas petitur, quod nomen augmentum recipit: veniunt itaque fructus, quia peti videntur fructus quocunque tempore percepti, aut percipiendi, cum in prædonem agitur. Sed cum quis vere emit, ut cum emit bona non litigioſa, cum partem bonorum emit antequam moveretur venditori controverſia hereditatis, hic emptor non tenetur petitione hereditatis, ſed tantum tenetur in rem actione ſpeciali, quæ eſt **B** ſtricta, in eam augmenta non veniunt, ſed corpora tantum ſingula: Veniunt quidem augmenta poſt litem conteſtatam officio Judicis: nam officio Judicis addicti judicio ſtricto congruit ut deducat in condemnationem, quæ reus poſt litem conteſtatam percepit, *l. Ædiles* 25. §. *item ſciendum*, *de ædilit. edict. l. ſi rem* 73. *D. de procurat.* In judiciis ſtrictis officium Judicis nihil pertinet ad augmenta, quæ acceſſerunt ante litem conteſtatam. Igitur in actione in rem ſpeciali, quæ eſt ſtricta, non veniunt fructus, niſi poſt litem conteſtatam, & percepti ante litem vindicantur ſeparatim ſpeciali actione, ſi extent, vel ſi conſumpti ſint, ſunt condicendi a malæ fidei poſſeſſore, a bonæ fidei poſſeſſore conſumpti non condicuntur, *l. malæ fide, inf. de condict. ex leg. l. certum* 22. *inf. de rei vin-* **C** *dic.* Igitur ante litem conteſtatam ſpeciali in rem actione fructus, qui percepti ſunt vindicari quidem ſeparatim, aut condici poſſunt, ſed ſi non vindicentur, nec condicantur, in rei vindicatione officio Judicis non veniunt, quod ſtricta formula coerceatur: Et hi tantum veniunt, qui poſt litem conteſtatam percepti ſunt, aut percipi debuerunt. Is igitur Philippus, qui emit ante litem, non tenetur petitione hereditatis, cum poſſideat pro emptore, ſed tenetur ſingularum rerum nomine ſpeciali in rem actione: Ideo in judicio non veniunt, niſi fructus percepti poſt litem conteſtatam: & hoc eſt quod ſequitur: *emptor autem, qui proprio titulo*, id eſt, ſpeciali titulo pro emptore munitus eſt: titulus eſt cauſa poſſeſſionis, ut recte definivit Theophilus, ſicut in *l. ſeq. hoc tit.* titulus actio- **D** nis eſt cauſa actionis, & proprium titulum poſſeſſionis ſequitur propria actio, id eſt, qui ſpeciali titulo poſſidet, ſpeciali actione tenetur, non univerſali. Igitur rei vindicatione, non petitione hereditatis. *Emptor*, inquit, *aut qui proprio titulo munitus eſt*, qualis eſt titulus ejus, qui emit ante litem motam de hereditate: *etiam ſingularum*, illud (*etiam*) male vexavit interpretes, ſed non includit, ſed excludit petitionem hereditatis, ac ſi diceret, emptor hic, qui vere poſſidet pro emptore, non convenitur petitione hereditatis, ut is, qui poſſidet pro poſſeſſore, ſed ſingularum quarumcunque rerum jure convenitur. Convenitur ergo non petitione hereditatis, ſed ſpeciali in rem actione. Et ob id in hoc judicio veniunt tantum fructus ex tempore litis conteſtatæ. In ſuperiori judicio, quod eſt **E** bonæ fidei judicium, id eſt, petitione hereditatis, qua tenetur qui emit poſt litem, veniunt fructus ante litem percepti, aut percipiendi. Et hæc differentia inter judicia ſtricta & bonæ fidei apparet etiam alia in re, & in eadem quæſtione fructuum. Si agatur petitione hereditatis, fructuum venditorum ante petitam hereditatem, pretia cum uſuris præſtanda ſunt, quia ſcilicet petita videntur ea pretia: petita hereditate petiti videntur item fructus, proinde ſequentur uſuræ officio Judicis, *l. ſi heres*, §. *ult. D. eod. l. eum qui* 18. *D. de his qu. ut indig.* & hoc, ut dixi, cum agitur judicio bonæ fidei, id eſt, petitione hereditatis: Nam ſi agatur ſtricto, nec debentur uſuræ pretii fructuum venditorum poſt litem conteſtatam, quia fructus illi,

ſive

ſive pretium eorum veniunt officio Judicis , accedunt officio Judicis , & obvenientis ita acceſſionis non poteſt eſſe alia acceſſio . Igitur fructuum obvenientium officio Judicis uſuræ non præſtantur , ne ſit acceſſionis acceſſio , & ne officio judicis ſuccedat mox aliud officium : non debentur etiam pretii fructuum venditorum ante litem conteſtatam uſuræ , ſi condicantur a malæ fidei poſſeſſore . Ita loquitur *l. neque* 15. *de uſur.* quæ alioqui videbatur pugnare cum *l. heres* , ſed una eſt de actione bonæ fidei , id eſt , petitione hereditatis , altera de ſtricti juris actione , id eſt , de condictione , & in hanc non veniunt fructus præteriti : Ergo nec uſuræ. At in actionem bonæ fidei veniunt etiam fructus præteriti natura actionis : Ergo & uſuræ fructuum , ſive pretii fructuum venditorum ante litem conteſtatam veniunt officio judicis : fructus veniunt jure & natura actionis , uſuræ veniunt officio Judicis ex mora. Sic igitur ex poſtrema parte hujus legis concludam : eum , qui poſſidet pro emptore heredemve ejus , ſive ſciens , ſive ignorans rem alienam , non teneri petitione hereditatis : ſed teneri in rem actione ſpeciali , id eſt , ſingularum rerum nomine , quas emit. Tentari poteſt eum teneri in hac ſpecie petitione hereditatis , non quidem directa , ſed utili ſaltem , quia ſcilicet emit partem dimidiam hereditatis , & qui emit hereditatem , licet pro emptore poſſideat , tenetur utili petitione hereditatis , *l. nec ullam* , §. *quid ſi quis* , & §. *ſi quis ſciens alienam* . Primum ut reſpondeamus , dicta *l. nec ullam* loquitur de eo , qui emit totam hereditatem : hæc l. de eo , qui emit partem , & non partem dimidiam hereditatis , ſed bonorum , inter quæ duo vocabula multum intereſt , ſicut multum intereſt utrum legetur pars bonorum , an hereditatis . Hereditatis nomine ſignificatur jus : Bonorum non item , *l.* 8. *in fine* , & *l.* 9. *D. de legat.* 2. Quare ponendum eſt , quamvis dicat , eum emiſſe partem dimidiam bonorum , eum non emiſſe partem hereditatis , ſed res plurimas , quæ conficiebant partem dimidiam bonorum , & præterea emptor etiam hereditatis , id eſt , aſsis , non tenetur utili petitione hereditatis , tenetur non ſemper , ſed in ſubſidium tantum , *d.* §. *quid ſi quis* , ne ſingulis judiciis vexetur petitor , ut recte Gloſſa docet ad dictum §. *quid ſi quis* , cum venditor non extat , vel cum parvo vendidit , & fuit bonæ fidei poſſeſſor , qui ad id tantum tenetur , quo factus ſit locupletior : ne omnis res vero heredi pereat , æquum eſt , ut manum poſsit porrigere adverſus emptorem aſſis , ſed nos de hoc emptore hic non tractamus , ſed de emptore partis rerum , ſive bonorum , qui etſi emptor hereditatis eſſet , non teneretur , ne utili quidem petitione hereditatis , niſi in ſubſidium , id eſt , cum non poſſet res ſervari a venditore . Itaque lex omnino vult etiam hunc emptorem teneri ſpeciali in rem actione , emptorem ſcilicet rerum ſingularum heredemve ejus , non petitione hereditatis . Sed huic definitioni obſtat *l. nec ullam* , §. *heredem D. eod.* Nos dicimus eum , qui poſſidet vere pro emptore volente emptione , non teneri petitione hereditatis , nec heredem ejus . Heredis enim eadem ſolet eſſe conditio , quæ defuncti , §. *heredem* ait , heredem teneri petitione hereditatis earum rerum nomine , quas defunctus pro emptore poſſidebat , & addidit rationem , quaſi ſcilicet pro herede ille heres poſſideat : & utique pro herede poſſidet omnia , quæ defuncti morte obvenerunt , ſed non poſſidet quaſi heres venditoris , quod erat ſpectandum , ſed quaſi heres emptoris : & ſubjicit , quamvis etiam hic heres utique teneatur earum rerum nomine , quas defunctus pro herede vel pro poſſeſſore poſſedit . Ut breve faciam ; Species eſt : Cajus defunctus ex hereditate Titii poſſidebat res quaſdam pro herede , vel poſſeſſore , & alias quaſdam pro emptore ; heres ejus certe tenetur petitione hereditatis earum rerum nomine , quas defunctus poſſidebat pro herede , vel pro poſſeſſore , ſed

A adjicit , conſtare inter omnes Juriſconſultos eum etiam teneri earum rerum nomine , quas defunctus pro emptore poſſidebat : & ita heres defuncti non tantum tenetur earum rerum nomine , quas defunctus poſſidebat pro herede , vel pro poſſeſſore , ſed etiam earum nomine , quas defunctus pro emptore poſſidebat , quia & has , quas pro emptore defunctus poſſidebat , ipſe videtur pro herede poſſidere , quaſi ſcilicet heres Titii , non quaſi heres emptoris , ex regula illa : Heres heredis eſt heres teſtatoris , ut puta exiſtimans & has res , quas poſſedit defunctus pro herede , vel pro poſſeſſore , & illas , quas pro emptore , defunctum poſſediſſe eodem jure , quaſi ex hereditate Titii . Igitur quaſi eas poſſideat pro herede , id eſt , ut heres Titii , non ut heres emptoris . Igitur ſecun- B dum opinionem ejus , conſtat earum rerum nomine etiam teneri petitione hereditatis : ſed ex eo male colligitur eum , qui poſſidet pro emptore teneri petitione hereditatis : nam ea non poſſidet pro emptore , ſed pro herede , putans eſſe ex hereditate Titii heredis teſtatoris : heres heredis heres eſt teſtatoris . Dilucidius explicabo §. *Heredem legis nec ullam* , *D. de petit. hered.* quem merito habent omnes pro difficillimo. Certiſſimi juris eſt , eum , qui res quaſdam ex hereditate aliena emit , & poſſedit pro emptore , vel heredem ejus , non teneri petitione hereditatis : Sed huic ſententiæ obſtat valde ille §. *heredem* . Ait enim , heredem etiam earum rerum nomine , quas defunctus pro emptore poſſedit , teneri petitione hereditatis , quaſi poſſideat pro herede , & id conſtare inquit : id C tradit ille §. pro certo & explorato , quod nobis videtur incertum , & adverſus certiſſimam juris regulam : *Conſtat* , inquit , quod Græci συνομολόγηνται , quod eſt verbum proprium Juriſconſultorum , quo ſignificatur rem non eſſe controverſam , quod Cicero pro Flacco reſpiciens ad Juriſconſultos : *Conſtabat inter omnes* , inquit , & hoc etiam frequenter uſurpant alii ; *Colum. lib.* 1. *cap.* 1. Hoc vero magis dubitationem movet quod dicat , conſtare heredem teneri petitione hereditatis ejus rei nomine , quam defunctus poſſedit pro emptore , & ſubjicit rationem , quaſi pro herede poſſideat , id eſt , quia videtur eam rem poſſidere ipſe heres pro herede . Tentabam autem reſponderi hoc modo poſſe , ut ſi quod defunctus Titius poſſedit pro emptore , id heres ejus exiſtimaverit poſſediſſe Titium D pro herede , atque ita ipſum id poſſidere quaſi heres ejus , cui Titius heres extiterat , cujuſque hereditas modo tenebatur ſecundum iſtam regulam juris , Heredis mei heres eſt meus heres , *l.* 6. & *l. ult. de heredib. inſtituend. inf.* & *l. heredis* 65. *D. de verb. ſignific.* Tum vero propter eam opinionem , quam animo concipit heres , ut teneatur petitione hereditatis earum rerum nomine , quas defunctus poſſedit pro emptore , nedum earum , quas poſſedit pro herede , & pro poſſeſſore , & ita Hugolinus ſenſiſſe videtur. Sed hæc interpretatio non eſt recipienda . Nam ſicut opinio heredis non facit quo minus teneatur petitione hereditatis , ſi quid poſſederit defunctus ex aliena hereditate pro herede , vel pro poſſeſſore , & id neſcierit heres ejus , & alia opinione id poſſederit : Si- E cut , inquam , opinio heredis non facit quo minus teneatur petitione hereditatis , *l. nec ullam* , §. *Neratius* : Ita opinio heredis non debet facere quo magis teneatur petitione hereditatis , ſi quid defunctus poſſedit pro herede . Spectanda enim eſt potius opinio defuncti , quam opinio heredis , opinio heredis opinionem defuncti non excludit , heres ſuccedit in opinionem , in fidem , in vitia defuncti , *l. cum heres* , *D. de diverſ. temporal. præſcript.* Non eſt igitur ſpectandum quid ſenſerit heres , ſed quid defunctus ſenſerit , & uti poſſederit . Porro poſſedit pro emptore , ergo nec ipſe tenetur petitione hereditatis , nec heres ejus , cujus perſona videtur eadem . Alii dicunt , quorum opinionem retulit Accurſius , ut ejus rei no-

mine quam Titius pro emptore possedit, heres Titii teneatur petitione hereditatis, quia eam possidet pro herede, id est, quasi heres Titii, quasi obvenerit hereditate Titii. Sed quis non videt ineptam esse hanc rationem: necesse enim est ut jure conveniatur petitione hereditatis, ut possederit quasi heres ejus, cujus de hereditate agitur, sed non ita possidet quasi heres ejus, cujus hereditas petitur, sed quasi heres Titii. Hic ergo titulus pro herede non subjicit illum petitioni hereditatis, quia est pro herede Titii, non pro herede ejus, cujus de hereditate agitur: & præterea licet quod possedit defunctus Titius pro emptore, heres ejus possideat pro herede, id est, quasi heres Titii, tamen & id possidet etiam pro emptore ut defunctus, & pro herede, quia est heres defuncti, *l. 3. ex pluribus, D. de acquir. possess.* Unde colligitur in eo §. differentia inter dominium, & possessionem; Nam dominii unus tantum potest esse titulus: Possessionis plures possunt esse; id est dominium ex una tantum causa contingit, & qui jam factus est dominus, non amplius dominus fieri potest: Possessionis plures sunt causæ, ut rem alienam, quam emptor usucepit, idem emptor post usucapionem possideat pro emptore, quia emit, & pro suo, quia usucepit. Possessionem habet ex duabus causis, dominium ex una tantum, id est, ex usucapione. Et similiter heres ejus, qui rem possidebat pro emptore, etiam eam possidebit pro emptore, quia auctor ejus defunctus emit, & pro herede, quia heres est emptoris. Sic igitur possidet etiam eam rem heres Titii pro emptore, & hæc causa possessionis est potius spectanda, cum congruat opinioni defuncti, quæ in his causis semper prævalet. Ea igitur interpretatio etiam explodenda est. Alii, ut Bartolus, existimant in specie ejus §. *Heredem*, heredem emptoris teneri petitione hereditatis utili, de qua tractatur in præcedentibus §§. ejus *l. nec ullam*: non directa, sicut defunctus. Ita cum ante dixit, eum, qui possidet pro emptore, teneri utili petitione hereditatis, subjicit in §. *Heredem*, heredem ejus teneri utili petitione hereditatis: sed circumscribimur, nisi animum advertamus: nam ut qui possidet pro emptore teneatur utili petitione hereditatis, id tantum acceptum est in emptore universitatis, *dicta l. nec ullam, §. quid si quis, & §. si quis sciens alienam*. Paragraphus *Heredem*, non loquitur de emptore universitatis, sed certarum rerum emptore. Is nec directa nec utili petitione hereditatis tenetur, ergo nec heres ejus: emptor is solus tenetur qui emit assem, *l. 2. §. pen. D. de heredit. vel act. vend.* Verior interpretatio, quam & Græci secuti sunt, hæc est, ut hoc voluerit Jurisconsultus, & constiterit inter omnes Jurisconsultos, ut si sit controversia de hereditate defuncti inter heredem testamentarium & legitimum, legitimo petente hereditatem ab herede scripto quasi testamento rupto vel irrito facto, heres scriptus teneatur petitione hereditatis, non tantum omnium rerum nomine, quas possedit defunctus, sive possedit eas pro herede, sive pro emptore, & alio titulo, id est, ut in eam hereditatis petitionem veniant, non tantum res propriæ defuncti, sed etiam res alienæ, quas defunctus pro herede vel pro possessore possedit: & non hæ tantum res alienæ, quas possedit pro herede, sed etiam ceteræ res alienæ, quas defunctus possedit pro emptore, vel alio titulo. Ponendum est igitur heredem legitimum petere hereditatem a scripto, & constare hoc casu inter omnes, in petitione hereditatis venire non tantum res testatoris proprias, sed etiam alienas, quas quocumque titulo testator possidebat: & id dicitur in *l. non tantum 19. D. eod. tit.* in petitione hereditatis venire etiam eas res, quarum nomine Publiciana competit, puta res alienas, quas defunctus possidens pro emptore nondum usucepit. Unde hæ positiones duæ constituantur: Heres Titii ejus rei nomine, quam Titius possedit pro emptore, non tenetur petitione hereditatis. Constituatur & altera illi contraria: Heres Titii ejus

A rei nomine, quam Titius possedit pro emptore, tenetur petitione hereditatis: Utraque positio est vera: Prior est vera, cum est controversia de hereditate aliena, ex qua res quasdam Titius pro emptore possedit; earum enim nomine nec Titius, nec heres Titii tenetur petitione hereditatis. Posterior positio est vera, cum est controversia de hereditate Titii, in qua sunt res quædam alienæ, quas Titius pro emptore possedit. Nam earum nomine, heres a Titio scriptus tenebitur petitione hereditatis legitimo heredi, qui contendit aut nullum, aut ruptum esse testamentum, & ita ab intestato ab herede scripto vindicat hereditatem.

B Ad L. III. Hereditas materteræ *petita non infringit alterius hereditatis petitionem, quæ venit ex alia successione. Sed & si quæstionis titulus prior inofficiosi testamenti causam habuisset: judicatæ rei præscriptio non obstaret eandem hereditatem ex alia causa vindicanti. PP. V. Id. Aug. Geta & Plautiano Coss.*

SPecies est. Mortua matre, Titia ei heres extitit ex Senatusconsulto Orphitiano ab intestato, sed matertera Titiæ, id est soror defunctæ matris, omnem hereditatem omniaque bona sororis possedit: matri heres extiterat filia, sed filiæ matertera possidebat omnia bona pro herede, vel pro possessore: matertera diem functa est relicto extraneo herede: Titia adversus heredem scriptum testamento materteræ egit querela inofficiosi testamenti, quod in testamento materteræ prætermissa esset: egit ergo petitione hereditatis de inofficioso. Nam certum est querelam inofficiosi testamenti esse petitionem hereditatis de inofficioso testamento, id est, petitionem hereditatis, cui adjuncta est hæc causa inofficiosi testamenti, *l. si qui filium, de inoffic. testam. sup. l. 20. D. De inoffic. testam. l. pen. §. sed quemadmodum, D. de bonor. possess. cont. tab.* Et hoc aperte comprobat hæc l. 3. eum, qui agit querela inofficiosi testamenti vindicare, & petere hereditatem ab intestato. Cum autem egisset Titia adversus heredem materteræ petitione hereditatis de inofficioso, victa est: & merito, quia querela inofficiosi testamenti datur tantum liberis & parentibus, non cognatis ex latere ultra fratrem, *l. 1. D. de inoffic. test.* Nunc eadem Titia, quæ priori judicio petitionis hereditatis victa est, vult rursus agere petitione hereditatis maternæ de bonis maternis, quæ possedit matertera, & heres materteræ possidet. An quod eadem actione rursus agat, repelli possit exceptione rei judicatæ? Non: quia scilicet licet eadem sit actio: est tamen de bonis aliis, & ex causa alia: prior petitio hereditatis fuit de bonis materteræ: posterior est de bonis maternis: nihil commune habent materteræ bona cum bonis matris; prioris petitionis hereditatis causa fuit inofficiosi testamenti: Posterioris causa est Senatusconsultum Orphitianum, quo filius succedit matri ab intestato. Nemo prohibetur petere hereditatem ex diversis causis, vel ut hic dicitur, titulis. Non idem est titulus harum actionum, ergo non consumit alia aliam, causa actionis ut titulus possessionis est, & causa possessionis, *l. 4. de contrah. empt. & vendit. inf.* non posse duplicari titulum, id est, causam possessionis, non accipio possessionis, pro dominio, ut hic accipitur, sed proprie. Et si id accipio proprie, ita id videtur falsum; quia mox dicebamus possessionis plures titulos esse posse, dominii unum tantum ex *l. 3. §. ex pluribus, D. de acquirend. possess.* Sed in ea specie legis 4. potest duplicari titulus possessionis, cum quis rem suam mihi donavit, & hæc jam mea est effecta. Si & eandem emi ab herede donatoris non duplicatur titulus possessionis, quia emptio rei suæ nulla est: hic igitur nec dominium duplicatur, quod regulare est, nec possessionis causa, *ut in l. 7. infra eod. tit. de contrah. emp.* Potest quidem multiplicari possessionis titulus, sed hæc species

cies hoc non patitur. Et ita quod Divus Joannes vocat Titulum *τίτλον*, qui fuit cruci Domini superpositus, Divus Lucas *ἐπιγραφὴν*, Divus Matthæus vocat *αἰτίαν*, id est, *causam supplicii*, & Divus Marcus *ἐπιγραφὴν τῆς αἰτίας*, id est, *Titulum causæ illatæ pœnæ*. Hic igitur titulus nihil aliud est, quam causa actionis, qui si sit diversus, eadem actio iteratur recte: nec obstat exceptio rei judicatæ, quia scilicet non est eadem res, cum causa actionis sit eadem, & quidem causa proxima, ut ait lex 27. *cum de hoc*, *D. de excep. rei judic.* Quid vero vocat causam proximam actionis? Causa proxima actionis est, quæ est peculiaris, & propria actionis, Aristoteles lib. 8. Metaphysicorum *cap.* 4. tractans de prima causa: *δεῖ δὲ καὶ τὰ ἐγγύτατα αἴτια λέγειν, τίς ἡ ὕλη, μὴ πῦρ, ἢ γῆν, ἀλλὰ τὴν ἴδιαν*, id est: *Si quis quæsierit quæ sit materia hominis, debet adferre proximam causam, non dicere materiam esse ignem, materiam esse terram*: nam quæ est propria, ea est proxima. Propria autem materia hominis sunt menstrua, sanguis menstruus. Sic etiamsi rem vindicem quasi mihi legatam ex testamento, vindicationis hujus causa quidem propria est legatum. Ergo proxima causa communis est dominium: ergo hæc est remota causa: non igitur causa remota eadem eandem actionem facit, sed causa proxima si sit eadem, eadem actio est; si sit diversa, diversa est actio, licet nomen sit idem actionis. At cum quis egit petitione hereditatis de inofficioso, postea non prohibetur agere petitione hereditatis ab intestato, ex Senatusconsulto Orphitiano, quia non est eadem actio, cum causa proxima sit diversa: & similiter qui egit petitione hereditatis de inofficioso, etsi non obtinuerit, non prohibetur postea agere petitione hereditatis de injusto testamento, vel etiam utramque petitionem simul proponere potest, non utramque tamen exequi, ne secum ipse pugnet. Nam qui inofficiosum dicit, valere dicit, sed rescindi postulat: qui injustum dicit, non valere dicit. Verum debet eligere utra prius experiri velit, & una si ceciderit, reverti ad alteram, *l. contra*, *de inoffic. testam. sup. l. Papinianus*, *§. si quis & irritum*, *D. eod. tit.* Et similiter si egerit petitione hereditatis de falso, si de crimine falsi testamenti egerit nec obtinuerit, non prohibetur agere postea petitione hereditatis de inofficioso, vel petitione hereditatis de injusto testamento, *l. 47. Lucius*, *D. de petit. hered. l. eum qui*, *C. de inoffic. testamen. l. si ita quis promiserit*, *§. ult. D. de verbor. obligat.* & similiter si quis cum heres non esset, petierit hereditatem, atque ita non obtinuerit, postea heres factus si petat hereditatem, non repelletur etiam exceptione rei judicatæ, quia est petitionis nova causa: primæ petitionis nulla erat causa, quia heres non erat, secundæ est causa nova: igitur recte iteratur, *l. si is qui heres* 25. *D. de except. rei judic.* & eadem omnia obtinent in rei vindicatione, in speciali in rem actione: Nam si quis vindicaverit hominem ex causa emptionis, adjecta causa, quod sit traditus, & venditus, & non obtinuerit, postea non prohibetur vindicare alia adjecta causa, puta, quod mihi sit donatus: non mutatur quidem actio, sed mutatur causa proxima actionis, quod sufficit ne actor summoveatur exceptione rei judicatæ: & similiter si cum non esset dominus vindicaverit, & repulsus fuerit, postea nactus dominium ex nova causa eandem rem rursus rectissime vindicabit, *l. si mater* 1. *§. denique*, *& §. seq. & §. eandem*, *D. de except. rei judic.* nec tamen idem erit si rem vindicet simpliciter: nam hoc casu nullo modo ex præterita causa eandem rem vindicare poterit: poterit quidem ex nova, sed non ex alia præterita causa, quia prima vindicatione, quam instituit simpliciter non adjecta causa, deduxit omne dominium in judicium quodcunque, & undecunque acquisitum: aut igitur vindicat non adjecta causa: aut adjecta causa: priore casu non potest ex alia causa (nisi novissime accesserit) iterum eandem rem vindicare: posteriore casu potest ex alia causa etiam antiquiore, eandem rem vindicare. Sed his tamen obstat *l. si patronus ex minore*, *D. de bon. libert.* quam objicit Accursius in *d. l. Lucius*, *& d. l. eum qui*, is, qui egit de falso testamento, postea non prohibetur agere de injusto testamento, quia mutatur causa quæstionis, titulus controversiæ. Secus est in specie istius *l. si patronus*. Nam si patronus, qui erat scriptus ex minori parte, quam legitima, egerit de falso testamento, nec obtinuerit, postea non potest agere, ut suppleatur legitima, petita scilicet bonorum possessione contra tabulas, sive petitione hereditatis possessoria, ex causa bonorum possessionis contra tabulas, per quam patrono expletur legitima portio. Cur ita non licet patrono transire ad aliud? ratio est, quia illi, de quibus egimus superius, nihil ex testamento captant, id omnino cupiunt evertere, modo ex causa falsi, modo ex causa inofficiosi: sed hic patronus captat lucrum ex testamento, quod oppugnavit accusans falsi, nec expugnavit: captat lucrum, quia captat portionem sibi relictam testamento, & præterea sibi eam suppleri desiderat, cujus desiderii indignus est ut potiatur, quia testamentum nisus est evertere, & ideo *l. si patronus* ait, eum repelli ut indignum a bonorum possessione contra tabulas.

Ad L. IV. In restituenda hereditate *compensatio ejus habebitur, quod te in mortui infirmitatem, inque sumptum funeris bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse probaveris.*

Lex 4. ait, eum unde petitur hereditas, posse in compensationem deducere id, quod de suo bona fide impendit in defuncti infirmitatem, vel in sumptum funeris, & recte de suo propter verbum compensationis: compensat enim proprie possessor hereditatis quod de suo impendit, imputat quod de hereditate impendit; & ita in quæstione legis Falcidiæ differentia est inter imputare, & compensare, *l. filium*, *famil. ercisc. inf.* imputo in Falcidiam quod de hereditate jure hereditario sumo, compenso in Falcidiam quod jure legati a coherede sumo, cui vicissim rogatus sum portionem meam restituere: nec imputo, nec compenso in Falcidiam, sed id habeo supra Falcidiam, quod jure legati a coherede accipio, cui vicissim nihil restituere debeo: & ita in *d. l. filius*, subtiliter separatur retentio, & ibi, *retenta*, id est imputata, a compensatione, *compensato*, proprie, non ut quidam pro imputato. Nam etsi quod compensatur imputari dicatur generali vocabulo, *l. si quid possessor* 31. *D. hoc tit.* Tamen quod imputatur numquam dicitur compensari: nec enim hoc fert vocabuli significatio. Compensatio enim non est, nisi fiat ultro citroque contributio sui & alieni. Imputatio fit etiam sine contributione sui & alieni, ut cum quid ex hereditate sumpsi, & hereditati reputo sive imputo. Compensat enim possessor hereditatis quoscunque justos sumptus, quos fecit de suo propter onera hereditaria, ut in *l. sorori 6. §. ult. D. si pars heredit. petat. l. heres* 51. *& l. si quid possessor*, *§. sicut*, *D. de petit. heredit.* & fit omnium harum impensarum compensatio ipso jure, sine officio judicis, quia petitio hereditatis est bonæ fidei, *l. ult. in fin. hoc tit.* Quin & hodie in omnibus actionibus sive bonæ fidei, sive strictis, receptum est compensationem fieri ipso jure sine officio judicis: non desideratur ergo exceptio doli mali, *l. plane* 38. *D. hoc tit.* Attamen videtur desiderari in *l. utiles* 39. *& l. hereditas*, *§. 1. eod.* Quibus tamen respondendum est ex *l. ult. eod. tit.* etiam si non proponatur exceptio doli mali, compensationis jure, satis per officium judicis consuli, *l. ult. D. de petit. heredit.* Loquitur hæc lex 4. de bonæ fidei possessore, quia de suo sumptum fecit bona fide in funus defuncti, vel in curationem defuncti cum ægrotaret. Sed idem videtur admittendum etiam in malæ fidei possessore; ut quod pietatis ratione impendit circa personam defuncti, & infirmitatem, aut funus, id compenset petitori hereditatis, & eo nomine habeat actionem negotiorum gesto-

rum, vel funerariam, quæ imitatur actionem negotiorum, *l. & si quis*, §. *idem Labeo*, *versic. & quid si testator*, *D. de religios. & sump. funer.* quasi videatur qui propter funus sumptum facit cum defuncto contraxisse, *l. 1. de religios. & sumpt. fun.* Præter hos sumpus, etiam compensat malæ fidei possessor sumptus necessarios & utiles factos in res hereditarias, si modo eis locupletior facta sit hereditas, ne ex jactura malæ fidei possessoris, verus heres lucrum sentiat, sed non compensat sumptus necessarios & utiles factos in res hereditarias, quibus hereditas melior facta non est, *l. plane* 38. *D. de petit. hered.* non compensat etiam, vel imputat voluptuarios, *l. utiles* 39. §. *ult. D. eod.* bonæ fidei possessor imputat voluptuarios, sive compensat, & bonæ fidei possessor compensat etiam ceteros sumptus, licet res non extet, in quam facti sunt & consumpti, id est, quamvis inde non restituatur locupletior hereditas, *d. l. plane*, & *l. utiles*: & hæc tantum in hac ratione compensationis est differentia inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem.

Ad L. V. De hereditate, *quam bona fide possidebas, si contra te pronuntiatum est, in restitutione ejus detrahetur quod creditoribus ejusdem hereditatis exolvisse te bona fide probaveris. Nam repeti a creditoribus, qui suum receperunt, non potest.*

Lex quinta docet, compensari etiam id quod possessor hereditatis de suo creditoribus hereditariis solvit: loquitur de vero debito, id est de eo quod vere hereditas debebat creditoribus: indebitum enim si possessor hereditatis solverit, id non imputat, non deducit, non compensat; sicut si indebitum exegerit, non restituit, non imputat, *l. item veniunt*, §. *sed & si Senatus*, *D. de petit. hered.* cui tamen obstat *l. quod si possessor* 17. *eod. tit.* Species est: Possessor hereditatis ex testamento heres scriptus, legata testamento relicta aut fideicommissa solvit: post evicta ei est hereditas ab intestato, ab herede legitimo quasi testamento imperfecto, aut rupto, ex quo apparuit indebita fuisse legata quæ solvit: plane igitur in hac specie possessor hereditatis indebitum solvit, cum postea apparuerit intestatum fuisse defunctum. Ait lex *quod si possessor*, possessorem hereditatis id, quod solvit reputaturum petitori hereditatis, & ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfacturum. Igitur possessor quod indebitum solvit, reputat petitori. Ab Accursio quatuor adferuntur solutiones: hæc est perspicua, ut dicamus in ea specie possessori id indulgeri, ut reputet quod solvit indebitum legatum: propterea quod quantum in se fuit, paruit voluntati testatoris, & quia pietatis officio functus est, æquum est ut id reputet petitori. Itaque §. *sed & si Senatus*, intelligi debet de eo, qui ex alia causa indebitum solvit, ut hic non reputet, non si indebitum solvat ex testamento, & ex præcepto defuncti, puta legatum, aut fideicommissum: sed & hoc casu, cum solvit indebitum legatum, aut fideicommissum ex testamento, quod putabat valere, ita demum imputat & compensat indebitum, quod solvit, si cedat, vel si paratus sit petitori cedere condictionem indebiti, quam habet adversus legatarios, aut fideicommissarios: Nam sane condictionem indebiti habet, cum indebitum errans solverit, id est, existimans valere testamentum; hanc si cedat petitori hereditatis, solutum petitori hereditatis reputabit, *d. l. quod si possessor*, & *l. quod si in diem*, §. *pen. & ult.* & procedit hoc indistincte, sive de suo solverit indebita legata, sive de hereditate, ut apparet ex *dict. l. quod si in diem*, §. *penult. & ult.* Semper enim quod solvit petitori, sive vero heredi imputat, modo cedat condictionem indebiti. Superiore etiam casu, qui est casus hujus *leg.* 5. cum possessor hereditatis verum debitum solvit creditoribus hereditariis non distinguitur, utrum solverit de suo, an de hereditate: semper enim id, quod solvit creditoribus hereditariis vel imputat, vel compensat. Multum tamen interest, utrum verum debitum solverit possessor hereditatis suo nomine, an hereditario nomine, puta defuncti nomine, aut veri heredis nomine, quod attinet scilicet ad condictionem indebiti: quod solvit, ut dixi, imputat semper petitori, sed non condicit semper ei, cui solvit. Nam distinguendum est, utrum solverit creditori hereditario, suo an hereditario nomine: si enim hereditario nomine, non habet condictionem indebiti, quia creditores suum receperunt nomine debito, id est, hereditario. Condictio indebiti non est adversus eum, qui suum recepit, licet is, qui solvit id non debuerit, sed alius, modo solverit, qui non debebat nomine veri debitoris, ut hoc casu, nomine hereditario, *l. repetitio* 44. *l. quod nomine* 8. *l. servus cujusdam* 36. *in fin. D. de condict. indeb.* & in hac *l.* Ait enim, *de hereditate, quam bona fide, &c.* Ponendum est ex supradictis legibus eum solvisse hereditario nomine, & ideo non habere condictionem indebiti, quia vero nomine solvit, & veris creditoribus, etiamsi ipse non debuerit. Inde fit, ut vere heres, qui est verus debitor liberetur, quia ejus nomine solutum est, sive hereditario: Et ut etiam verus heres possessori hereditatis teneatur actione negotiorum gestorum cum de suo solvit, si non utatur reputatione: vel igitur quod solvit hereditario nomine possessor, reputabit aut compensabit, vel id repetet actione negotiorum gestorum, quia verum heredem liberavit, *l. ult. D. de negot. gest. & l. ult. hoc tit.*

In his speciebus, fere ubi est reputatio, est & actio negotiorum gestorum cum quis de suo solvit: nam & cum prædo sumptus fecit, quibus aucta est hereditas, non tantum eos potest reputare, sed etiam repetere negotiorum gestorum actione, *l. 6. si pupillus*, §. *sed & si quis negotia*, *D. de negot. gest.* Quid tamen dicemus, si possessor hereditatis creditoribus hereditariis solverit suo nomine, non hereditario, suo nomine, inquam, quasi ipse debeat? & constat eum habere condictionem indebiti, quia suo nomine solvit, & ipse non debuit: & est sic accipienda *l. in summa* 65. §. *ult. l. si pœnæ* 19. §. 1. *D. de condict. indeb. l.* 5. *inf. de condict. indeb.* In qua etiam ponendum est, eum, cui datur condictio indebiti, solvisse suo nomine, licet lex dicat eum solvisse ut successorem patris: nam fieri potest, ut qui omnino putat se heredem esse, solvat suo nomine, ut ait *l. si quid possessor* 31. *D. de petit. hered.* quæ hoc declarat expressim ut solverit suo nomine, atque etiam *l. cum quis* 38. §. *de peculio*, *D. de solution. & l. 2. inf. de his qui in prior. creditor. loc. suc.* Et consequenter hoc casu, cum possessor hereditatis solvit suo nomine, verus heres idemque debitor non liberatur, quia nomine ejus solutum non est: non liberatur ipso jure, sed liberatur per exceptionem doli mali, cum creditores suum receperint, *l. si quid possessor.* Qua etiam ratione dicemus petitorem hereditatis possessori teneri actione negotiorum gestorum, cum vel per exceptionem liberatus sit. Itaque possessor hereditatis, vel quod de suo solvit repetet actione negotiorum gestorum, quia verum debitorem liberavit, vel per exceptionem, cum suo nomine solvit, vel sive de suo, sive de hereditate solvit, id petitori reputabit: nam utroque casu, id est, sive solverit hereditario nomine, sive suo, quod solvit imputat petitori, sed posteriore casu, id est, cum solvit suo nomine tantum, ita demum id quod solvit imputat petitori, si modo caverit defensum iri petitorem, ut explicat *dict. l. si quid possessor*, *D. de petit. hered.* Hoc merito exigit cautionem alia in re. Sed ita demum imputat si cedat condictionem indebiti, quam habet dicta *l. si quid possessor.* Et hæc est vetus distinctio Accursii verissima, quam qui neglexerunt Stella, Zazius, & alii complures, dici non potest quam sint ridiculi: sed quæ leges dant condictionem indebiti, sunt accipiendæ de possessore hereditatis, qui solvit suo nomine: quæ denegant, sunt accipiendæ de possessore hereditatis, qui solvit alieno nomine,

mine, id est, hereditario nomine, nec hac in re ullus est labor. Distinctio confirmatur superioribus legibus, & ea utimur in plerisque aliis quæstionibus, etiamsi non adscribatur legibus. Græci etiam non animadvertentes ad hanc distinctionem, vaticinantur, intelligentes hanc l. 5. quæ denegat condictionem indebiti possessori hereditatis, in herede scripto, cui est evicta hereditas per querelam inofficiosi testamenti, quæ est petitio hereditatis, ut scilicet hic heres scriptus, quod solverit creditoribus hereditariis, non condicat, quia vere debuit. Justum enim fuit testamentum, licet id postea resciderit querela. Itaque interim vere debuit heres, vere fuit heres obligatus creditoribus hereditariis, & solvit denique vere quod debuit. Et sane liquido constat in hac specie, denegandam esse condictionem indebiti possessori hereditatis: sed nihil est necesse ad hanc speciem hanc legem 5. adstringere, in qua nihil est, quod nos cogat ad hanc speciem, sed tantum supplendum est ex aliis legibus. Generaliter eum, qui solvit hereditario nomine, non habere condictionem indebiti, quia solvit non suo nomine, sed vero nomine, quia creditores suum receperunt, hoc non est satis: Necesse est enim vero nomine recipiant, ut recipiant hereditario nomine: nam secus tenentur condictione indebiti. Loquitur autem etiam hæc lex de bonæ fidei possessore: rectissime: nam quod attinet ad condictionem indebiti, aliud statuendum est in malæ fidei possessore, quia ille nullo casu habet condictionem indebiti: sciens enim solvit se non debere se alienam hereditatem possidere. Igitur superior distinctio non est admittenda in malæ fidei possessore, reputatione tamen utetur: reputabit quod solverit malæ fidei possessor, etiam quocumque nomine solverit, & sive de suo, sive de hereditate solverit. Hac tamen lege & conditione, si modo caveat a se petitorem hereditatis defensum iri adversus creditores hereditarios, cum suo nomine solvit: nam suo nomine solvendo non liberabit verum heredem, verum debitorem. Igitur est integra actio creditoribus hereditariis adversus verum heredem, licet suum receperint, quia non a vero debitore receperunt: qua de causa? ne verus heres cogatur & pati reputationem a possessore, & pati actionem creditæ pecuniæ a creditoribus hereditariis. Æquum est, ut malæ fidei possessori, qui suo nomine solvit, non aliter permittatur, quod solvit imputare creditoribus, quam si caverit petitori vero heredi adversus creditores hereditarios se defensurum verum heredem, *d. l. si quid possessor*. Sed bonæ fidei possessor non oneratur hac cautione: satis est si velit reputare quod solvit etiam suo nomine, si cedat condictionem indebiti, quam habet, petitori hereditatis, *d. l. si quid possessor*.

Ad L. VI. Si putas non jure *tutores datos nepotibus tuis, quod eos dicas in tua esse potestate, petere ab his hereditatem filii tui emancipati non moreris, cujus commodum ad te pertinere dicis: judice statuturo, an a præsidialibus actis discedendum sit, qui eis tutores dedit, cum in tua potestate negaretur esse.*

FAcile licebit hodie pervenire usque ad leg. penult. Ac primum quidem legis 6. species est. Quidam filium emancipavit, & nepotes ex eo retinuit in potestate, quod jure potuit facere, *l. liberum 28. D. de adoptionib.* Nepotes vero perinde ac si essent sui juris, a Præside Provinciæ, cum essent impuberes, tutores sibi dari petierunt, & acceperunt mortuo patre, superstite avo, ut scilicet per eos tutores administrarentur bona paterna: his, qui sunt in potestate, jure non dantur tutores, ut tutelæ definitio indicat. *Tutela est potestas in caput liberum*, id est, in hominem sui juris: excipitur tantum unus casus in *l. ult. de sentent. passis, inf.* valde elegans & notandus, quo filiusfamilias habet tutorem: sed filiusfamilias regulariter non indiget tutore, vel qui est in potestate parentis: hi tamen nepotes, ac si essent sui juris tutores acceperunt, atque ita se gesserunt pro liberis, & hereditatem paternam pro herede possederunt. Contra avus, qui contendit eos in sua potestate esse, & ideo eis tutores inutiliter datos, & sibi adquisitum commodum hereditatis filii sui patris eorum per nepotes, petit eam hereditatem a nepotibus, quasi sibi adquisitam per nepotes, qui manserunt in ejus potestate. At dices: quomodo per nepotes potuit avo adquiri, cum non adierint jussu ejus? Imo potuit acquiri avo hereditas per nepotes citra jussum jure prætorio, ratihabitione scilicet, si avus ratam habeat eam hereditatem, quam nepotes citra jussum ejus agnoverunt. Jure enim prætorio jussus parentis non requiritur, & sufficit ratihabitio, *l. 4. D. de acquir. hered.* Quin etiam ex Constitutionibus, si nepotes eam hereditatem diu possederint sciente & non repugnante avo, videntur eam agnovisse & adquisisse avo, *l. si filiusfamilias, inf. hoc tit.* quæ est de filiofamilias, & ait filiumfamilias, qui diu possedit hereditatem sibi delatam, tacente scilicet & non contradicente patre, eam agnovisse videri: & ideo ejus commodum patri acquisivisse, & patri competere petitionem hereditatis: sicut ex diverso si hereditatem delatam filiofamilias pater ipse diu possederit non repugnante filio, etiamsi filius non adierit eam hereditatem, videtur eam pater admisisse & adquisisse ex Constitutionibus, *d. l. 6. §. 1. de acquir. hered.* Et ita avus in hac specie, licet non jusserit nepotes adire hereditatem paternam, tamen vel quia ratam habet agnitionem hereditatis factam a nepotibus, vel quia diu passus est nepotes esse in possessione hereditatis, ideo jure contendit ejus hereditatis emolumentum sibi esse adquisitum, ac proinde jure ab eis petit hereditatem. Dices; imo non jure, quia eos ponit esse in sua potestate: lis autem nulla est cum eo, qui est in nostra potestate, *l. 4. D. de judic.* Imo si qua lis a me fuerit contestata cum eo, qui erat sui juris, & pendente lite fiat mei juris, puta adrogatione, moritur lis, solvitur judicium *l. 11. si a me, D. de judic.* Quomodo igitur potest avus petitione hereditatis consistere adversus nepotes, quos ait esse in sua potestate? hoc necessario admittitur, cum liberi, qui sunt revera in potestate, sunt in possessione sui juris. Cum ita filius est in possessione sui juris, cum eo pater, vel avus jure litigat, sicut licet cum servo nulla sit actio, tamen si servus sit in possessione libertatis, cum eo est actio; & ideo avus recte in hac specie a nepotibus hereditatem petit. Ait autem lex, eum, qui de hereditate cognoscit inter avum & nepotes, cogniturum etiam de statu, id est, an nepotes sint in potestate necne: Nam ex hujus quæstionis definitione pendet finitio quæstionis hereditariæ, & plerumque judex tuebitur dationem tutorum, & habebit nepotes pro liberis, id est, sui juris, maxime si avus eos sit passus diu, ut patresfamilias bona paterna administrarent per tutores: videtur enim eos tacite emancipasse. Tacita emancipatio recepta est constitutionibus, *l. 1. inf. de patr. potest. l. post mortem 25. ff. de adopt.* Igitur judex hereditatis prius de eo cognoscet sint nepotes in potestate petitoris necne, ac deinde de hereditate pronuntiabit, quæ petitur. Itaque qui cognoscet de hereditate, & de statu, cujus quæstio incidit, cognoscere potest, ut in *l. 3. sup. de jud.* & *l. 1. sup. de ordine judicior.* Et huc pertinet *lex 8. hujus tit.* ubi ait, *liber necne fuerit, &c.* disquiri debere a judice hereditatis. Ergo judex hereditatis cognoscit de incidente quæstione status, & quidem de hac quæstione status, quasi præjudiciali, cognoscit, ut ait priori loco, non etiam pronuntiat, sed hac quæstione discussa, pronuntiat de principali, id est, de hereditate, *l. 2. inf. de ordine cognition.* Et necesse quidem est, hoc prius a judice disquiri, sit adversarius sui juris, an alieni, id est, sit reus in potestate petitoris an non, vel etiam fuerit testator, ex cujus testamento petitur hereditas, liber, an servus: Nam si servus fuit, non potuit heredem habere, *l. servus, inf. comm. de success.* quæ est conjungenda

huic

huic legi 8. simul & *legi Arrianus*, *inf. de liber caus.* In his tribus legib. quæ ex una constitutione manarunt, eadem est inscriptio: debet etiam in omnib. ita subscriptio restitui, *Data Nonis Aprilis Sirmii, Cæsaribus Consulibus*, & ut aptissime conjugantur, ita ponenda est species. Arriano quidam facit controversiam status eum vindicans in servitutem, & non obtinuit: & ita Arrianus liber est pronuntiatus. Deinde Arrianus mortuus est relictis duobus heredib. Asterio & Philippo: is, qui Arriano fecerat controversiam status, erat Leonides quidam. Idem Leonides de statu defuncti rursus egit adversus Philippum unum ex heredib. non recte egit, quia jam ante egerat cum Arriano & succubuerat. Non opposuit tamen Philippus exceptionem rei judicatæ, sed collusorie causam egit Philippus, & in fraudem Asterii coheredis sui passus est se vinci: Quæritur an hæc res officiat Asterio? minime. Res acta inter Leonidem & Philippum, & quæ inter eos in confessionem venerunt, Asterio non officient, non si Philippus confessus sit testatorem servum fuisse, non possunt mutare statum libertatis, nec nomen substantiæ defuncti, id est, non possunt mutare nomen hereditatis Arriani in nomen peculii. Et ideo erit integrum Asterio agere petitione hereditatis, in quo judicio tamen priore loco disceptabitur, an Arrianus liber fuit necne: An lusorie egerit causam Philippus, an Leonides idem de statu judicium iteraverit, & quidem priore loco, quia si servus fuit, successores habere non potest, *l. 3. D. de verbor. obligat.*

Ad L. VII. Hereditatis petitione, *quæ adversus pro herede, vel pro possessore possidentes exerceri potest, præscriptione longi temporis non summoveri, nemini incognitum est: cum mistæ personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse, manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem, vel longum tempus explosa sit.*

PONit duas differentias inter petitionem hereditatis, & actionem in rem specialem. Petitione hereditatis is tantum tenetur, qui pro herede, aut pro possessore possidet, ut dictum est *l. 2. supra*. Hic delenda est ratio, quam retulit Accursius, quam probant interpretes, & improbant veriorem, quam idem attulit in *l. pen. inf. in quibus caus. cessat longi temp. præscript.* Cur petitio hereditatis datur tantum adversus eos, qui pro herede, vel pro possessore possident? ratio ea est, quia si quis possideat alio titulo rem hereditariam, inter eum, qui petit hereditatem, & eum, qui possidet pro emptore, nulla potest esse lis: Nam qui potest esse heres, & qui possidet esse emptor: unus dicit se heredem, alter se esse emptorem: hæc non sunt adversa, ut lis sit, necesse est, ut quod sibi vindicat unus, eodem jure alter possideat. Imo qui possidet pro emptore, fatebitur adversarium esse heredem, idem est si alio titulo possideat. Sed quid fecit ut interpretes discederent ab hac ratione, & idem non dicatur & de eo, qui possidet pro possessore, qui tamen tenetur petitione hereditatis? imo vero idem prorsus dicetur: Nam hic etiam controversatur de hereditate, sicut qui possidet pro herede plane controversatur de hereditate adversus eum, qui hereditatem petit quasi heres, & existit vere lis de hereditate. Ita etiam cum unus petit hereditatem, alter pro possessore possidet, id est, nullo adjecto titulo possessionis, & tamen litigat, nec vult concedere petitori titulum proferenti. Controversatur de hereditate, & perinde est atque si contra diceret se heredem esse: quoniam non dicit, cur possideat: & tamen vult litigare contra eum, qui dicit se esse heredem vel ex testamento, vel ab intestato. Igitur est manifesta controversia de hereditate. Alii, qui aliis titulis possident, non controversantur de hereditate, nec quod afferunt adversatur intentioni petitoris hereditatis. Igitur inter petitorem hereditatis, & eos nulla lis existere potest: ob id petitio hereditatis non est nisi adversus eum, qui controversatur de hereditate, is autem est tantum, qui pro possessore, vel pro herede possidet. Ceteri, qui aliis titulis possident, tenentur specialibus in rem actionibus: Nam contendunt se esse dominos, quasi legatarios, quasi donatarios, quasi conjuges. Idem contendit, qui vindicat. Est igitur vere lis inter eos de dominio: hæc est prima differentia. Secunda differentia est, quia præscriptio longi temporis non obstat petitioni hereditatis: vel ita, petitio hereditatis non tollitur præscriptione longi temporis, id est, si possessor possederit longo tempore hereditatem, non ideo repellit petitorem hereditatis. Cur ita? Imperator hanc rationem adfert, quia petitio hereditatis est actio mixta, id est, tam in rem, quam in personam, *l. sed etsi lege, §. petitio, D. hoc tit.* quomodo? quia scilicet qui petit hereditatem non tantum vindicat hereditatem, & suam esse dicit, sed etiam intendit sibi dari oportere, quod possessor exegit a debitorib. hereditariis, vel quod redegit ex venditione rerum hereditariarum, licet hæc numquam fuerint in hereditate, sive in bonis defuncti, vel etiam sibi dari oportere quod ipse possessor debuit defuncto, *ut l. 13. §. ult. & l. 14. 15. & 16. in princip. & §. 1. D. de petit. hered.* Sic igitur qui petit hereditatem, agit & in rem & in personam. Igitur petitio hereditatis mixta est actio, & ratione personalis actionis, quæ ei juncta est, non tollitur præscriptione longi temporis. Personalis enim actio non tollitur longi temporis præscriptione, *l. 5. inf. quib. non obiic. longi temp. præsc. l. pen. inf. in quib. causis cessat longi temp. præsc.* id est, non tollitur præscriptione decem aut viginti annorum: hodie tamen tollitur actio personalis præscriptione tricennii ex Constitutione Theodosii. Olim actio personalis erat perpetua in provinciis, & hæc lex pertinet ad provincias. Petitio igitur hereditatis non tollitur præscriptione longi temporis, quam solum noverant antiqui ante Theodosium: neque enim noverant præscriptionem tricennii: & ideo nusquam ejus habetur mentio nisi post Theodosium. Ratio est, quia hæc personalis actio est, & personalis actio illa præscriptione non tollitur: Accursius & alii interpretes ridicule hanc rationem Imperatorum putant indigere adminiculo, & tacite reprehendunt quasi minus idoneam: & ideo addunt aliam rationem, quia inquiunt, petitio hereditatis datur adversus eum, qui nullo titulo possidet, ut adversus eum, qui pro possessore possidet: hic sane nullo titulo possidet, & adversus eum, qui pro herede possidet, hunc etiam ajunt titulum non habere, & ideo non posse uti præscriptione longi temporis, *l. 4. inf. de præscript. longi temp.* quia præsciptio sine titulo non currit: verum tantum abest ut ratio Imperatorum egeat isto adminiculo, ut omnino reiici debeat hoc adminiculum, quia falsum est quod statuunt: Petitionem hereditatis dari adversus eum, qui nullo titulo possidet: hoc quidem verum est, si agatur adversus eum, qui pro possessore possidet: falsum est, si adversus eum, qui pro herede possidet, ut si sit heres scriptus testamento, hic possidet justo titulo, & bona fide, quod forte nescit ruptum, vel quod putat utile, cum sit inutile: Nam & is justum titulum habet, & bonam fidem, quia dolo caret, & putat se revera esse heredem, nec est prædo, *l. sed & si lege, §. scire, D. eod.* Qui possidet ex testamento, justo titulo possidet, & tamen tenetur petitione hereditatis. Et quod ait *d. l. 4. de præscript. long. temp.* male explicatur: ait, *diutina possessio*, id est possessio longi temporis *tantum jure successionis sine justo titulo obtenta prodesse ad præscriptionem hac sola ratione non potest.* Jure successionis, id est, si is, qui possidet, dicat tantum se esse heredem, ei possessio longi temporis nihil prodest ad exceptionem, ad præscriptionem si possideat sine justo titulo, id est, neque sit cognatus, nec scriptus, nec conjux. Igitur is possidet *jure successionis*, hoc est prætextu successionis, obten-

tu

tu successionis sine justo titulo, qui neque est cognatus, neque scriptus, nec conjux ei. Is, qui ita possidet, non acquirit sibi possessionem, & præscriptionem longi temporis. At qui est scriptus, possidet ex justo titulo, & hic acquirit præscriptionem longi temporis, sed hæc præscriptio non tollet petitionem hereditatis competentem legitimo heredi ab intestato, quasi testamento nullo, aut rupto, quia petitio hereditatis non tantum est realis, sed personalis etiam, & personæ immistio eam perpetuam facit. Specialis autem in rem actio tollitur præscriptione longi temporis, vel usucapione, ut ait hæc lex 7. ubi est usucapio frustra pervenitur ad præscriptionem longi temporis, *l. 2. infra in quibus caus. cess. long. tempor. præscript.* Et ex eo constat, hanc legem pertinere ad provincias, quia differentiam facit inter usucapionem, & præscriptionem: illa pertinet ad res mancipi, hæc ad res nec mancipi. Igitur vindicatio specialis si res sit mancipi, tollitur per usucapionem, & si res sit nec mancipi, per præscriptionem longi temporis. Actiones vel in rem sunt, vel in personam: in rem tolluntur præscriptione longi temporis, in personam non tolluntur nisi post tricennium ex Constitutione Theodosii. Ejusdem generis sunt actiones mixtæ, quia ea pars accipitur, quæ æternam actionem facit: quia igitur mixta est, id est, tam in rem, quam in personam, ideo & perpetua est, sicut actio in personam. Nobis enim debet hoc esse curæ, ne temere intereant actiones, & producantur quanto longius fieri poterit. Atque ita mixtæ actiones obtentu personalis actionis producuntur ultra longum tempus, sive sunt perpetuæ, & hodie tricennales. Sed quod ait hæc constitutio, petitionem hereditatis non tolli præscriptione longi temporis, ei obstat quod dicitur de querela inofficiosi testamenti, eam tolli quinquennio, *l. si quis filium, sup. de inoffic. testam.* Est autem querela inofficiosi testamenti petitio hereditatis, ergo petitio hereditatis tollitur præscriptione quinquennii. Respondendum, hic non agi de illa petitione hereditatis, quæ datur ex causa inofficiosi testamenti: hæc enim propriam naturam habet, & ideo datur ei proprius titulus in his libris. Deinde petitio hereditatis de inofficioso est rescissoria, quia rescindit testamentum justum ut inofficiosum, hoc colore, quasi testator non fuerit sanæ mentis, & ita patremfamilias intestatum facit, quia est rescissoria, ideo coarctatur breviori tempore: sed petitio hereditatis, de qua hic agitur non est rescissoria, & est perpetua. Obstat etiam huic sententiæ *l. 1. §. 1. D. ad Senatusc. Tertyllian.* ex Senatusconsulto Tertylliano filius succedit matri ab intestato, licet matri non sit agnatus, sed cognatus, & præfertur agnatis matris: in hoc S. C. hæc additur clausula, *ut transacta, finita, judicata, rata maneant*: & finita Jurisconsultus interpretatur longo silentio sopita, id est, longo tempore: Unde consequenter dicemus filio petenti hereditatem maternam obstare longum tempus: neque oportet interpretari, ut Accursius, longum, id est, longissimum. Nam præterquam quod longissimi temporis præscriptionem non noverant Jurisconsulti, quia eam introduxit Theodosius, etiam verbum eam expositionem non admittit: neque tamen aliter se expedit ex illo loco, quem opponit *l. licet, inf. de jure delib.* quæ ostendit petitionem hereditatis non extingui longo tempore. Sed breviter respondendum, eam clausulam SC. Tertylliani referri ad præteritum tempus, ad jus præteritum, quod obtinuit ante SC. Tertyllianum, quo jure filius non præferebatur agnatis matris, & significatur ea clausula, ut si eam hereditatem agnati ante SC. possederint longo tempore, non possit etiam filius nunc ex SC. hereditatem ab eis petere: sed non pertinet ea clausula ad futurum tempus: Nam post Senatusconsultum poterat ab agnatis filius hereditatem petere, quam post SC. possederant longo tempore. Obstat & *l. ult. in fin. inf. de edict. div. Adriani toll.* Cum de hereditate agitur, duæ sunt lites, una de possessione, altera de proprietate, id est, jure hereditario, & ideo dum contenditur de hereditate, dilata quæstione hereditatis de proprietate, primum ponitur aliquis ex iis, qui disceptant de hereditate, in possessione, sive mittitur in possessionem: prima enim disceptatio est de possessione: & ob id ex edicto divi Adriani, si quis sit scriptus heres, is mittitur in possessionem, si modo proferat testamentum legitime formatum, id est, non cancellatum, etiamsi dicatur testamentum falsum ab adversario, salva tamen eorum disceptatione, id est, salva petitione hereditatis, quæ est lis principalis, & secundaria tamen. Mittebatur autem ex edicto Adriani heres scriptus in possessionem, si intra annum id postulabat, post annum id non poterat postulare, *d. l. ult. Paulus 3. Sentent. tit. 5.* Hodie ex Constitutione Justiniani mittitur heres scriptus in possessionem, non ex edicto Adriani, & ea missio est perpetua. Primum ait Justinianus, mitti scriptum in possessionem etiam post annum, etiam si diu siluerit. Et si quis forte existat, qui dicat potiora jura se habere possessionis, summatim esse cognoscendum de jure illius, & collocandam apud eum possessionem hereditatis litigiosæ: Sed peti potest hæc missio perpetuo ab herede scripto: verum addit hanc exceptionem, nisi tantum temporis effluxerit, quod rerum quarumdam possessori pareret dominium, vel ejus, qui mittitur omnem intentionem excludat, id est, nisi tantum temporis effluxerit, quod pariat usucapionem, vel præscriptionem: tunc enim sero postulatur missio in possessionem. Nam si vel ex una parte, id est, ex parte possessoris, vel ex parte heredis scripti, qui postulat se mitti in possessionem rerum hereditariarum, vel ex utraque parte occurrat temporis prolixitas, sopita est non tantum missio in possessionem, sed etiam principalis quæstio, id est, petitio hereditatis. Denique temporis prolixitate finitur petitio hereditatis, id est principalis quæstio: Ergo petitio hereditatis tollitur præscriptione longi temporis: collectio pessima est, quia lex hoc non dicit, loquitur de temporis competentis prolixitate, puta 30. annorum, quæ si occurrat, dicam missionem in possessionem, & petitionem hereditatis extingui. Non loquitur ergo lex de longi temporis prolixitate.

De lege octava dictum est supra ad legem sextam.

Ad L. IX. Si scripti heredes *delatam sibi successionem cognati tui repudiaverunt, & hanc honorario, vel civili jure quæsisti: res hereditarias, quæ in eadem causa durant, hereditatis petitione vindicare potes.*

Si scriptus repudiaverit hereditatem, vocatur legitimus, *l. quandiu, D. de acquir. hered.* & petit hereditatem. In eam petitionem hereditatis venient res hereditariæ, quæ in eadem causa durant, id est, quæ non desierunt esse hereditariæ. Quid enim si sint amissæ sine culpa possessoris? earum ratio non habebitur in petitione hereditatis, maxime si bonæ fidei possessor fuerit, etiam si perierint post litem contestatam, *l. illud, D. eod. tit.* Quid si quædam res sint venditæ a bonæ fidei possessore, qui non sit factus locupletior ex pretio, & postea sint usucaptæ ab emptore? hæc desierunt esse hereditariæ, ideo non veniunt in petitionem hereditatis. Hereditas non tantum deminutionem, sed & augmentum recipit, *l. item veniunt, §. item non solum, D. eod.*

In lege sexta exposita est lex decima supra.

Ad L. XI. Cogi possessores *ab eo, qui expetit, titulum suæ possessionis dicere incivile est: præter eum scilicet, qui dicere cogitat, utrum pro possessore, an pro herede possideat.*

Ponitur & in hac lege differentia inter petitionem hereditatis, & specialem in rem actionem. Prior ejus

ejus pars eſt de ſpeciali in rem actione : Poſterior de A petitione hereditatis. Cum agitur ſpeciali in rem actione, poſſeſſor non cogitur dicere vel docere titulum ſuæ poſſeſſionis, id eſt, interrogatus cur poſſideat, non cogitur reſpondere, nec oſtendere inſtrumentum auctoritatis, ſed probatio dominii ab eo exigitur, qui rem vindicat: hic debet edicere & docere titulum ſui juris & dominii, quod vindicat, & hoc non probante poſſeſſor abſolvitur. Eſt hæc eadem lex in Cod. Theod. poſita ſub *titulo de fide teſt. & inſtrumentor. l. penult.* & additur illa ratio, quod intentanti vindicationis judicium, non ſuſcipienti, impoſita ſit probationis neceſſitas. Atque ita in *tit. de probationibus*, eadem ſententia extat *l. 2. inf.* ut poſſeſſori, a quo vindicatur res, non incumbat neceſſitas probandi rem ad ſe pertinere, ſed actore deficiente in probatione, ut res B apud eum remaneat; *d. l. 2.* & videtur potiſſimum hæc lex data ad antiquandam legem 1. *Cod. Theodoſ. de fid. Teſtium & inſtrumentorum*: ubi proponitur hanc eſſe regulam juris antiqui, ut probet qui rem vindicat, non is unde petitur, *l. 2. inf. de probat. hunc eſſe morem judiciorum*, Gallice *le ſtile*. Sed diſcedit ea lex 1. nonnihil ab antiqua juris regula. Nam initio quidem vult ſecundum regulam juris, ut probet actor unde res ad ipſum pertineat, ſed eo actore deficiente probationibus, vult contra jus vetus, ut tunc imponatur poſſeſſori neceſſitas probandi unde poſſideat, & quo jure teneat rem, quod modo aboletur hac conſtitutione quaſi injuſtum & præpoſterum: nam unuſquiſque de ſuo jure agere debet, non de alieno, *l. uti frui, D. ſi uſusfruct. petat.* Nam ſi is, qui agit nullo jure nitatur, C & is, cum quo agitur nullum jus habeat, non ideo tamen debet vincere qui egit, ſed potius debet vincere reus eo jure, quod in pari cauſa potior eſt poſſeſſor. Proinde ſic dicet reus: res hæc tua non eſt, concedo etiam meam non eſſe, quia tamen eam poſſideo, potior in hac lite eſſe debeo. Unuſquiſque enim, qui agit, debet ſibi parare victoriam ex ſuo jure, *ἐκ τῶν προσόντων αὐτῷ Theophil. in §. æque, Inſtit. de actionib.* ſi non paraveris tibi victoriam ex tuo jure, cedas eam neceſſe eſt poſſeſſori, etiamſi nullum jus habeat poſſeſſor, nec ullam cauſam poſſeſſionis ſuæ adferat, quam & adferre non cogitur, ſed tu, qui agis, quo jure nitaris allegare debes, & probare: & hæc cum agitur ſpeciali in rem actione: Cum autem agitur petitione hereditatis, cogitur poſſeſſor dicere, utrum pro herede, an pro poſſeſ- D ſore poſſideat. Cur ita? ut proinde ſciatur an adverſus eum agi poſſit petitione hereditatis, an velit litigare de hereditate: nam ſi forte nolit litigare de hereditate, actor mutabit actionem, & aget ſpeciali in rem actione. Mutari poteſt actio ſemel edita, ante litem tamen conteſtatam ſecundum ſententiam *leg. edita, ſupra, de edendo*: quæ differentiam facit inter editionem & conteſtationem, adhibita *l. 1. ſup. de litis conteſt.* Editur enim prius actio: quæ quidem editio declarat ſpeciem, genus, nomen actionis, idque exigitur omnino, ut ſciatur an jure, an plus petat, ut alio jure quam debeat: quam edendarum actionum rationem attulerunt Imperatores Diocletianus & Maximinus in Cod. Gregoriano *tit. de calumniatorib.* Poſt eam editionem actionis, tibi licet eam emendare & permutare alia E actione electa, puta omiſſa petitionis actione, & edita denuo ſpeciali in rem actione. Editionem ſequitur conteſtatio: editio declarat tantum ſpeciem litis futuræ, *d. l. edita.* Conteſtatio litem judiciumque conſtituit: ante conteſtationem eſt controverſia, non lis; ſed & poſt litis conteſtationem ex cauſa admittitur mutatio actionis, *l. 4. §. ult. D. de noxal. actionib.* & pleriſque interpretibus, ut Placentino videtur, generaliter hodie etiam licere mutare actionem poſt litis conteſtationem: & probari videtur jure canonico *cap. examinata, de judic.* Sed *dicta l.* non admittit mutationem actionis niſi ante litis conteſtationem. Igitur qui putat adverſarium poſſidere pro herede, aut pro poſſeſ-

A ſore, ſi velit mutare actionem, recte eum interrogabit, utrum pro herede, vel pro poſſeſſore poſſideat, ut ſi negaverit, id eſt, ſi dixerit ſe alio titulo poſſidere, non expreſſo titulo, vel ſi dixerit ſe nolle litigare de hereditate, mutet petitor petitionem hereditatis in vindicationem rerum ſingularum, & ait hæc lex: *dicere cogitur utrum pro poſſeſſore, an pro herede poſſideat*, illud *an* peperit multas contentiones inter Bulgarum, Placentinum, & alios quoſdam: quæ Azoni & omnibus interpretibus riſum commoverunt, pro quibus hoc reponendum cenſeo. Significat duas quæſt. proponi adverſario hoc modo, an poſſides pro herede, an poſſides pro poſſeſſore? Nam hæ tantum duæ poſitiones petitori hereditatis pariunt adverſarium, ſpeciali in rem actioni quælibet poſſeſſio. Igitur ut ſciam qua actio- B ne experiri debeam, debes mihi explicare, veliſne litigare de hereditate, vel non. De hereditate litigat qui pro herede, vel pro poſſeſſore poſſidet, id eſt, ſine titulo: nam litigata de eo, quod intendit actor, cum nullum alium titulum adferat: intendit actor de hereditate: ergo de hereditate litigat poſſeſſor: hæc eſt ratio differentiæ. Sed quod diximus cum agitur ſpeciali in rem actione poſſeſſorem non cogi dicere vel docere titulum ſuæ poſſeſſionis, ei vulgo opponitur *lex civile, inf. de furt. & ſerv. corrup.* quæ ait, civile eſſe ut quis dicat, ut reus dicat a quo rem emerit, quam habet, unde rem habeat: videtur hoc pugnare valde cum hac *l.* & maxime cum illa dicat eſſe civile, hæc incivile. Species *legis civile* hæc eſt. Res quædam mihi furto ſubrepta eſt, tu eam poſſides, & fateris te poſſi- C dere, ego te mihi eam furto abſtuliſſe contendo, tu dicis te emiſſe, & jure eam acquiſiſſe: ego deſidero ut mihi exhibeas venditorem, tu dicis te non poſſe exhibere quod emeris a tranſeunte quodam & ignoto, hæc exceptio ſive cauſatio non eſt idonea. Non convenit, inquit, dicere te emiſſe a tranſeunte vel ignoto ſi velis evitare alienam bono viro ſuſpicionem. Quid igitur? Debes exhibere venditorem & dicere a quo habueris, aut incides in ſuſpicionem furti quaſi concepti & inventi apud te. Cogitur ergo reus titulum poſſeſſionis ſuæ dicere, unde eam rem habeat. Et idem omnino legitur in *Conſuetudinibus Neapolitanis lib. 3. tit. 54.* Sed rem totam rectius explicant Græci, quam Latini ad eam *l. Civile, lib. 60. Baſil. tit. 6.* Ita explicat Thalæleus: Si, inquit, ſi quæſt. de dominio nudo, non D cogitur poſſeſſor dicere unde poſſideat: ſi ſit quæſtio de furto, conventus actione furti cogitur dicere unde poſſideat, quo nihil dici elegantius poteſt. Nam in vindicationibus hoc tantum dicemus neminem cogi dicere titulum poſſeſſionis ſuæ: in actionibus autem in perſonam ejuſmodi interrogationes admittuntur ſæpe, ut rogante adverſario, vel rogante judice, ne ſcilicet actor incidat in periculum plus petitionis, ut ſi quis velit agere in perſonam in unum ex heredibus, quia ex duodecim tabulis heredes actione in perſonam non tenentur in ſolidum ſinguli, ſed pro portionibus hereditariis tantum. Ideo ne plus petat actor, poteſt interrogare in judicio, non ante judicium: Nam ſublatæ ſunt interrogatoriæ actiones, quæ præcedebant judicium: poteſt inquam is, qui acturus eſt in perſonam E interrogare, an ſit heres, & quota ex parte ſit heres, ut pro ea parte eum conveniat in perſonam, & plenius nonnunquam poteſt interrogare permittente judice, an ex teſtamento ſit heres, ergo de titulo, *l. 2. & l. 5. & l. 9. §. pen. de interrogat. in jur. fac. & interrog. action.* Sed in vindicationibus non ita. In rei vindicatione qui poſſidet, non cogitur dicere pro qua parte ejus res ſit, & multo minus titulum. Nam hoc eſt munus petitoris, non poſſeſſoris, *l. in ſpeciali 73. D. de rei vindic.* ut petitor doceat quem titulum ipſe habeat, & pro qua parte contendat ſe eſſe dominum. Nihil tale exigitur a poſſeſſore. Quin etiam non cogitur adverſario reſpondere an poſſideat: nam quod ait *l. qui petitorio 36. D. de rei vindicat.* actorem debere requi-

rere,

rere, utrum reus possideat, an dolo desierit possidere, ne frustra experiatur; hoc non est eum debere interrogare reum, sed debere prius indagare & inquirere an reus possideat rem, quoniam si rem dicat se non possidere, non cogitur pati rei vindicationem, *l. ult. D. de rei vindic.* Igitur actor id debet apud se explorare, non ab adversario requirere, sed fateor officio judicis incumbere ut eum interroget, an possideat rem, de qua agitur, non qua ex causa possideat: nam neque judici ipsi cogitur dicere titulum suæ possessionis, *l. officium 9. D. de rei vindic.* sed interrogari potest officio judicis an possideat, ne sit inane judicium, & etiam pro qua parte possideat: utrum rem totam, an pro parte: idque hac ratione ut sciatur in quam partem sit actor mittendus in possessionem: nam si dicat se rem non possidere, in eam continuo, aut in possessionem ejus mittitur actor; licet eam suam esse non probaverit: quia res non defenditur. Ergo licet revera eam reus possideat, qui dicit eam se non possidere, etiamsi eam non probaverit, mittitur in possessionem, *d. l. ult. D. de rei vindic.* vel etiam dicat se tantum partem tertiam possidere, in reliquam partem, quæ non defenditur, mittitur actor in possessionem, *l. qui servum 20. §. ult. D. de interrog. in jur. fac.* Idque procedit ut ibi demonstratur in cautione damni infecti. Quoties desidero a vicino cautionem damni infecti, potest interrogare eum judex pro qua parte prædium vicinum possideat, quoniam ad eam partem, quam possidet, stipulatio damni infecti accommodatur, etsi id pro ea parte non caveat damni infecti, actor mittitur in possessionem ejus partis, ideo propter missionem in possessionem officio judicis convenit rogare possessorem, pro qua parte possideat. Præterea ei, quod diximus in actione speciali in rem, possessorem non cogi dicere titulum suæ possessionis, opponitur *lex sive possidetis, inf. de probat.* Duæ sunt partes hujus legis: Prior congruit superiori, posterior quodammodo repugnat. In priori parte ponitur, filios emancipatos possidere pro donato res donatas a patre: eas res heredes patris exteros vindicare: lex ait, actoribus facti probationem incumbere, non possessoribus, quod etiam nos statuimus, sed in posteriori parte ponitur exteros possidere res donatas a defuncto pro donato, heredes eas petere, speciali ergo vindicatione, non petitione hereditatis: Possessores, inquit, ut intentionem actoris non constitisse demonstrent: unde possideant docere compelluntur: ergo is, cum quo agitur vindicatione, cogitur dicere unde possideat, id est titulum suæ possessionis. Vulgo interpretes dicunt, ideo possessorem cogi dicere titulum suæ possessionis, quod præsumptio faciat pro actore, & ideo in ea l. tractant de præsumptionibus: inepte, cum tamen nihil sit in ea, quod præsumptionem faciat pro actore: Nam etsi sint filii defuncti, qui agant, hoc solum non potest inducere præsumptionem idoneam, sed est aliud quiddam, quod magis urget. Fateor equidem si sit evidens ratio pro actore possessorem cogi dicere quo titulo possideat, *l. Quintus 51. D. de donat. int. vir. & uxor. l. etiam 6. inf. eod. tit. de donat.* Si quid uxor possideat quod non habuerit ante contractum matrimonium, id præsumitur esse ex bonis mariti, & mortuo marito ab heredibus mariti vindicari potest quasi donatum uxori, si mutaverit voluntatem, si morte non fuerit confirmata donatio, quia quicquid habet uxor id præsumitur esse mariti, nisi probet unde habeat: quæ est definitio vetus Quinti Mutii: & ita Plautus in Cassina: *Nam peculi probam nihil habere addecet clam viro.* Qua de causa etiam *l. Quintus* ait, ita præsumendum esse evitandæ suspicionis turpis gratia. Igitur vindicatur recte quod habet uxor nisi probet unde habeat, quia præsumptio legitima facit pro actore: verum nihil est tale in *l. sive possidetis, inf. de probat.* in qua heres, qui egit vindicatione, probavit rem fuisse defuncti, & se heredem esse: quid restat nisi ut vindicet, si non contra

A possessor probaverit rem sibi a defuncto fuisse donatam, vel alio titulo acquisitam? Idem erit si quis rem emerit & acceperit ex causa venditionis, & amissa possessione eam vindicet probato dominio & instrumento auctoritatis prolato sive emptionis: Nam hic etiam vincet, nisi adversarius probet se usucepisse, vel nisi opponat præscriptionem longi temporis, & eam probet. Tunc necessario debet proferre titulum suæ possessionis. Igitur possessor non cogitur ab adversario dicere statim unde possideat, sed post impletam probationem ab auctore rei, necessitas cogit eum probare causam suæ possessionis, nisi velit rem amittere, *l. si quidem, inf. de exception.* Atque ita ad *l. sive possidetis 16. de probat.* Græci adjiciunt μετὰ τὴν τοῦ ἐνάγοντος ἀπόδειξιν.. Possessorem probare titulum suum post probationem a-

B ctoris. Ita in *l. emptor, de præscript. long. temp. inf.* Postquam impleverit actor probationem suæ intentionis, tunc debet reus adhibere probationem justæ possessionis, & omnino legem *sive possidetis* Græci explicant in hanc sententiam. Ei, qui agit vindicatione incumbit onus probandi; is autem, cum quo agitur, post impletam probationem actoris, si ex alia causa se esse dominum dicat, cogitur docere qua ex causa sit dominus: rectissime: sed non cogitur hoc dicere, nihil pro se probante actore: & hoc est quod Bartolus ad illam leg. ait, possessorem non compelli ad utilitatem actoris dicere suum titulum, cum scilicet actor pro se nihil profert, sed ad utilitatem suam, & ad excludendum actorem. Et sic etiam in vindicationibus servitutum observatur. Est duplex vindicatio, confessoria

C & negatoria. Qui agit confessoria, utique docere debet de suo jure, veluti de legato, aut donatione; *l. 10. si quis diut. D. si serv. vind.* Is etiam, qui agit negatoria, de quo dubitari poterat, cogitur docere de suo jure. Finge eum sic agere: jus tibi non est eundi agendi: hoc debet probare; nam hæc negatio pro affirmatione est. Nam qui hoc dicit, jus mihi est prohibendi, ne eas, agas invito me: vel hoc dicit, prædium meum liberum est: & hoc jus, quod intendit debet probare, & eo impleto, tum necessitas rei compellit reum probare servitutem, id est, iter sive actum, alioqui causa cadet: sed non ante cogitur reus probare de jure suo, quam actor suam intentionem impleverit, nisi in casu *l. si priusquam 15. D. de novi operis nuntiat.* Cum reus initio rem non defendit, cum latitavit. Finge:

D Egi adversus te, jus tibi non esse eundi agendi, & tu rem non defendisti, latitasti: ob rem non defensam hæc tibi infligitur pœna, ut cogat judex te cavere non iturum, vel acturum te, priusquam probaveris jus tibi esse eundi agendi, id est, antequam suscipias partes petitoris, & egeris confessoria: commutabitur persona rei in personam actoris: Et tu, qui modo eras reus, quia rem non defendisti, suscipies personam actoris, & vindicabis, si velis eo uti, & si adversarius tuus pro sua parte nullam probationem fecerit, hæc est pœna latitantis: Alioqui ordo legitimus hic est, ut probet prius actor, qui vindicat, deinde reus ut contra probet se potiorem titulum habere, aut cedat actori: & eadem ratio est in *leg. ult. inf. de censibus, & censitor.* quam tamen Græci adferunt pro exceptione ad hanc le-

E gem contra meum judicium: non est enim exceptio: colligunt ex ea l. eum, qui prædium accipit a peræquatore (peræquator est, qui prædia deserte aliis adjudicat ne census fisco depereat, cum nullus est, qui possideat, & qui etiam inspicit, an pro possessionum modo & ratione sint prædiis & possessionibus impositi census, ideo dicitur inspector) Igitur apud eum, qui prædium a peræquatore accipit, quod erat desertum, manet firma possessio si constiterit, id est, probaverit se a peræquatore accepisse. Ergo, inquiunt, qui accipit a peræquatore, debet probare unde possideat: male colligunt. Nam fingendum est, dominum prius agere, qui deseruerat prædium, & id vindicare adversus eum, qui accepit prædium a peræquatore; quod non

deseruerat (quod derelinquitur amittitur, non quod deseritur) & exigimus a domino probationem dominii, & completa probatione dominii, cum possessor intellexerit eum habere causam agendi, tum ipse possessor contra probabit se a peræquatore accepisse, & potiorem esse causam possessoris, *d. l. ult.*

Ad L. ult. Cum hereditatis petitioni *locus fuerat, exceptio assumebatur, quæ tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei præjudicium: Magnitudo etenim, & auctoritas centumviralis judicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi. Cumque multæ varietates & controversiæ veterum exortæ sunt, eas certo fine concludentes, sancimus: si quis hereditatis petitionem vel susceperit, vel suscipere sperat, vel movere: alius autem superveniens vel ex deposito, vel commodato, vel legato, vel fideicommisso, vel ex aliis causis inquietare, vel reum, vel agentem ex persona defuncti crediderit sibi esse necessarium: si quidem pro legato, vel fideicommisso hoc faciat, rem expeditæ quæstionis esse: cum possit scriptus heres cautione interposita non differre hanc petitionem, sed recte & exigi vel legatum, vel fideicommissum sub ea cautela, vel satisdatione pro qualitate personarum. Quod si non obtinuerit ejus jura, restituet legatarius, vel fideicommissarius ei datam pecuniam cum usuris ex quarta centesima parte concurrentibus, vel agrum cum fructibus, quos percepit, vel domum cum pensionibus, scilicet in utroque eorum expensis antea necessariis & utilibus deductis: vel si ipse maluerit litem quidem contestari: expectare autem hereditatis petitionis eventum: hoc ei liceat facere, ut restitutio, si competet, cum legitimis augmentis legatario, vel fideicommissario accedat.*

Ad §. Sin autem ex contractibus *defuncti agatur contra possessorem hereditatis, vel ejus rei, de qua agitur: si quidem res sint vel depositæ, vel commodatæ, vel pignori datæ, vel aliæ quæ extant: non differri sub prætextu hereditatis petitionis memoratum judicium: quemadmodum si pro fœnerata pecunia, vel alia personali actione agatur contra possessorem, vel petitorem, non debet judicium differri, sed exitum accipere. Postquam enim hereditatis petitionis judicium finem accipiat: tunc inter petitorem hereditatis, & possessorem rationibus contractis, non aliter possessor, si victus fuerit, hereditatem restituere compellitur, nisi pro omnibus, quæ rite ab eo gesta sunt, petitor ei satisfacit. Quod si petitor victus fuerit: simili modo a possessore judicis officio ei satisfiat, vel (si hoc fuerit prætermissum) negotiorum gestorum, vel ex legis condictione. Sin autem libertates vel a possessore, vel a petitore fideicommissariæ petantur, vel directæ ipso jure dicantur competere: annale tantummodo spatium expectetur a morte testatoris numerandum. Et si quidem hereditatis petitionis judicium intra id spatium terminum accipiat, secundum eventum judicii, & libertates vel effectum habeant, vel evanescant. Sin autem tempus annale emanaverit: tunc libertatis favore, & humanitatis intuitu competant quidem directæ libertates: ex fideicommissariis autem in libertatem servi eripiantur: ita tamen, si non falsum testamentum approbetur: sub ea scilicet conditione, ut si actores sint, vel aliis ratiociniis suppositi, etiam postquam perveniant in libertatem necessitas eis imponatur res hereditarias, & rationes reddere: jure patronatus videlicet competente ei, qui ex legibus ad id possit vocari: illo (ne in posterum dubitetur) observando, ut & ipsa hereditatis petitio omnimodo bonæ fidei judiciis connumeretur.*

Centumviri judicabant de hereditatum petitionibus quacunque ex causa intenderentur, sive ex causa inofficiosi testamenti, sive ex causa testamenti veri & justi, sive falsi aut injusti, *l. Titia* 13. *l. qui repudiantis* 17. *D. de inoffic. testam.* Paulus *lib.* 5. *sententiar. tit.* 16. Et ita centumviralia judicia sunt judicia de petitione hereditatis: quæ quidem tanti sunt momenti, & auctoritatis, ut nullum eis præjudicium fieri possit quodam alio præmaturo judicio, *l.* 5. *in fin. D. de petit. hered.* id est, ut huic judicio centumvirali non possit alio judicio inferiori injici præsumptio ulla, sive præjudicatio, quod moveat deinde cognituros centumviros de hereditate. Et ideo si quis post motam controversiam de hereditate ante litem contestatam properet agere minoribus judiciis, quæ tamen pendeant ex causa hereditatis, repelletur hac exceptione, quod præjudicium hereditati non fiat, si modo, ut hic significat, quæstio minoris judicii venire videatur in petitionem hereditatis, *l. sed & si lege* 25. §. *item si rem distraxit bonæ fidei, D. de petit. hered.* & ita mota controversia de hereditate inter me & filium, si velim agere cum co-
B heredibus meis familiæ erciscundæ, repello exceptione præjudiciali, ne fiat præjudicium futuro judicio de hereditate, *l.* 1. *D. famil. erciscun.* eadem ratione summovebor si agam interdicto de tabulis proferendis, *l. ult. D. de tabul. exhibend.* vel etiam si agam liberali judicio, cum forte testamento sum liber & heres scriptus, *l.* 7. *D. de petit. heredit.* Et eadem ratione si is, qui compromisit cum defuncto de re aliqua electo arbitro faciat controversiam hereditatis, ne præjudicium fiat hereditati, arbiter inhibetur sententiam dicere, *l. non distinguemus* 32. §. *si is faciat, de recept. arbit. qui arbitr. recep.* Et similiter si quis in heredem agat in personam, & roget heredem an sit heres, vel quota ex parte sit heres, ac patiatur heres ab alio controversiam hereditatis, heres non cogitur ei respondere: cogitur
C forte pati actionem in personam, etiamsi ei fiat controversia hereditatis ab alio quodam, sed non cogitur respondere, an sit heres, ne vel negando præjudicet sibi in futuro judicio centumvirali, vel dicendo se esse heredem obligetur ex sua confessione, etiam ablata sibi hereditate centumvirali judicio, *l.* 6. §. *ult. D. de interrogat. in jur. faciend.* Eadem *lex* 7. *D. de petit. heredit.* docet differri, & sustineri cetera judicia, etiam quæ moventur post litem de hereditate contestatam: ergo auctoritas centumviralis judicii hæc est, ut sive ex eo sit lis contestata, sive mota controversia, ceteras actiones, ceteraque judicia inhibeat, & sustineat quoad de hereditate pronuntiatum sit, ut major quæstio trahat minorem, non contra minor majorem. Atque ita, ut propter centumvirale judicium, sustineantur alia ju-
D dicia non tantum si dictentur, sive moveantur ante litem de hereditate contestatam, post controversiam tamen motam; sed etsi dictentur post litem de hereditate contestatam, *l.* 7. *D. de petit. hered.* Et ideo recte ante Haloandrum in omnibus codicibus ita legebatur, in hac *l. ult. in princ. versic. cumque multæ, Si quis hereditatis petitionem vel susceperit, vel suscipere sperat*, id est, sive sit lis contestata, sive controversia tantum mota: Nam utroque casu videbantur differenda esse alia judicia propter centumvirale judicium: & omnino ita habetur in Basilicis, & in Theodoro interprete Basilicῶν, *ἐάν τις ὑπεδέξατο ἤδη, ἢ ἐλπίζει ἐνάγεσθαι αὐτῇ*, id est, *si quis susceperit jam, vel speret suscepturum*; & iisdem verbis fere in *l.* 3. §. *si legatarius, D. si cui plus quam per leg. Falcid. licuerit legat. esse dic.* Si legatarius, inquit, petat
E legatum ab herede, quæ species hic tractatur, ab herede, inquam, qui *controversiam hereditatis*, id est, litem, *patitur jam, vel sperat*, & hoc loco, *si susceperit, vel suscepturum se sperat*. Nec obstat *l. si post litem* 13. *D. de except.* quam hic adfert Accursius, quæ ait post contestatam litem de hereditate, verbi gratia, cum Titio, posse agi cum aliis speciali in rem actione, & non obstare exceptionem præjudicialem, quod præjudicium hereditati non fiat: quia, inquit, hæc exceptio comparata est futuri judicii causa, id est, non dum contestati, non causa judicii jam facti, id est, jam contestati: Sic enim judicium jam factum pro contestato accipitur in *l. a quo* 5. *D. de rei vindic.* Videtur ergo post litem contestatam cessa-

re

re exceptio præjudicialis, & non differri alias actiones propter hereditatis petitionem contestatam. Ita res explicanda est: ante litem contestatam agi non potest aliis minoribus actionibus; ne scilicet minor quæstio præponatur majori, contra *l. per minorem* 54. *D. judic.* Ante litem contestatam de hereditate si agas speciali in rem quasi heres, obstabit exceptio, quod præjudicium futuræ liti de hereditate non fiat, ne minor quæstio trahere majorem, cum potius trahi debeat a majore. Quare præcedente majori quæstione recte sequitur minor, ita tamen ut ea agatur citra modum exceptionis præjudicialis, ut in *l. bonæ fidei possessor* 40. *D. de petit. hered.* Non etiam ut de ea pronuntietur: nam in ea pronuntiari non potest, antequam pronuntiatum sit de hereditate, ut explicat *l.7. D. eod. tit.* Intentari quidem post majorem potest, sed non finiri quoad finita sit major quæstio, *d. l.* 17. & hac ratione etiam post litem de hereditate contestatam differtur ceterarum litium definitio, quæ pendeat ex causa hereditatis, etiamsi earum exercitio non differatur. At hæc dicuntur de actionibus minoribus, quibus experiri volunt qui contendunt de hereditate, puta possessor hereditatis, vel petitor hereditatis. Dubitatum autem fuit olim, an idem esset existimandum de actionibus, quæ competunt aliis adversus eos, qui se heredes esse dicunt, veluti quæ competunt legatariis, aut fideicommissariis, vel servis, quibus relictæ sunt libertates. An lis de hereditate, quæ est inter duos his suum persequentibus moram afferre posset? ipsi quidem ex causa hereditatis pendentes actiones, qui scilicet de hereditate certant, non debent ante exequi aut peragere, quam decisa fuerit quæstio hereditatis; sed qui adversus hereditatem actiones habent, & adversus heredes, an etiam debent expectare finem petitionis hereditatis, ut sciatur quis sit verus heres? Non: nam hoc esset fraudi plerumque. Quapropter creditoribus primum hereditariis permittitur hac constitutione, quæ clarius rem controversam inter veteres definivit, ut suum persequantur vel a possessore, vel a petitore hereditatis: eligent quem volent: uterque enim dicit se heredem esse: suum itaque petent vel ab hoc, vel ab illo, sed quod possessor præstiterit & solverit creditoribus hereditariis, id victus petitori imputabit aut compensabit, sicut diximus *l.4. supra*, & contra petitor, qui conventus est a creditoribus hereditariis, quod solverit, id victus consequetur officio judicis; vel si judex admonitus hoc prætermiserit in sententia definitiva, id est, hujus rei rationem non habuerit in condemnatione, id consequetur actione negotiorum gestorum, videlicet si hereditario nomine solvit; quoniam etiamsi sibi negotium se gerere existimavit, tamen re ipsa id gessit possessori, qui pronuntiatus est verus heres, & revera eum liberavit: nam solvit hereditario nomine, igitur re ipsa ejus negotium gessit eumque liberavit: Et ob id, quod solvit consequetur negotiorum gestorum actione, vel condictione ex lege, puta si suo nomine solvit: quo casu verum heredem non liberavit ipso jure, atque ita ejus negotia re ipsa non gessit: unde dicitur non posse dari negotiorum gestorum actionem eo casu; quæ fuit sententia Azonis, ut refert Accursius in *l.5. D. de negot. gest. in gloss.* Et ideo cum suo nomine solvit, licet tentari possit esse utilem negotiorum gestorum, quia verum heredem, etsi non ipso jure, per exceptionem tamen liberavit, *l. si quid possessor*, *D. de petit. hered.* Tutius est tamen dubitationis tollendæ causa experiri condictione ex hac lege, & ea actione, quod solutum est repetere. Igitur satis consulitur ei, qui solverit creditori hereditario pendente lite aut controversia, etiam si vincatur, sed creditor hereditarius eligit quem volet, *l. hac autem*, §. 1. *D. si cui plus qu. per leg. Falc. lic. leg. esse dicet.* Testamento Titius est heres scriptus: duo sunt Titii ejusdem nominis amici testatoris: singuli dicunt se esse heredes ex testamento, certant de hereditate apud cen-

A tumviros: interim quid facient creditores? creditoribus hereditariis vel legatariis competit actio, vel in petitorem, vel in possessorem, quod tamen non ita admittitur in causa fisci: nam si duo sunt privati homines, qui vindicent hereditatem, creditor hereditarius eliget ex his quem volet. Sed si privatus vindicet hereditatem, & fiscus, interim inhibendæ sunt actiones creditorum, ne publicæ causæ, id est, fiscali causæ præjudicetur: hoc est privilegium fisco concessum ex Senatusconsulto, *l. apud*, *D. de jur. fisc.* & recte Accursius hic, speciale esse in fisco, scilicet ex Senatusconsultis, non ne præjudicetur hereditati, sed ne præjudicetur causæ publicæ: Hæc de actionibus, quæ competunt creditoribus hereditariis. Idem omnino statuendum est de actionibus, quæ competunt legatariis, &
B fideicommissariis. Hæ etiam pendente controversia aut lite hereditatis non inhibentur: nam legata, & fideicommissa peti possunt ab herede scripto, vel etiam a legitimo, si etiam ab intestato relicta fuerint, ut si testamento fuerit apposita clausula codicillaris, quæ est hujusmodi: *Quod jure testamenti non valet, jure codicillorum valeat*, per quam legata debentur etiam ab intestato, igitur petet legata aut fideicommissa a scripto aut legitimo, sed necesse erit eos præstare cautionem, evicta hereditate legata aut fideicommissa reddi, *l. quod si possessor*, *D. de petit. hered. l. 6. eod. tit. l. 9. de legat. inf.* At hæc cautio plenius explicatur his verbis (quæ male sunt divulsa a superiori clausula) *sub ea cautela vel satisdatione pro qualitate personarum, quod si non obtinuerit ejus jura, &c. Quod si non obtinuerit:* hæc
C est cautela. Ergo qui pendente lite aut controversia hereditatis petit legata aut fideicommissa, debet præstare cautelam aut satisdationem; cautionem, id est, repromissionem, nudam scilicet, si sit locuples; satisdationem dato fidejussore, si non sit locuples: Ergo aut debet cavere, aut satisdare pro qualitate personæ. Locupleres non satisdant, id est, qui possident immobilia, *l. sciendum*, *D. qui satisd. cogant.* Cavere igitur debent evicta hereditate se pecuniam legatam redditūros cum usuris quadrantibus, vel se reddituros agrum legatum cum fructibus, vel domum legatam cum pensionibus, quæ sunt vice fructuum, deductis tamen expensis necessariis & utilibus, si quas interim fecerit circa prædium, quod putabat ex legati causa ad se pertinere. Cavet, inquam se restitutu-
D rum agrum cum fructibus, quos percepit, non etiam quos percipere potuit & debuit, cum in ea re bona fide sit versatus. Igitur ita plenissime cavet, se evicta hereditate ab herede scripto, atque ita legato pronuntiato inutili per consequentiam, redditurum rem legatam cum omni sua causa. Interim ergo legatarius exigit legatum ab herede oblata illa cautione, vel etiam si hoc malit non exigit legata, id est, non extorquet, sed contestatur tantum litem, legati nomine, ne scilicet oneretur munere cautionis, nec cogatur cavere. Igitur qui non vult accipere legatum ne cogatur quærere fidejussorem, sed contentus est contestatione litis ex causa legati, eo si contentus sit, exonerabitur onere satisdationis. Et præterea si forte pronuntietur pro testamen-
E to, ex tempore litis contestationis debebuntur usuræ, & fructus, & accessiones ceteræ legatorum, & fideicommissorum, ut constat ex *tit. de usur. & fruct. leg.* & ita in legatarii arbitrio est, ut vel exigat legatum oblata satisdatione vel cautione, vel ut litem tantum contestetur, & expectet finem judicii centumviralis. Quid fiet in libertatibus servorum, si libertates sint testamento relictæ servis, vel directo, vel per fideicommissum, an pendente lite præstandæ sunt? an competant? Competunt directæ libertates ipso jure, præstantur, & deberi dicuntur fideicommissariæ, *l. 36. §. ult. D. ad leg. Falc.* Competunt, inquam, libertates directæ: cum tamen legata, licet sint directa, non dicantur competere, sed præstari, *l. si fun-*

dum 87. §. *ſi tu ex parte*, *D. ad leg. Falcid.* An igitur cum eſt controverſia de hereditate, & unus ſe dicit heredem ex teſtamento, in quo relictæ ſunt libertates, alter ſe heredem ab inteſtato dicit, & teſtamentum eſſe ruptum, vel injuſtum, vel irritum, an poſſunt ex teſtamento interim ſervis competere libertates? vel an perſequi eas poſſunt ex cauſa fideicommiſſi? Reſpondeo, non idem eſſe ſtatuendum in libertatibus: creditores quidem ſtatim ſuum repetunt, etiam pendente lite hereditatis: legatarii & fideicommiſſarii itidem etiam pendente lite ſtatim petunt legata & fideicommiſſa: ſed libertates ſtatim non competunt, nec ſtatim præſtantur, verum inhibendæ ſunt ad annum, & ſi intra annum finiatur centumvirale judicium, ſatis apparebit num competant libertates ex eventu judicii, ſed ſi forte intra annum non finiatur lis hereditatis, definit ut poſt annum competant libertates. Primum videamus rationem differentiæ, cur legata præſtantur ſtatim, non autem libertates? quia legatorum repetitio eſt facilis, ſi poſtea appareat exitu judicii centumviralis fuiſſe indebita, & eo nomine interponitur cautio legata reddi. Sed libertatum, quæ ſervis competierunt, repetitio eſt in difficili, imo nulla eſt repetitio, etiamſi appareat datas eſſe indebite, & *tarde concedendum eſt, quod datum non adimeretur*, Tacit. *lib.* 13. Igitur melius eſt, ut libertates ſuſtineantur ad annum, ſed poſt annum vult Juſtinianus hac Conſtitutione, ut libertates directæ competant, ut etiam fideicommiſſariæ ipſo jure competant: nec enim poſſunt eas præſtare qui litigant de hereditate: rogatus quidem eſt heres præſtare: ſed nondum conſtat, quis ſit heres, igitur neuter præſtabit. Lex tamen hæc repræſentat libertates ipſo jure his quibus relictæ ſunt per fideicommiſſum, poſt annum ſcilicet. Græci exponunt eos liberos fieri αὐτομάτως, etiam eos, quibus fideicommiſſaria, non directa libertas relicta eſt: & fiunt liberi, ſalvo jure patronatus ei, cui competere debuiſſet: directo manumiſſus patronum non habet, quia eſt libertus Orcinus & Charonianus, ut Theophilus ait; ſed cui fideicommiſſaria libertas relicta eſt, patronum habet heredem ſcriptum, a quo eſt relicta libertas, etiamſi eam ipſe non præſtiterit, ſi lex eam repræſentaverit; vel patronum habet legitimum heredem, ſi ab inteſtato relicta ſit fideicommiſſaria libertas, & is vicerit judicio centumvirali. Igitur repræſentatur etiam fideicommiſſaria libertas, ſed conſervatur jus patronatus ei, qui eam libertatem non repræſentatam præſtare debuiſſet ex voluntate defuncti. Adjicit tamen, eos liberos ita demum fieri poſt annum, ſi modo poſt libertatem rationes reddant, cum ſcilicet fuerunt ſervi diſpenſatores, actores, calendario præpoſiti, & alii ſimiles, qui ſunt obnoxii reddendis rationibus. Regulariter quidem ſervus poſt libertatem non tenetur ex ante geſto, ut heic ait Accurſius, ne rationum quidem nomine, ſed ſecus erit ſi libertati dandæ adjiciatur hic modus, ut rationes reddat poſt libertatem, hæc conſt. hanc legem injicit, ſicut libertati. Et ad hæc declarat Juſtinianus, etiam ita demum velle ſe, ut libertas competat poſt annum, ſi modo teſtamentum falſum non probetur: nihil refert probetur ruptum, an injuſtum, aut imperfectum, an irritum: teſtamentum enim ruptum vel irritum, teſtamentum eſt. Sed ſi probetur falſum, non videntur facti liberi ex teſtamento, quod non eſt teſtamentum. Igitur ex eo teſtamento, quod falſum appareat non defendunt ipſi libertatem. Puto etiam hac conſtitutione non contineri cauſam teſtamenti inofficioſi, quia hoc tit, non comprehenditur illa petitio hereditatis de inofficioſo, quæ eſt reſciſſoria teſtamenti. Hic tit. eſt de petitione hereditatis, quæ non eſt reſciſſoria. Igitur in cauſa inofficioſi teſtam. dicimus pendente lite libertates non competere, nec eſſe præſtandas, niſi poſt quinquennium, *l. Papinianus*, §. *ult.* & *ſeq. D. de inoffic. teſtam.* Sed in aliis cauſis hereditatis dicemus poſt annum libertates competere excepta cauſa falſi: nec enim ipſo jure videntur facti liberi: & longe alia eſt ratio ut huic objectioni reſpondeam *ex l. cum ex falſo*, *D. de manum. teſtam.* & *l. pen. D. de jur. patron.* & *l. 2. de fideicommiſ. libert. inf.* cum heres præſtitit libertates ex falſo teſtamento non revocatur libertas, etſi falſum teſtamentum poſtea dicatur, quia præſtita eſt, ſed præſtatur pretium libertatis & capitis. Sic non cenſetur eſſe præſtita a lege libertas: nam lex declarat ita demum ſe repræſentare libertatem, ſi modo non probetur falſum teſtamentum. Poſtrema dubitatio de petitione hereditatis erat, utrum petitio hereditatis eſſet ſtricti juris, an bonæ fidei? Ne amplius dubitetur, definit Juſtinianus eſſe bonæ fidei. Sed cum quæritur, cur actio hæc ſit bonæ fidei (quod idem quæri poteſt de omnibus bonæ fidei actionibus) reſpondendum eſt, quia lex eam bonæ fidei effecit, & hoc totam legem, vel morem efficere: ut hæc lex petitionem hereditatis bonæ fidei effecit, quæ tamen antea non erat bonæ fidei, quia nulla lex aut mos eam bonæ fidei effecerat ante Juſtinianum, aut de eo dubitabatur maxime: qua de cauſa in *l. utiles*, & *l. ult. D. de petit. hered.* exigitur ut petitioni hereditatis opponatur exceptio doli, quæ tamen ſi certo eſſet, bonæ fidei non opponeretur, quoniam exceptio doli ineſt actioni bonæ fidei: at in aliis locis, ut in *l. plane*, *eod. tit.* dicitur, non deſiderari exceptionem doli mali in petitione hereditatis, quod ſcilicet habenda ſit pro bonæ fidei actione: & ita actio ex ſtipulatu pro dote olim erat ſtricti juris. Cur hodie eſt bonæ fidei? quia hoc effectum eſt Juſtin. conſtitutione, §. *fuerat*, *Inſt. de act.* quod ergo actio ſit bonæ fidei, aut ſtricta pendet ex diſpoſitione legis.

JACOBI CUJACII J.C.

AD LIB. IV. CODICIS

Tit. I. De REB. CRED. ET JUREJUR.

RECITATIONES SOLEMNES, ſeu Commentarii. Anno 1561.

Ad L.I. Cauſa jurejurando *ex conſenſu utriuſque partis, vel adverſario inferente, delato & præſtito, vel remiſſo deciſa, nec perjurii prætextu retractari poteſt, niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur. PP. 15. Kalend. Jul. Antonino A. IV. & Balbino Conſſ.* 223.

Ad L.II. Jurisjurandi contempta *religio ſatis Deum ultorem habet. Periculum autem corporis, vel majeſtatis crimen ſecundum conſtituta divorum parentum meorum, & ſi per principis venerationem, quodam calore fuerit pejeratum; inferri non placet. PP. 6. Kal. Aprilis, Maximo. II. & Æliano Conſſ.*

TITULUS eſt de rebus creditis, & de jurejurando: at omnes hujus tituli leges pertinent ad jusjurandum, nullæ ad res creditas. Quæres quis hic ſit error; aut quæ erroris cauſa, vel excuſatio, quod expediam facile. In edicto perpetuo unus fuit titulus de rebus creditis & jurejurando, ſub quo ſpecialiter prætor edixit de actione ſi certum petatur, quæ datur ex variis contractibus: ac de commodato etiam & de pignore nonnihil, *l. 1. de reb. credit.* & de ſpeciali condictione, quæ naſcitur ex mutuo, & de jurejurando. Atque ita a Paulo 2. ſent. tit. 1. proponitur titulus de reb. creditis, & jurejur. ita etiam a Juſt. hoc loco. Sed Juſtinianus poſteriorem partem propter dignitatem primo loco tractat; priorem ſecundo: non eſt idem ordo in Pandectis. Videtur Juſtinianus de ordine titulorum non multum fuiſſe ſollicitus, neque id nos curabimus. Rurſus quæres, de quo genere jurisjurandi

hic

hic tractet, an de legitimo? minime, & cum legitimi multa sint genera, id quale quale sit, semper est necessarium: & voluntario adversatur. Livius *lib.* 22. loquens de sacra milit. ait, ex voluntario ad legitimum revocavit. An hic titulus est de jurejurando judiciali, quod litis æstimandæ gratia datur, qui Græcis est ἔνδικος? minime. De eo extat titulus *de in litem jurando*. An vero de voluntario jurejurando, quo obligationes constringuntur, quo controversiæ extrajudiciales dirimuntur? ne de hoc quidem. An vero de eo, quo quis obtestatur heredem suum, ut det, vel faciat aliquid, hoc modo: *Per Deum rogo te, ut hoc vel illud facias, ut l.cum pater filius, D. de legat. 2. l.2. inf. comm. de leg. l.3. D.de jure fisci, §.1. Instit. de fideicomm. hered.* minime. An de eo, quod de testamento imponitur, videlicet cum quid relinquitur sub jurisjurandi conditione? neque id. Hic ergo titulus est de eo jurejurando, quod dirimendarum litium causa datur, cujus definitio est ex Clemente Alexandrino 7. στρωμάτων. *Jusjurandum,* ait, *est certa definitio* (volo addi, litis) *quæ fit cum obtestatione divina*. Placet quod definitionem dicit esse certam, ut si quis profiteatur per nomen Dei sibi deberi, vel se non debere: Stichum promissum decessisse: certa est definitio: si se putare, certa non est. Et ideo reo dicenti se liberatum, quod putet decessisse Stichum, delato jurejurando non cogitur jurare, quia etiam si juraret, rem non terminaret: præterea debet quisque liquido jurare, ut *l.* 18. Eo sensu, quo dixit Demosthenes 2. in Aphobum, σαφῶς ὀμνύειν: qua de re ergo non liquet, nemo cogitur jurare. Quod ait Clemens (*cum obtestatione divina*) sumpsit ex Aristotele ad Alexandrum. Hoc proprie est jusjurandum. Aliud est, quod idem Clemens vocat, quasi jusjurandum, ut cum juratur per nomen Principis, vel per majestatem Imperatoriam, quo etiam modo Christianos jurasse Vegetius auctor est *lib. 2. de re mil.* qui etiam rite jurabant per salutem Cæsaris, non etiam per genium. Tertullianus in Apologetico: & ex No. Leonis de Tabulariis, Tabularii jurant per Deum, & per salutem Imperatoris. Utrumque idem potest: nam qui jurat per salutem principum, vel per salutem suam, Deum salutis auctorem appellare videtur, *l. qui per salutem, de jurejur.* At postea Carolus Magnus primus eo modo jurare vetuit. De eo jurejurando est *l.si duo, §.ult. D. de jurejur.* De eodem est accipienda l.2. hujus tituli, non de eo, quod per principis salutem. Sequitur Divisio. Jusjurandum, quod litem finit, aut est voluntarium, aut necessarium, aut judiciale: quod indicat titulus D.quid sit unumquodque non æque constat inter omnes. Græci volunt: accipiunt pro eo, quod defertur in jure. Necessarium, pro eo, quod refertur; ita Græcos accipere constat ex greca quadam constitutione περὶ ὅρκου πάκτου, quod valde probo. Nam is, cui defertur jusjurandum in judicio, nonnisi volens jurat: ideoque id jusjurandum venire dicitur ex conventione, *l. qui jurasse, §. ult. l. sed etsi servus, l. ult. D. de jurejur.* Is, cui defertur jusjurandum, si nolit jurare, potest referre: & is, cui refertur, necessario jurare cogitur, nec ullo modo eam conditionem recusare potest, *l. pen. §. sed juramento, h.t.* Non probo quod interpretes ajunt voluntarium id esse, quod extra judicium a parte ex conventione defertur: Necessarium, quod a judice datur; nam de jurejurando tractamus, quod litem terminat, *l.1. ff.eod. l.pen. h.t.* Quod extra judicium defertur, litem non terminat, quia nondum lis est. Ergo de eo hic titulus non est. Lis est ut primum in jus, vel in judicium ventum est: antequam in judicium veniatur, controversia est, non lis. At jusjurandum, quod defertur extra judicium mutuo consensu lites non dirimit, sed iras terminat, ut cum qui tibi injuriam fecit, jurat nolle se ea esse dicta aut facta, quæ dixit fecitve: vel etiam alias controversias; ut si sit inter duos controversia de pecunia credita, si quis lite nondum mota juret se non debere: De eo genere jurisjurandi fit tantum mentio *ff. eod. l.17.* in principio. Quod ajunt necessarium id esse, quod defertur a judice, quæso si ita est, quale erit judiciale? Id nempe, ajunt, quod adversarius adversario defert in judicio. Solus ergo locus judiciale jusjurandum faciet. Rectius Theodorus lib. 13. tit.18. judiciale esse ait, quod ex auctoritate & sententia judicis defertur, invitis etiam partibus. Id fit dupliciter: Nam vel judex statuit ut reus juret, & postea ex jurejurando præstito, vel relato, vel remisso, vel recusato, sententiam fert, *l. 12. infr. l.31. 34. D.eod.* vel in ipsa sententia definitiva jusjurandum imponit. At quomodo? An solum præcipiens jurari? Minime. Nam hæc sententia nullius esset momenti, *l.11. inf. de sent. & interlocut.* sed ita: Lucium Titium solvere, aut jurare jubeo. Simplex jusjurandum non imponit necessitatem, sicut in noxalibus actionibus, *solvere, aut noxæ dedere*. Idem Theodorus eodem loco, necessarium jusjurandum ait esse, quod deferente adversario ex sententia judicis datur. Quod fit duobus modis: aut enim fit judice approbante delationem ante sententiam definitivam, vel in ipsa sententia, *d. l.11.* Verum id mihi non probatur. Nam quod defertur ab adversario in judicio, aut ex consensu fit utriusque partis, aut unius. Quod ex consensu utriusque, id est voluntarium, non necessarium: quod ex una parte, id etiam non est necessarium. Idem etiam voluntarii eandem definitionem cum Doctoribus male tradit. Porro hæc divisio jurisjurandi non est inutilis. Nam si quæratur, an possit referri: dicam voluntarium & necessarium posse referri, judiciale non item: si quæratur, an possit recusari: dicam voluntarium & judiciale posse recusari ex justa causa, necessarium non item, *l.pen. inf.* Postremo si quæratur, an lis jurejurando finita, prætextu perjurii possit retractari: dicam judiciali jurejurando decisam posse: voluntario, aut necessario non posse, *l. admonendi, D. de jurejurando*. Cujus duæ sunt partes. Prima est de jurejurando judiciali, quod plerumque judex in ambiguis defert reo, & jurantem absolvit. Post jusjurandum, & sententiam ei consentaneam licet condemnato causam retractare, si dicat se invenisse nova instrumenta, quibus usurus est, non veteribus. Igitur lis decisa jurejurando judiciali retractari potest novis instrumentis repertis. Neque obstat quod dicitur sub prætextu novorum instrumentorum lites finitas non restitui, *l. Imperatores, D. de re judic. & l. 4. inf. eod.* Nam id intellige de litibus finitis cognitione judicis, non de iis, quæ inopia probationum exacto jurejurando finitæ sunt. Eæ probationum copia emergente retractabuntur. Secunda pars est de jurejurando voluntario vel necessario, quod defertur vel refertur in judicio, & merito a Theodoro arguitur Stephanus, & alii, qui eam partem acceperunt tantum de eo jurejurando, quod mutuo consensu extra judicium defertur. Nam quæstio est de jurejurando, quod in judicio defertur ab adversario, & hoc etiam genere jurisjurandi lis finita nullo prætextu potest retractari, etiam novis instrumentis repertis, quia hoc genus jurisjurandi, quod deferunt adversarii, transactionem imitatur, *l. 2. l. tutor. §. 1. D. de jurejur. l. quod si deferente, D. de dol.* id est, transegisse videtur de suo jure, qui rem commisit religioni conscientiæ adversarii. Itaque de eo experiri rursus non potest, etiamsi perjurii adversarius arguatur, vel potius hoc jusjurandum, sive verum, sive falsum, pro satisfactione est. Et hoc est, quod lex 1. ait, *utriusque partis*, id est, ipsorum litigatorum, ut *l. 1. D. eod.* Addit exceptionem, *nisi specialiter hoc lege excipiatur*. Quæ verba Tribonianus adjecit propter legem ultimam hujus tit. quæ non erant in Codice Theodos. ut *l. dudum, infra, de contrah. empt.* adjecit hæc verba, *nisi lex specialiter, &c.* quæ non erant in Codic. Theodos. ea tamen adjicit Tribonianus propter legem 1.

gem 1. *non lic. habit. lib.* 11. *tit.* 55. *Lex dudum*, generaliter tollit jus *προτιμήσεως*, *d. l.* 1. *non licet habit.* id conservat inter vicanos .i. si vicanus quid vendiderit, convicanus emptori extraneo præfertur. Sententia legis ultimæ hujus tituli hæc est: Legatarius egit ex testamento legati nomine adversus heredem, & cum non appareret testamentum, herede deferente, juravit legatarius legatum sibi relictum, & ita heres solvit: postea apparente testamento, apparuit legatum non deberi, & legatarium pejerasse. Quæritur an non stetur jurijurando, an vero legatum repeti possit. Justinianus dat heredi repetitionem sive condictionem: miti vero videtur hac ratione, ne ex perjurio lucrum ei accedat. Quæ ratio manat latissime, & eam si sequamur, nulla erit causa jurejurando decisa, quæ prætextu illo non retractetur perjurio quæsiti auferendi causa, quod est falsum. Itaque propria quædam ratio est in illa specie. An vero hæc est ratio, quam Accursius tradidit? quia ea lis ex testamento pendebat, & transacta est jurejurando, quod transactioni comparatur, quod fieri non potuit nisi testamento inspecto, *l. 6. de transact.* quæ generaliter ait, non posse transigi de controversiis, quæ ex testamento pendent, nisi inspecto testamento. Verum hæc ratio mihi non probatur; & dico falsam esse sententiam *d. l. 6.* Dico transactiones bona fide factas de controversiis pendentibus, ex testamento prolato, quod tum non fuerat inspectum non rescindi. Cur non licebit transigere de legato etiam non inspecto? *l. Lucius*, *§. ult. ff. ad Trebell. l. sub prætextu*, *sup. de transaction.* Dico insuper Tribonianum male eam legem posuisse sub titulo *de transaction.* cum ea lex pertineat ad titulum *quemadmodum testamenta aperiantur*, quod primus animadvertit Æmilius Ferretus. Idque constat ex l. 1. cujus sententia est: Prætor pollicetur se testamentorum inspiciendorum copiam facturum postulantibus. Ratio edicti est: Controversiæ testamentorum transigi & dirimi non possunt sine judice: judex autem non potest exquirere veritatem, nisi inspectis tabulis testamenti. Ut ergo dirimantur controversiæ testamentariæ, testamentorum inspiciendorum copiam fieri oportet. Ubi *transigendi* verbum significat non conventionem, sed judicationem: judex dum judicat, lites transigit. Male igitur a Tribon. posita est lex illa sub *tit. de transaction.* alia igitur est ratio legis ultimæ, quia non videtur delatum in ea specie jusjurandum transigendi causa, sed coacte, non apparente testamento. Ideoque testamento emergente, omnia ex integro resolvi oportet, sicut cum judex probationum inopia jujsurandum detulit, id copia probationum postea infirmabit. Sic definio: cujus rei inopia me, vel judicem coegit ad jusjurandum deferendum, suppeditata copia me juri meo restituet. Adjiciatur *d. l. ult.* Si legatarius deferente herede juraverit solidum legatum sibi deberi, & reperto testamento postea apparuerit solidum legatum non deberi propter Falcidiam, eandem repetitionem dari heredi totius legati: tum vero competit condictio incerti, ratione possessionis, ut scilicet heres per retentionem legati sibi servet Falcidiam, qua ratione & occupato legato, heredi datur interdictum quod legatorum. Nec obstat legi ultimæ *l. si legatarius*, *D. de dolo*; quæ lex dat heredi actionem de dolo, non condictionem; si est de dolo, nulla alia est actio, quia de dolo est subsidiaria. Dico *l. si legatarius* loqui de legatario, non qui juravit herede deferente in judicio, sed qui ultro juravit, & ita persuasit heredi, sibi deberi legatum, & Falcidiam locum non habere. Hic legatarius tenetur de dolo, quia non tam suo errore heres, quam fallacia legatarii deceptus legatum solvit. Ille autem de quo in lege ultima, non tenetur de dolo, cum heres delato jurejurando, suo errore in captionem inciderit, & solverit. Qua ex causa habet paratam condictionem indebiti, quæ erranti datur. Sequitur tantum hæc quæstio, sive retractetur lis, seu non, ratione perjurii, an perjurus coërceri potest criminaliter, quod & quæri potest de quolibet jurejurando, etiamsi non pertineat ad lites, an coerceatur, qui id violavit. L. 2. differentiam ponit inter eum, qui pejeravit per Deum, & eum, qui per principem, vel principis venerationem. Nulla pene est differentia inter eum, qui jurat per Deum, & eum, qui per salutem principis: Nam & hic videtur jurasse per Deum, ex quo pendet principis salus. At differentia est inter eum, qui pejerat per Deum, & qui per genium Principis, nomen, venerationem, vel principem. Si quis pejeravit per Deum, Deus solus vindex est, nec ulla pœna ordinaria vel extraordinaria constituta est adversus eum. Et hoc dicitur in prima legis parte, quod & Basilius in Canonibus scribit: si per principem quis peierit, fustibus castigatus dimittitur, *l. si duo*, *§. ult. D. de jurejur.* Et ut ea lex ait, ei superdicitur, *προπετῶς μὴ ὄμνυε*, id est, *temere ne jurato.* Id vero superdicitur per præconem interea dum fustibus cæditur, *l. fustibus*, *C. ex qui. caus. infam.* Ubi legendum, *cui a præcone dictum*, id est, superdictum. Spartianus in Severo: *Hunc*, inquit, *sub præconis elogio cecidit fustibus.* Sic Lampridius in Alexandro; *Eum necari jussit præcone dicente*, *&c.* Sic Zonaras dicit in Valentin. de muliere quadam. Præconis vox, legis vox est, *Novella 69. τοῦ νόμου φωνή.* At quod dixi ex *l. si duo*, eum, qui pejeravit per principem puniri, obstat hæc lex secunda, quæ hoc videtur statuere in 2. parte, ne puniatur: dicendum igitur est utramque esse de eo, qui pejeravit inconsulto. Nam *l. si duo* ait, *προπετῶς*, altera cum calore: utrumque significat inconsulto. Prima itaque Accursii distinctio non est vera. Altera magis placet, quæ ait eum, qui juravit inconsulto per principem, non teneri lege Julia Majest. nec de vita esse periculum. Sic *l. 2. & l. 2. infr. ad leg. Juliam Majestat.* fustibus tamen eum admoneri temeritatis, & imprudentiæ salva existimatione: Nam perjurii causa ante novissimas constitutiones non infamabat, ut patet *ex tit. de caus. ex quib. infam.* Nam qui non sunt comprehensi dicto titulo, non sunt infames. Et ita qui pejerat per principem, castigatur; qui per Deum, non item, quod notavit Tertullian. in Apologet. *Majore formidine Cæsarem colitis, quam Deum.* Sunt tamen qui existimant, eum etiam, qui pejerat per Deum jure nostro extra ordinem puniri, quod ut persuadeant, inquiunt: perjuros Censores notabant, quod fateor: verum hoc est Censorium, non legitimum. Eos etiam notabant, qui paulo indecentius oscitassent, eos, qui strigosum, & macilentum equum habuissent, quæ tamen notæ non infamabant. Postea sublata Censoria severitate, Magistratus, inquiunt, quorum de criminibus cognitio est, cœperunt punire perjuria extra ordinem. Hoc nego: Nam Magistratus sine lege nullam pœnam infligere potest. Pœna est a lege: & ideo a pœna non appellatur. Nulla autem fuit lex, quæ perjurium puniendum statuerit. Non potuit ergo Magistratus perjurium punire. At probant esse pœnam extraordinariam ex *l. quod si deferente*, *& seq. de dolo.* Si reus deferente actore juraverit, & absolutus fuerit, & postea perjurii arguatur, an tenebitur de dolo? Minime. Stari oportet jurijurando seu vero, seu falso, ut rei judicatæ statur, seu æquæ, seu iniquæ. Jusjurandum delatum est pro satisfactione, id est, qui juravit ex adversarii delatione, ei videtur satisfecisse, sed, inquit, sufficit perjurii pœna. Quædam ergo est pœna perjurii; Respondeo: Est quædam humana pœna, si per principem sit pejeratum: At si per Deum, non est, nisi pœna divina, ut recte Acc. ibi, & ita Horatius: *ulla sit juris tibi pejerati pœna.* Iidem adferunt *l. in duobus*, *§. ult. ff. de jurejur.* Si utraque pars juraverit delata jurisjurandi conditione; lex ait, posterius jusjur.

præ-

prævalere, nec tamen præjudicium fieri alterius perjurio, id est, non ideo præjudicari criminali judicio de perjurio. Et inde statuunt, de perjurio agi posse criminaliter, etiamsi per Deum sit pejeratum, sed male, ut indicat species proposita. Finge: Actor reo deferente juravit sibi deberi, deinde reus deferente actore juravit se non debere. Hoc casu agenti actori ex priore jurejur. obstabit exceptio posterioris jurisjur. quod reus præstitit; non obstabit exceptio doli, ne quæratur perjurio actoris, *l. adver. D. de doli except.* neque per actionem doli, neque per exceptionem de perjurio quæri potest, *d. l. quod si defer.* Igitur non quæretur quis pejeraverit, sed quis posterior juraverit, nec ideo, quod valeat posterius jusjur. prius dicemus falsum, nec ideo id elidemus exceptione doli. Et est, quod ajunt, etiamsi potior sit causa posterioris jurisjur. non ideo præjudicari perjurio alterius, id est, non ideo alter videtur perjurus, aut perjurii insimulari. Postremo id probat ex *l. ult. ff. de crim. stellionat.* Si debitor instrumento juraverit sua esse pignora, quæ dat, ex perjurio fit stellionatus crimen, & ideo ad tempus exulare jubetur. Ergo est perjurii pœna quædam. Sic respondeo, sicut in *l. si legat. 23. D. de dolo*, ex perjurio fit dolus, qui etiam fieret ex qualibet callida persuasione: similiter ex perjurio fit stellionatus, qui etiam fieret sine perjurio, si quis sciens rem alienam, quasi suam ignoranti creditori daret pignori, *l. 2. inf. de crim. stellion.* Itaque pœna, quæ constituitur in ea *l. ult.* est stellionatus, non perjurii. Nam etiamsi absit perjurium, eadem pœna locum habet, *l. pen. §. pen. ff. de crim. stellion.* Sic & in Novella 124. Accursius male putat, perjurio pœnam præscribi: Nam ea Novella quasdam pœnas statuit in eum, qui falso juravit initio litis, se nihil cuiquam dedisse, aut promisisse, nisi patronis. Hoc jusjur. est legitimum. Qui pejerant, tenentur pœnis ea Nov. comprehensis, id est, si convincantur dedisse quid, aut promisisse: sed non tam ob perjurium tenentur, quam ob corruptelam. Itaque ea pœna non est perjurii, sed corruptelæ. Ait autem in dicta *l. ult. de crim. stellion.* Si debitor instrumento juraverit: idem dicendum est, & quidem multo magis si corporaliter juraverit; jusjur. autem præstatur instrumento, aut corporaliter, tactis sacris, *l. 1. sup. si adv. ven. & l. 3. inf. si min. se major.* Et inde Theodosius libro 9. c. 7. dixit, σωματικος ὁρκος, id est, *corporale juramentum*. Itaque non jurant clerici, sed scripto, id est, instrumento comprehenditur eos jurasse. Summa disputationis hæc erit. Perjurii Deum solum esse vindicem, nisi per principem pejeratum sit. Non inficior, novissimis constitutionibus certis casibus perjurio pœnam constitutam, ut Arcadii & Honorii, *l. si quis major. sup. de transact.* Si quis pacta, vel transactiones jurejurando confirmarit, & fidem non servarit, hic ex ea constitutione fit infamis ipso jure; & præterea re simul & pœna, de qua conventum est, plectitur, cum tamen alias non soleat, nisi alterutrum præstare. At ob perjurium hic & rem amittit, & pœnam infert conventionalem. Item ex constitutione Zenonis, id est, *l. pen. inf. de dignitat. libro* 12. viri illustres, quibus hoc datur pro privilegio, ne damnetur inconsulto principe ex causa criminali, si tamen non pareant in causa criminali cautioni juratoriæ, judicio sisti, cui committuntur, quasi infames ea dignitate spoliantur, & condemnantur inconsulto principe. Hæc est pœna perjurii quædam. Item ex Constitutione Græca, quæ desideratur in titulo de custod. reorum, quilibet alius, qui non paret juratoriæ cautioni, jus suum amittit. Juratoria cautio eo loco speciali nomine dicitur ἐξωμοσία, cum tamen aliis auctoribus verbum illud ἐξωμοσία sit ejuratio fori, aut judicis. *Ulpianus in Demosthenem. Harpocration, Harmenop. tit. 2. lib. 1. ex Novella* 117. Tribunus militum, vel chartularius militia exauctoratur, si mulieri de marito suo inquirenti falso juraverit eum decessisse. Et hæc est etiam pœna. Postremo ex Novella Leonis & Constant. cujus Harmenop. tradit *libro 1. tit. 7.* ei, qui ex judicis auctoritate, vel ex voluntate adver-
[A] sarii delata conditione jurisjurandi pejeraverit, vel etiam testi perjuro est pœna, ut ei falsa lingua abscindatur.

Ad L. III. In bonæ fidei contract. *nec non etiam in ceteris causis inopia probationum, per judicem jurejur. causa cognita res decidi oportet. PP. 10. Kal. Septemb. Maximo II. & Aquilino Consulib. 226.*

HÆc lex est de jurejurando judiciali. Et hoc ait tantum, eo jurejurando decidi litem inopia probationum: est hujus l. usus summus in foro: & in fine scribendum pro *oportet*, *potest*. De hoc juramento est etiam
[B] *lex pen. inf. l. 2. & l. admonendi, ff. de jurejuran. l. admonendi* ait, jusjurandum exigi in dubiis causis, id est, ἐν τῖς ἀμφιβολὸς: hæc *l. 3.* ait, *inopia probationum*. Species hæc sit. Is, qui petit certam pecuniam creditam, non probat numerationem, nititur tantum quibusdam argumentis exilibus, est tamen vir tota vita innocens & probus omnium judicio. Contra reus, qui negat se pecuniam accepisse, est plenus fraudis, & perfidiarum, & sæpe convictus est mendacii: dicit autem reus, se absolvi debere actore non probante. Quid fiet? Sane judex motus probitate actoris, & perfidia rei, testata apud omnes, non absolvet reum, sed vel jurabit ipse judex sibi non liquere, ut apud Gellium *libro 14. cap. 2.* De quo genere juris jur. est *l. Pomponius, D. de re jud. & l. 12. §. ult. de recept. arbit.* vel etiam, ut Bartolus vult, actori deferet jusjurandum, atque
[C] secundum actorem jurantem pronuntiabit. Itaque in ambiguis, actore non probante reus non statim absolvitur: quoties autem omnia sunt paria, nihilque ambigui, quod judici injiciat dubitationem, actore non probante reus non statim temere absolvitur, sed vel damnatur actore jurante, vel etiam non aliter absolvitur, quam si ipse juraverit se non teneri, *l. admonendi*. Et in specie Novellæ 124. actore nil probante, reus non absolvitur, nisi juraverit se non teneri. Denique sic argumentor: Si deficiente omni probatione adversarius adversarium ad jusjurandum adigere potest delato jurejur. *l. tutor in princ. de jurejur. l. ultim. §. licentia, de jur. delib.* si hoc adversarius potest; cur non etiam poterit judex obscuritate causæ commotus? Plus dico: Si judex omni probatione deficiente ad extremum judiciale jusjurandum de-
[D] ferre potest, poterit etiam semiplena facta probatione, quæ modo scrupulum judici injiciat. Duo faciunt probationum genera interpretes, plenam, & semiplenam. Plena est, si rationes proferantur mensæ, si chirographa, si tabulæ, si testes idonei; semiplenam vocant, quæ nulla est, quæ nihil probat, ut argumenta, quæ judicii fidem non faciunt, sed eum ad suspicionem adducunt: Nam judicem ad suspicionem adducere, est probare argumentis tantum, *l. in lege Aquilia, D. ad leg. Aquil.* Hujusmodi est expensilatio, quæ quidem olim fidem faciebat, cum ab unoquoque patrefamilias diligenter rationes conficerentur. Ideo Gellius supradicto loco inter legitimas probationes refert expensilationem: hodie per se sola fidem non facit, *l. 5. inf. de probation.* Item comparatio scripturarum per se sola fidem non facit, *l. compa-*
[E] *rationes, infra, de fide instrument.* Idem dici potest de fuga, quæ tamen magnam dat suspicionem. Qui enim fugit, fere seipsum accusat, *Nov. 53. l. si in libert. D. de bon. libert.* An idem potest dici de uno teste? unus testis, nullus testis, id est, unus testis nihil probat. Q. Scævola dicebat, pessimi esse exempli unius testimonio credi. Valerius Maximus lib. 4. cap. 1. Finge: actor producit tantum unum testem, is nil probat: an igitur absolvetur reus? Sane videtur esse absolvendus ex *l. maritus, D. de quæstionibus*. Quidni? Ait ea lex, unius testimonio credendum non esse, & ob unius testimonium non esse habendam quæstionem, ne de servis quidem alienis. Itaque Accursius male eam legem adstrin- xit ad servos proprios, ne torqueantur in dominum.

Spe-

A Species est: Maritus heres extitit uxori, & agit depositi cum aliquo, dicens uxorem pecuniam apud eum deposuisse; unum testem producit tantum, & postulat, ut quæstio habeatur de ancilla supplendæ probationis gratia, reus negat se accepisse pecuniam, dicit unius testimonio non esse credendum. Deinde non esse a quæstionibus incipiendum, nisi concurrant multa argumenta. Hæc res acta fuit apud procuratorem Cæsaris, qui vice præsidis judicabat: procurator jussit quæri de ancilla, quæ dicit pro actore, & secundum actorem pronuntiavit: jam concurrente duorum testimonio appellatum ad Imperatorem. Imperator pronuntiavit recte appellatum, & quæstionem illicite habitam, & unius testimonio non esse credendum. Sic dico, ob unius testis dictum judicem non deferre jusjurandum, non descendere ad quæstionem, nisi testis au-
B ctoritas & probitas judici dubitationem injiciat: Nam sic argumentor: si sola auctoritas actoris jure movet judicem ad deferendum jusjurandum; multo magis actoris petitioni junctum testimonium unius hominis fidei notæ eum impellet ad deferendum jusjurandum actori: Lex *Theopompus*, quam Accursius adducit, *ff. de dote præleg.* nil ad hoc pertinet: Nam nec probat lex uni testi, nec ob unum testem moveri judicem ad deferendum jusjurandum. Species hæc est: Testator habebat duas filias & filium, filiam majorem jam collocaverat, filium & filias heredes scripsit ex æquo; & filiam nondum nuptam commendavit Polliano cuidam, ut scilicet is eam collocaret secundum animi sui sententiam, quam optime notam habebat, idque ex æquis, *ἐν ἴσοις* ex quibus collocata fuerat soror. Deinde mortuo testatore hic Pollianus jura-
C tus, affirmavit eam mentem fuisse testatoris, ut eadem quantitas dotis nomine daretur etiam minori, quæ majori: Lex ait ita pronuntiandum esse a judice. An ita pronuntiat ob unius testis dictum? Minime. Res, quæ præcipue hanc sententiam movit est voluntas testatoris, qui dixit, ex æquis partibus se filiam suam velle collocari.

Ad L. IV. Si ad excludendam *tutelæ actionem pupillus jusjurandum tutori detulerit: postea eandem litem exercere non prohibetur. PP. Calendis Juliis, ipsis IV. & III. AA. Consulib. 290.*

D IN hac l. dicemus de iis, qui jusjurandum deferre non possunt, conjuncta l. 7. hujus tituli. Lex 4. ait, *si ad*, &c. Accursius notat pro *detulerit*, alias legi *dederit*. Recte, ut sunt scripti omnes. Dare jusjurandum alias est præstare jusjurandum, *l. 5. §. dato, l. cum quis, §. codicillis, D. de leg. 3.* Hoc loco dare jusjurandum est deferre, & dictare jusjurandum. Seneca 7. declamat. *Jura*, inquit, *sed ego jusjurandum dabo*. Sententia autem hujus legis hæc est; pupillum non posse deferre jusjurandum sine tutoris auctoritate: ea delatione jurisjurandi nil agi, datoque etiam jurejurando nil agi, *l. 17. §. 1. & l. 1. §. 1. D. quar. rer. act. non det.* Et ideo, si pupillus posteaquam reo detulit jusjurandum in judicio, rursus eodem judicio egerit: non obstabit ei exceptio jurisjurandi cum effectu, cum possit re-
E plicare, se non habuisse jus dandi jurisjurandi sine tutore: Idem quidam dicendum tradunt in pubere curatorem habente, quod non est illis concedendum temere, cum id nullo loco sit proditum, quin potius in contrarium uno loco generaliter traditur: Puberi, qui jusjurandum detulit necessariam esse restitutionem in integrum. Ergo jure detulit, *l. nam postea, §. si minor, D. eod.* Et ne qua resideat dubitatio, animadvertendum est in specie §. *si minor*, Puberem, qui jusjurandum detulit, curatorem habuisse, argumento ex eo est, quod jusjurandum detulit pubes in lite, quæ nulla fuisset sine curatore. Præterea in ea specie puberem detulisse jusjurandum sine curatore, est argumento, quod ob id Pomponius senserit, ei cum effectu non obstare jurisjurandi exceptionem, quæ curatore interveniente certe obstaret. Verum Pomponii sententia non probatur, nisi pubes impetraverit restitutionem in integrum. Valuit ergo delatio jurisjurandi facta sine curatore: quod etiam ita confirmo. Jusjurandum pro solutione est: quod inferius probabimus. Cui solvi potest, is & jusjurandum deferre potest, quia jusjur. est pro solutione, *l. 20. & 21. D. eod.* At puberi solvi potest sine curatore, *l. ait Prætor, D. de minor.* Ergo pubes potest jusjurandum deferre sine curatore. At utroque casu ei subvenietur restitutione in integrum, si captus sit. Itaque in hoc proposito *l. 3. sup. de restitut. in integ.* quam illi proferunt, a quibus differimus, suis finibus circumscribenda est, ut scilicet non temere trahatur ad alias, quam alienationum causas, *l. puberes, D. de verb. obligat.* ut dixi, fateor hoc, puberem nihil vendere jure sine curatore; cetera etiam eum non facere sine curatore, nego. Pupillus enim non obligatur sine tutore, pubes obligatur sine curatore, *d. l. puberes*. Mora non fit in personam pupilli sine auctoritate tutoris. Mora fit in personam puberis sine curatore. In hac lege 4. actum fuit tutelæ: qua actione non agitur nisi finita tutela. At tutela in specie hujus legis non fuit finita pubertate, alioqui valuisset delatio jurisjurandi facta a pubere, sed alio modo fuit finita, ut tutore dato ad tempus, aut ad conditionem, aut tutore remoto quasi suspecto, Species sit: tutore remoto quasi suspecto, pupillus accepto alio tutore cum eo egit tutelæ, & ei detulit jusjurandum sine auctoritate novi tutoris, is juravit se ex ratione tutelæ dare non oportere: lex ait, pupillum non prohiberi eadem rursus actione adversus tutorem experiri: & si opponatur exceptio jurisjurandi, replicabit pupillus, & dicet se non habuisse jus rerum administrandarum, nec jurisjurandi deferendi: Plane si auctore tutore pupillus jusjurandum detulerit, certissimum est, ei ex integro agenti, cum effectu obstare exceptionem jurisjurandi. Verum poterit restitui in integrum adversus jusjurandum datum, licet tutor auctor fuerit, si captus doceatur, *l. 2. sup. si tut. vel curat.* Verum in hanc sententiam Accursius ita argumentatur *d. l. 17. de jurejur.* Jusjurandum vice solutionis est, *l. 27. & 28. §. 1. D. eod.* At adversus solutionem factam pupillo, auctoribus tutore & judice, pupillo non datur restitutio in integrum: si solo tutore auctore, datur, *l. sancimus, inf. de administr. tut.* Ergo adversus jusjurandum delatum a pupillo in judicio, tutore auctore, & judice approbante, ut solet, non dabitur restitutio in integrum. Valet argumentum. At propositio ita est accipienda: jurejurando debitorem æque liberari ac solutione: Nam jurejurando primum tollitur obligatio naturalis, *l. si quis jurasset, D. de condict. indeb. l. Stichum, §. naturalis, D. de solut.* Jurejurando etiam tollitur obligatio civilis ipso jure, quod Accurs. non animadvertit in d. l. 17. sed id indicat *l. nam postea, in principio, D. eod.* Dices, quorum ergo causa est comparata exceptio jurisjurandi, si ipso jure obligatio exstinguitur? sane non est opus, nisi cum ambigitur an juratum sit, ut eadem lex ostendit. Si de jurejurando constet, necessaria non est exceptio. Igitur jusjurandum perinde reum liberat ac solutio. Præterea is potest jusjurandum deferre, cui & solvi potest, *l. 17. §. pen. & l. 21.* Verum quod ad restitutionem in integrum attinet, facilius datur adversus jusjurandum, quam solutionem: ratione æquissima, ne reus bis eandem summam solvat, quod cogetur, si detur restitutio adversus solutionem. Ideoque non æque datur adversus solutionem: qui autem juravit, nihil solvit pupillo, quem diximus sine tutoris auctoritate non posse jusjurandum deferre: adjungamus alios, qui non possunt deferre jusjurandum sine curatore, ut prodigus, furiosus, mentecaptus, *l. tutor, D. eod. tit.* Quoniam seu accipias jusjurandum pro pacto, hæ personæ non possunt pacisci sine curatore. Ergo nec jusjurandum deferre, quod est pro pacto: seu accipias pro solutione, his non potest ab eis solvi sine

cura-

curatore: seu accipias jusjurandum pro judicio, id est, litis contestatione, ut *l.qui jurasse*, §.*ult. D.eod.* hæ personæ non possunt judicium accipere sine curatore, neque litem contestari. Item procurator, cui scilicet actio, vel defensio tantum mandata est, aut syndicus, non potest jusjurandum deferre, etiamsi de rato caveat, *l.*17. 18.19. & 34. §.*defensor*, *D. eod.* Nam hic procurator non potest pacisci, aut de lite transigere. Ergo nec jusjurandum deferre, quod dicitur venire ex pactione, *l.transactionis*, *sup.de transact. l.nam & nocere*, *D.de pact.* Quidam ut hoc probent, quod pro certo ponimus, adferunt *legem mandato*, *D.de procurator.* idque male. Nam ea lex non loquitur de procuratore, cui actio tantum mandata est, de quo nos hic, sed loquitur de eo, qui generale mandatum habet. Quid est generale mandatum? Est (quod illi non perceperunt) libera universorum domini seu bonorum, seu negotiorum, seu rerum administratio & procuratio. Id indicant duæ leges præcedentes *legem mandato*, quibus *l. mandato* applicatur; nec enim species mutatur. Hic vero procurator, qui generale habet mandatum, potest jusjurandum deferre, exigere, solvere, pacisci, alienare, & pignori obligare, si expediat, & novare obligationem. Hæc enim omnia continentur generali mandato. Verum in ea *l. mandato* quæritur, an generali mandato comprehendatur transactio, id est, an is, qui liberam habet administrationem negotiorum, possit de lite transigere. Lex ait, non posse, & transactionem decidendi causa factam generali mandato non contineri: quod est falsum. Nam & tutor & administrator rerum civitatis, quibus comparatur procurator, qui habet liberam administrationem, possunt transigere, *l.præses*, *supra*, *de transact. l. interdum*, §. *qui tutelam*, *D. de furt.* Ergo & procurator, qui habet liberam administrationem: si enim illi, cur non & his. Itaque in ea *lege mandato*, pro *decidendi*, est legendum, *deminuendi*, ut *l. Titius*, §.*ult. D.de administ. tut.* quæ lex ostendit tutorem non posse transigere deminuendi causa, donandi causa. Idemque de administratore traditur *d. l.præses*, non posse eum transigere ambitiose in fraudem reipub. alioquin possunt transigere. Ait illa *lex decidendi*, id est, transigendi. Inepta est locutio, transactionem transigendi causa factam. Itaque hoc vult tantum generalem procuratorem, ea quidem posse facere, quæ continentur duabus legibus præcedentibus: at transigere non posse diminuendi causa. Postremo filius, vel servus non possunt deferre jusjurandum in re patris, vel domini, *l.* 7. *h.t.* item in re peculiari, nisi habeant liberam peculii administrationem, *l.*20. *D.de jurejur.* At dices, quærimus de jurejurando delato in judicio: servus autem non potest stare in judicio, quomodo ergo poterit deferre jusjurandum in judicio? Respondeo non posse agere; verum non omnino vetari jusjurandum deferre ei, cum quo agit dominus ex causa peculiari, vel ei, qui agit cum domino de peculio. Et hoc jusjurandum servatur, si reo detulerit; servatur (inquam) per exceptionem. Et hoc est quod ait *l.*20. *D. de jurejur.* Notanda sunt verba, *servus*, *quod detulit*, *vel juraverit servetur*; *si liberam peculii administrationem habuit*. Quæ verba videntur esse edicti, quoniam ait, *servetur*; quod est edicentis. Ergo servabitur jusjurandum per exceptionem. Verum an etiam dabitur actio ex jurejurando in factum de peculio adversus dominum si servus detulerit jusjurandum ei, qui agebat cum domino de peculio? quidam trahebant edictum etiam ad actionem, *l.quidam*, *eodem tit.* & dabant actionem ex jurejurando delato actori a servo. At *l.*ait, *Quidam*, referens illorum sententiam, non tamen approbans: Nam si probat, obstat omnino *l.*3. §.*si filius*, *D. de pecul.* quæ negat actionem dari, quod is detulerit jusjurandum, qui non potuit consistere in judicio. Itaque ex illo jurejurando facilius datur exceptio, quam actio. Et quod ait, *servetur* per exceptionem scilicet, ut in edicto de pactis, *pacta servabo*. At in filiofamil. omnes consentie-

A bant, videlicet si filiusfamil. habens liberam administrationem detulisset jusjurandum reo, ex eo jurejurando omnes existimarunt dari & actionem & exceptionem, quia filiusfamil. est persona idonea.

Ad L. V. Cum etiam a pupillorum *tutoribus*, *velut ab ipsis pupillis relicta fideicommissa videantur*, *super fideicommissis præses provinciæ cognoscet: & si id tibi relictum esse constiterit, reddi tibi efficiet. Idem si inficietur, ad jusjurandum (ut desideras) tutorem adiget. PP.4. Cal. Decemb. ipsis IV. & III.AA. Conss.* 290.

INitio hujus legis ostenditur, a tutoribus heredum pupillorum relicta fideicommissa, a pupillis ipsis relicta videri, & ideo etiam esse utilia. Idem dicitur in
B *l.etiam*, *inf. de fideicommis.* Finge: Filio impubere herede instituto, & ei tutore dato a patre, vel matre (quamvis ea jure non det) a tutore fideicommissum Juliano relictum esse: id Julianus consequetur per præsidem, cujus in Provinciis cognitio fideicommissorum est propria, *l. si res*, *D. de legat.* 2. Hoc ita, si constet Juliano relictum. Ceterum si neget tutor, nec inter partes de fideicommisso constet, Juliano deferente tutor interventu præsidis cogetur solvere, aut jurare, aut deferre jusjurandum.

Ad L. VI. Cum proponas *partibus placuisse*, *jusjurandi religione*, *generis & ingenuitatis quæstionem decidi: præses provinciæ juxta decretum arbitri ad voluntatis vestræ placitum amitæ tuæ filiis consulet. PP. V.*
C *Idus Februar. Tiber. & Dione Cons.* 291.

DIfferentia est inter judicem & arbitrum. Uterque datur a præside, vel alio magistratu: arbiter in actionibus bonæ fidei: judex in strictis. Arbiter æquitatem spectat: judex jus & formulam. Aristotel. 1. Rhetoricorum. Decreta sententiasque judicum & arbitrorum, præsides, qui eos dederunt, exsequuntur, *l.a Divo Pio*, *D. de re judic.* Sciendum est etiam, causam status, & ingenuitatis pertinere ad cognitionem præsidis, nec posse delegari, *l. pen. sup. ubi caus. stat. l.* 2. *de pedan. jud.* (†) Ceterum, si in quæstione hereditatis, cui arbiter est datus, vel si in actione familiæ erciscundæ, cui addictus est arbiter, quæstio status & ingenuitatis inciderit, tum arbiter delegatus etiam de
D ea cognoscet, quod incidat quæstio, non etiam principaliter, ut *l.*3. *sup.de jud. l.* 1. *de ord. jud.* Ubi quod ait *l.* 1. *docete*, interpretandum est, scilicet judicem a præside datum: alioquin lex dicet hoc, præsidem non posse cognoscere de causa status. Ergo arbiter familiæ erciscundæ potest etiam de causa generis & ingenuitatis, si ea incidat, cognoscere. Sic prætor non cognoscit de crimine capitali, nisi incidat: sic latrunculator non cognoscit de re pecuniaria, nisi incidat. His cognitis ita ponamus hujus legis speciem: Cujusdam agnati hereditas est delata Decio, & amitinus Decii est arbiter acceptus familiæ erciscundæ: ac apud eum arbitrum Decius, ut repellat amitinos, eis facit controversiam generis & nativitatis. Placet autem eam controversiam dirimi jurejurando amitinorum, partis utrius-
E que consensu. Partium voluntatem arbiter secutus pronunciat de hereditate, amitinis imposito jurejurando. Decretum arbitri præses, qui arbitrum dedit, exequitur. Ergo causa generis jurejurando decidi potest, *l.*3. §. *sed etsi*, *l.eum qui*, §. *pen. D. eod.*

Exposuimus legem VII. in l.4. supra.

Ad L. VIII. Actori delato, vel relato *jurejurando*, *si juraverit*, *vel ei remissum sit sacramentum*, *ad similitudinem judicati in factum actio competit. S.* 12. *Kalend. Maii CC. Conss.* 294.

N Quæ-

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.*1. *cap.*1.

Quæstio hujus legis est de actione, & exceptione jurisjurandi. Prius est dicendum de jurejurando actoris, tum de rei. Si actori delato jurejur. quod voluntarium appellavimus, vel relato, quod diximus necessarium, actor juraverit sibi deberi; vel si jusjurandum ei a reo remissum sit (nam is, cui jusjurandum remittitur, jurasse intelligitur) Judex secundum actorem judicium dabit, reo condemnato, *l. 34. §. ult. D. eod.* An autem ex ea sententia est actio judicati? videtur non esse: nam actio judicati est ex sententia, quæ in invitos fertur. Hæc autem sententia datur ad voluntatem litigatorum, *l. 6. sup. de petit. hered. l. pen. §. sive autem*, *h. t.* Ideoque ex ea sententia non est, nisi actio utilis judicati. Et hoc est quod ait hæc *lex* 8. ad similitudinem judicati in factum competere actionem. His verbis ad similitudinem, ad exemplum, & ad instar, significantur actiones utiles, *l. 1. de precar. l. 1. de interd. l. locum, §. ult. D. de usufr. l. hujus, D. quod tut. auct.* Hoc etiam potest notari in *§. item si quis postulante, Instit. de act.* ait, prætorem accommodare actionem, quod verbum est proprium actionum utilium, *l. quia actionum, D. de præscript. verb. & l. 1. sup. de inoffic. testam.* Et ideo etiam sæpe ex jurejurando dicitur dari actio utilis, id est, instar judicati; sic appellatur in *l. sed etsi possessori, §. 1. l. quod si juravi, l. si duo, §. 1. de jurejur.* In tribus locis ibi actio illa dicitur utilis. At subest alia quæstio. Qui jurat ex aliqua causa sibi deberi, ex ea causa jurat, quæ exprimitur, vel intelligitur. An igitur ex ea etiam causa est ei actio præter actionem jurisjurandi utilem? Putant omnes fere interpretes esse etiam ex causa actionem. Ego autem puto unam tantum actionem competere, id est, utilem in factum ex jurejurando: non esse autem actionem ex causa, de qua juravit actor sibi deberi, quoniam exemplo judicati prior actio jurejurando novatur, *l. grege, §. etiam, D. de pign.* Idemque est in judiciis in rem, si actor juraverit rem suam esse: nam ei dabitur actio in factum ex jurejurando, non actio in rem, *l. nam posteaquam, §. ult. & l. 11. sed si possessori, D. de jurejur.* Igitur nova est actio ex jurejur. prior extincta. Huic autem sententiæ tria obstant. Primo *l. si duo, §. si quis juravit, & §. Marcellus, D. eod.* quæ lex ait, ei, qui juravit se emisse, dari actionem ex empto, non novam in factum actionem. Item ei, qui juravit se pignori dedisse, pigneratitiam dari, non novam in factum. Breviter autem distinguendum est. Aut enim jusjurandum defertur in judicio, aut in jure: quod defertur in jud. jam actione reddita defertur, & ei est consentanea Judicis sententia, quæ vel indicit jusjurandum, vel jam præstitum probat. Ex eo jurejurando est quasi judicati actio: Nam res judicatur ad voluntatem litigatorum; quod autem defertur in jure, id est, apud Prætorem, nondum constituto judicio, nondum reddita actione defertur, ut in *l. 34. §. ait Prætor, D. eod.* De eo agitur in dicta *l. si duo, §. si quis juraverit, & d. §. Marcellus.* Nam ex lectione apparebit nondum fuisse ullam actionem datam: ex eo autem jurejurando non est proprie actio, sed petenti actionem ex empto, & juranti se emisse, Prætor dat ex empto actionem secundum intentionem ejus. Nos autem tractamus de jurejurando, quod defertur in judicio. Secundo obstat *l. illud, §. 1. D. de constit. pecun.* Ex ea lege colligunt, eum, qui juravit sibi constitutam pecuniam fuisse, agere de constituto. Ergo non est nova actio; pessime ex eo §. colligitur. Ejus enim §. hæc est sententia: Non constitui, nisi quod debetur; non valere constitutum, nisi sit debitum. At ex jurejurando debetur: Ex jurejurando in judicio delato & præstito est actio propria. Id ergo, de quo est actio jurisjurandi, recte constituitur: & recte de eo constituto agitur: nam ex jurejurando debitum constituitur: quæ tamen actio de constituto non novat actionem jurisjurandi, *l. item illa, §. 1. de constit. pec.* Postremo obstat *l. 7. sed etsi, §. petenti, D. de Public. in rem act.* Species est: Mihi petenti rem, quam possidebas quasi meam; tu jusjurandum detulisti in judicio: lex ait, mihi competere actionem Publicianam in rem: non dat actionem utilem ex jurejurando, sed Publicianam in rem. Respondeo, actio Publiciana non datur antequam res sit tradita, & postea amissa; ut res tradatur, agitur in factum ex jurejurando: ut autem res tradita ex causa jurisjurandi, & postea amissa recuperetur, agitur Public. Itaque actor rem aufert primum actione in factum, postea si eam amittat, utitur Publiciana, quasi bonæ fidei possessor ex jurisjurandi causa justissima. Nunc de reo. Si reus delato jurejurando in judicio juret se non debere, habet exceptionem jurisjurandi, quæ comparata est ad exemplum exceptionis rei judicatæ, quasi judicati exceptio est, *l. 1. ff. quarum rer. act.* Et ideo sicut actio judicati, & exceptio rei judicatæ datur domino, non procuratori, cum procurator litem elegit, *l. hujus, ff. de solut.* ita actio & exceptio jurisjurandi dabitur domino, non procuratori, *l. nam posteaquam, §. penult. & l. ult. §. ult. ff. eod.* Aut etiam competit reo, qui juravit, exceptio pacti, *l. sed etsi servus, ff. eod.* Hoc enim jusjurandum ex pactione deferri dicitur, cum reus jurat, volente & deferente actore: hoc pro actione est. Itaque utetur vel exceptione in factum, vel pacti. Hæc de jurejurando voluntario & necessario. Ex jurejurando judiciali, quod ultro exigit judex datur actio & exceptio judicati directa. Nam id jusjurandum vel sententiæ imponit, vel postquam juratum est, ei consentaneam sententiam dat judex. Accurs. in *l. hujus tit.*

Ad L. IX. Delata conditione *jurisjurandi, reus (si non per actorem, quo minus de calumnia juret, steterit) per judicem solvere, vel jurare, nisi referat jusjurandum, necesse habet. S. 5. Kal. Maii. Sirmii, AA. Conf. 299.*

Lex hæc est de jurejurando rei: & sententia ejus hæc est. Reus, cui ab adversario jusjurandum defertur in judicio, vel in jure, jurare debet, solvere, aut referre: & cogitur a Prætore vel Judice, *l. 34. §. ait Prætor, & l. 38. ff. de jurejur.* Et quidem hoc tantum genus jurisjurandi refertur, quod voluntarium appellamus, judiciale sane non refertur. Item necessarium, id est, quod relatum est, rursus non refertur, *d. l. 38.* quæ ait eum turpiter facere, & quasi pro confesso haberi reum, qui delatum jusjurandum nec accipit, nec refert in deferentem. Sunt qui eam *legem* 38. ajunt esse conjungendam cum *leg. 12. rer. amot.* Regulam ponit in *l. 38.* exceptionem in *l. 12.* Exceptionem poni fateor in *l. 12.* nego tamen esse conjungendas, quod sint inscriptiones diversæ, ut apparet ex legibus ipsis. Exceptio autem hæc est; si ei, cum quo agitur furti, aut rerum amot. deferatur jusjurandum, id referre non potest, *l. 11. §. jurare, l. 12. l. 13. rerum amot.* Videamus quæ sit ratio cur hic reus jusjurandum sibi delatum non potest referre. Ratio an hæc erit, quod æquius sit, reum jurare de suo facto, quam actorem, qui certo non scit, sed tantum suspicatur eum furem esse, aut res amovisse, nec ei plane liquet: jurare insciente animo suo, qua de re non liquet, jurare nemo compellitur: hæc non est ratio. Utitur ea ratione Jurisconsult. in alia specie: dum ait, reum, qui res amovisse dicitur, delato jurejurando jurare compelli, partem autem ejus non compelli, quod sit iniquum, de alieno facto quenquam insciente animo suo anceps jusjurandum subire. Qua ratione heres de contractu defuncti, tutor, curator, non jurant, & procurator de facto domini non jurat; nec defertur, nec refertur eis jusjurandum, *l. 34. §. procurator, ff. de jurejur. l. videamus, §. 1. ff. de in lit. jur. Paulus 2. sentent. tit. 1.* At cum Jurisconsult. ait in his locis, in actione furti, & rerum amotarum, reum delatum jusjurandum non referre, non utitur hac ratione, sed alia, quia ita edicto ordinatum videtur. Certe si prior ratio relationi obstaret, obstaret etiam delationi. At delationi non obstat: Ergo nec relationi. Delationi non obstare probat *l. in duobus, §. pen. de jurejur.* Ubi is, qui agit furti,

delato

delato jurejurando jurat, sibi a reo furtum factum esse, nec ei illa ratio obstat, quæ obstaret æque delationi ac relationi: Sicut ob eam rationem heredi de contractu defuncti, nec defertur nec refertur jusjurandum. Et sane plerumque ei, qui agit furti iis actionibus ea de re licet jurare, quia vix unquam temere ea de re litem movet ex suspicione sola: at in illis litibus deferri jusjurandum potest, non referri: illa ratio displicet. Ea Jurisconsult. utitur, quia edicto de furtis prætor deferri jusjurandum permittit, referri non item, cum in edicto de relatione nulla fiat mentio. Itaque referri permissum non videtur, sicut deferri palam edicto permissum est, quod omissum est. Ita etiam l. Cornelia de injur. permittitur actori jusjurandum reo deferre, *l.5.§. hac lege, l. non solum, §. proinde, D. de injur.* De relatione non fit mentio in ea lege. Itaque referre etiam ea lege permissum non videtur. Et generaliter reus, cui defertur jusjurandum de actione furti, vel rerum amotarum, vel injuriarum, omnino jurare cogitur, nec referre potest. In actionibus ex contractu pro compendio litium jusjurandum moribus receptum est, seu in usum venit, *l.1.D. de jurejur.* In actionibus ex maleficio quales sunt prædictæ jusjurandum lege nominatim vel edicto permissum est, sicut pactum, & transactio de furto, & injuriis est permissa, *l. juris gentium, §. si paciscar, l. si tibi 7. D. de pact.* Ut lex de furto pacisci permittit, ita & jusjurandum deferre, referre non permittit. Hoc omissum cum sit, non supplebimus, *l. si vero, §. pen. D. solut. matr.* Interpretari tantum possumus, non supplere, *l. Gallus, §. quid si quis filium, & seq. D. de lib. & postum.* Interpretes adferunt aliam causam, qua censent etiam jusjurandum delatum in judicio, non posse referri, *l. ult. inf. de fideicommiss.* Et male: nam jusjurandum, de quo agitur ea lege, quod scilicet fideicommissarius defert heredi, lex non negat posse referri, sed recusari. Inter ea autem multum distat. Itaque cum lex non dicat, non posse referri, censebitur eodem jure, quo censentur cetera de re pecuniaria, de actione ex contractu, vel quasi, qualis est actio illa fideicommissi. Et hæc quidem diximus de jurejurando, quod litis finiendæ causa in judicio defertur. Nunc de eo, quod fit extra judicium. An id referri potest, quod ex conventione defertur extra judicium? lite nondum mota, referri non potest, *l. 17. in princi. D. de jurejur.* quæ de eo genere jurisjurandi accipitur recte: sed potest etiam ea lex pertinere ad jusjurandum, quod defertur extra judicium sine judicis auctoritate de lite jam mota, ex conventione partium. De quo jurejur. nihil diximus. Hoc volumus includi sub appellatione voluntarii, quia sponte suscipitur, licet semel susceptum non possit referri, ut ea l. ostendit. Et hoc modo nempe extra judicium delato jurejurando interdum accidit, ut utraque pars juret, Actor sibi dari oportere, reus contra, *l. in duobus, §. ult. D. de jurejur.* L. ait recte, *extra judicium:* nam in judicio ea variatio non admittitur: & ideo ponit *extra judicium*, sed jurat alteruter tantum. Addatur etiam, jusjurandum quod defertur in judicio approbationem judicis exigere. Quod defertur extra judicium, etsi de re litigiosa agatur, non exigit approbationem judicis. Nam absque eo interponitur extra forum. Ideoque delatum jusjurandum in judicio, licet susceptum sit, antequam id approbarit judex, referri potest, cum & revocari possit ab eo, qui detulit, *l. 11. inf. hoc tit.* At extra judicium, mutuo consensu delato & accepto jurejurando, nec relationi, nec revocationi locus est. At in eo, quod est delatum in judicio, dum pendet judicis approbatio, sicut actor delatum revocare potest, sic reus susceptum interim potest referre. Illud quoque notandum est, eum, qui defert jusjurandum, priorem debere jurare de calumnia, id est, se non calumniandi animo deferre jusjurandum, sed recta conscientia, quod putet rem ita esse ut intendit: quid enim si actor scit se nullum jus habere, reum tamen vult jurare: id facit calumniose. Itaque debet jurare

A imprimis, se non calumniandi animo jusjurandum deferre, sed recta conscientia id deferre. At si id non faciat, jusjurandum, quod detulit, habebitur pro præstito, hac *l. & l.34. §. qui jusjur. & l.37. de jurejur. l.11. §. pen. rerum amot. l. ult. inf. de fideicommiss. Paulus 2. sententiarum tit. 1.* Ergo qui petit jusjurandum, debet prior jurare de calumnia. Idem etiam debet jurare, qui petit alias probationes, ut qui petit instrumenta edi ab adversario. Nam forte hoc petit differendi judicii causa, aut quia scit hæc se habere, non adversarium. Itaque prius debet purgare se jurejurando, *l.1. sup. de jurejur. propter calumniam, l. si quis ex argentariis, §. exigitur, l. quædam, §. ult. ff. de edendo.* Idem etiam jusjurandum præstat, qui petit servos ad quæstionem, *d. l.1. l. ult. inf. de quæst.* quæ sunt conjungendæ. Præterea ex constitut. Justin. id est,
B *ex l. 2. eod.* initio litis utraque pars jurat, se non calumniandi animo litem instituere, quod jusjurandum olim non præstabatur. Et ex aliis auctoribus quidam male tradunt locos ex Cicerone de eo jurejurando, quod primus Justinianus introduxit. At *in Novella* 49. dicitur, ut litigatores initio litis non tantum jurent se bona fide ad litem accedere, sed etiam in ea lite se probationes non petituros differendi negotii causa, quod dicitur jusjurandum dilationis & calumniæ, quanquam calumniæ nomen utrumque possit complecti, id est, vexationem quamlibet, & procrastinationem; Probationes, id est, instrumenta & rationes adversarii. Id vero semel tantum jurari sufficit initio litis, ut quoties probationes petuntur, tale jusjurandum non exigatur. Ex ea re plerique opinati sunt jurejurando ita præstito ex præscripto *Novell. 49.*
C ab eo, qui defert jusjurandum, vel ab eo, qui vult de servis quæstionem haberi, aliud jusjurandum ab eo speciale non exigi, id sufficere: quod non approbo: Nam ex ea Novella hoc tantum juratur, se ad litem non accedere calumniandi animo, se probationes non petiturum vexandi adversarii causa. Quamobrem *Novell. Leonis 99.* intermissa jurisjurandi de calumnia præstatio in jurejurando deferendo revocatur. Qui tamen Leo & in *Novell. 97.* id fere jurari jubet, quod Justinianus præscribit in sua Nov. Itaque etiamsi ex præscripto Novellæ Justiniani initio litis sit juratum, nihilominus a deferente jusjurandum exigetur contrarium jusjurandum calumniæ. Ita etiam quibus casibus & articulis in Pandect. exigitur jusjurandum calumniæ: ut si quis petat cautionem damni infecti, aut nunciet novum opus, aut rationes
D sæpe dispungi velit: His omnibus casibus etiam hodie exigetur jusjurandum, nec sufficiet illa conceptio jurisjurandi, de qua in ea Nov. *l. qui bona, §. qui damni, de damno inf. l. ult. de bon. auctor. jud. poss. l. de pupillo, §. qui opus, de novi operis nunc. l. de die, §. jubetur, qui satisdare cog.* Budæus hoc jusjurandum calumniæ putat interpretari *ἀντωμοσίαν*, & *διωμοσίαν*, cum Ulp. generaliter in Demosth. tribuat has signific. cuilibet jurijurando.

Ad L. X. In actione etiam depositi, *quæ super rebus, quasi sine scriptis datis, movetur, jusjurandum ad exemplum ceterorum bonæ fidei judiciorum deferri potest.*

E LEx ait, exemplo ceterorum bonæ fidei judiciorum in actione depositi jusjurandum deferri. Dixi in *l. 3. sup.* in bonæ fidei judiciis jusjurandum deferri auctore judice, etiam invito utroque litigatore. Deferretur ergo etiam jusjurandum in actione depositi inopia probationum: ut si pecuniæ sint depositæ sine testibus, & scripto, quod si de deposito constet chirographo depositarii, quia non potest exceptio non numeratæ pecuniæ opponi, chirographum sufficit actori, nec insuper jurare cogitur, nec ei jusjurandum potest imponi a judice, vel a parte, *l. in contractibus, §. ideoque sancimus, & §. illo, inf. de non num. pec.* Ideoque recte hæc lex 10. ponit factum fuisse depositum sine chirographo.

A Ad L.XI.Si quis jusjurandum intulerit, *& needum eo præstito, postea(utpote sibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit: sancimus nemini licere penitus iterum ad sacramentum recurrere (satis enim absurdum est redire ad hoc, cui renunciandum putavit: & cum desperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare)& Judices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes. Si quis autem sacramentum intulerit, & hoc revocare maluerit: licere quidem ei hoc facere, & alias probationes, si voluerit, præstare: ita tamen ut hujusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei præstetur. Post definitivam autem sententiam, quæ provocatione suspensa non sit, vel quæ, postquam fuit appellatum, corroborata fuerit, nullo modo revocare juramentum, & iterum ad probationem venire cuiquam concedimus: ne repetita lite, finis* B *negotii alterius causa fiat exordium.*

Ad L.XII.Generaliter de omnibus juramentis, *quæ in litibus offeruntur, vel a Judice, vel a partibus, definiendum est. Cum enim jam increbuit, Judices in plenissima definitione sacramentum imponere: evenit, ut provocatione, lite suspensa, hi quidem, qui jusjurandum præstare jussi sunt, ab hac forte luce subtrahantur, probationes autem rerum cadant: cum multum discrepet juramentum hereditarium a principali sacramento. Necessitate itaque rerum coacti, & probationibus pinguius subvenientes, ad hujusmodi venimus sanctionem. Omne igitur juramentum, sive a Judicibus, sive a partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia, sub ipso judice detur, non exspectata vel ultima definitione, vel provocationis formidine.*

C Ad §.Sed juramento illato, *cum hoc a partibus factum fuerit, & a Judice approbatum, vel ex auctoritate Judicis cuicunque parti illatum: si quidem is, cui imponitur sacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc præstetur, vel referatur: necessitate ei imponenda, cui jure refertur relationis sacramentum subire: vel si hoc recusaverit, quod illato sacramento præstito, causa, vel capitulum decidatur: nullo loco provocationi relinquendo. Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quæ ipse facienda provocavit.*

Ad §.Sin autem is, *cui sacramentum est illatum vel a parte, vel a judice, hoc subire minime voluerit: licentiam quidem habeat sacramentum recusare: Judex a. si hoc omnimodo præstandum existimaverit, sic causam dirimat, quasi volente eo sacramentum sit recusatum: & ita cetera sive capitula,* D *sive totius negotii summa examinentur, & lis suo marte procurrat, nullo ei obstaculo obviante. Ipse autem, qui sacramentum sibi illatum dare recusaverit, vel hoc attestetur: vel, si forte non audeat, habeat sibi in ultima provocatione repositum auxilium: & si Judex appellationi præsidens, bene quidem illatum jusjurandum, non rite autem recusatum pronunciaverit: res secundum quod judicatum est, permanebit. Sin autem non rite quidem illatum, recte autem recusatum sacramentum pronunciaverit: tunc ei licebit emendare sententiam Judicis, quæ quasi ex recusato sacramento processit: & nihil penitus nec præjudicii, nec injusti dispendii cuicumque incurret: sed & causæ cursus ab initio usque ad novissimum terminum non impedietur: & lis æqua lance trutinabitur.*

E Ad §.Sive autem illatum *juramentum præstitum fuerit, sive recusatum: ipsi parti, quæ hoc intulit, nullum provocationis remedium in hoc reservabitur: cum nimis crudele est, parti, quæ hoc detulit, propter hoc ipsum, quod Judex ejus petitionem secutus est, superesse provocationem.*

Ad §.His de præsentibus personis *statutis, nec absentes nos fugiunt, sed etiam eos huic legi subjungamus, & si persona præsens non inveniatur, cui sacramentum illatum est, lite forte per procuratorem ventilata, necesse est, vel ipsam principalem personam datis certis induciis ad Judicem venire, ut ea, quæ de sacramentis statuta sunt, impleat, vel (si Judex existimaverit) in provincia, ubi degit, sub actorum testificatione juramentum ab ea vel dari, vel referri, vel recusari: hoc procedere, ut singulis casibus eventus jam definitus imponatur: licentia danda etiam parti alteri, vel per se, vel per procuratorem super hoc ipsum ordinatum, adesse his, quæ de juramento aguntur: vel si neutrum facere maluerit, & ex una parte sub fide tamen gestorum, juramentum præstari, vel referri, vel recusari: expensis propter hujusmodi causam præstandis, officio judicis trutinandis, an ab utraque parte, an ab altera oporteat eas dependi: nullo tamen ex hoc litibus impedimento generando, sed donec ea procedant, aliis vel capitulis, vel litis membris a Judice examinandis, & postquam fuerint ei intimata gesta super juramento subsecuta, tunc iterum ad hoc capitulum Judice redeunte, & eo adimpleto ad cetera perveniente: omnibus aliis, quæ de præsentibus sancita sunt, & in absentium parte observandis.*

Ad §. In omnibus autem casibus, *in quibus sacramenta præstantur, observationem judicialem permanere censemus secundum personarum qualitatem, sive sub ipso Judice præstari oportet juramentum, sive in domibus, sive sacris scripturis tactis, sive sacrosanctis oratoriis.*

Ad §. Similique modo *in sua firmitate manere quæ de calumniæ jurejurando, vel relato sacramento legibus cauta sunt, vel a nobis, vel a retro divis principibus introducta. Non enim, ut aliquid derogetur antiquioribus legibus, hæc prolata sunt: sed ut, si quid deesse eis videatur, hoc repleatur.*

LEx 11. est de revocatione jurisjurandi, lex 12. est de recusatione. Dicamus primum de revocatione. Qui revocat jusjurand. quod detulit, multum distat ab eo, qui remittit jusjurand. quod detulit: qui remittit injurato credit: qui revocat, ne jurato quidem credit. C Sententia a. & constitutio *legis* 11. hæc est: eum, qui detulit jusjurandum, id posse revocare ante sententiam definitivam; post sententiam non item, nisi appellatione suspensa, vel potius extincta sententia. Itaque interposita appellatione adhuc licebit delatori pœnitere, & jusjurandum revocare, quoad litis extrema sententia fuerit: post terminum litis sero revocat jusjurandum. Revocatum a. jusjurandum semel postea deferri rursus non potest. Hoc enim esset ludifidare judicium: semel variare licet, id est, delatum revocare: rursus variare non licet, id est, revocatum non licet deferre. Apud *Senecam 7. Declamat.* est exemplum, quo centumviri revocationem delati jurisjurandi non admiserunt. Et quidem jocose delati, & σχηματικῶς, ut oratores in agendis causis solent σχήματα inserere. At D inique fecerunt. Non his exemplis est jus dicendum, sed legibus, *l. nemo, de sent. & interloc.* Et ob id in eo exemplo Senecæ: *Albutius Advocatus, qui jusjurandum detulerat contumeliam non ferens, nunquam amplius in foro causam dixit*, ut ex Græcis auctor est Athenæus *lib.* 24. Sicut autem delatum jusjurandum pendente sententia Judicis potest revocari, ita & susceptum semel interim referri, *l. 9. supr.* Ita non susceptum jusjurandum, sed statim relatum interim revocari & suscipi potest: At quod susceptum est, & postea relatum, denuo suscipi non potest revocata delatione, quoniam bis non permittitur variatio. Judex etiam, quod solus in re dubia jusjurandum detulit, re integra, id est, nondum neque præstito jurejurando, nec sententia dicta, poterit revocare. Constat enim quamlibet inE terlocutionem Judicis posse revocari, non sententiam. Itaque ex his concludendum est, & voluntarium, & necessarium, & judiciale jusjurandum posse revocari. Meminisse autem oportet eorum, quæ diximus *l. 1.* quæ ad has leges pertinet, dupliciter jusjurandum auctoritate Judicis exigi, vel a parte delatum a Judice approbari: Nam vel in ipsa sententia Judex jusjurandum, quod pars detulit, vel quod ipse præstari censet, in sententia imponit, vel ante sententiam præstari jubet, deinde sententiam dicit, id est, sententia vel sequitur, vel præcedit jusjurandum. Si Judex sua sententia jusjurandum imposuerit, quæritur an ab ea possit appellari, ut si ita pronunciarit, *solvi, aut jurari?* Et videtur jusjurandum exigi debere confestim: quoniam

peri-

periculum est, ne si res trahatur appellatione, interim moriatur is, cui jusjurandum delatum est, & heredi ejusæque non liqueat jurare. Itaque Justin. *l. pen.* hoc constituit, ut sententia imposito jurejurando ab ea non appelletur; quod hanc distinctionem recipit, ut is, cui non imponitur jusjurandum, ob id, quod imponitur alteri non appellet, is tamen, cui imponitur, appellet si velit: item constituit in *l.* 12. ut jusjurandum initio, vel medio litis ante sententiam delatum a parte, vel a judice, sub eodem judice præstetur, non exspectata sententia definitiva. At quid si recusetur ab eo, cui defertur, id est, quid si nolit præstare jusjurandum, vel præstari facta relatione? tum sequetur sententia: sed id etiam hanc distinctionem recipit. Aut enim ab adversario delatum jusjurandum ei relatum est, & delator recusat jurare, & tum judex sententiam fert, perinde ac si ex delatione esset juratum. Nec appellabitur, quia non probe delator recusat jusjurandum, cujus conditionem elegit, *l.* 34. §. *ait Prætor*, *D. eod.* Aut is, cui delatum est jusjurandum a parte, vel a judice, id recusat: quod fit, si nec velit jurare, nec referre. Quid vero tum fiet? tum judex sententiam dicet, quasi invito se recusato jurejurando: quasi contra suam voluntatem pars recusaverit jusjurandum, §. *sin autem*, *l.* 12. ubi quidam codices recte habent, *nolente eo*. Male alii, *volente*. Quod perturbavit Accurs. *Est* in eo verbo sæpe error, ut & *l.* 1. §. *si vir. uxori*, *ff. de acq. poss.* ubi ait, *Marit. ubi noluit possid. amit. possess.* Græci legunt, *l.* 50. *Basilic. tit.* 2. πόπε θέλει ἀνήρ: *ubi voluit maritus*. Igitur in proposito judex sententiam fert quasi invito se recusato jurejurando, id est sententiam feret quasi in confitentem. Recusatio jurisjurandi est confessio manifesta, *l.* 38. *ff. eod.* At ab ea sententia poterit appellare is, qui jurejurando adigebatur, quia fieri potest ut justa sit causa recusationis, ideoque condemnatus, quasi ex recusato jurejurando, quod deferebatur, potest appellare. Videamus, quæ sit justa causa recusationis, forte impius pio jusjurandum defert, quæ conditio, sive πρόκλησις est inæqualis, *Arist. in fin. lib.* 1. *Rhet.* Et est perinde atque si valens imbecillum & debilem invitaret ad pugnam, cum scilicet impius pium provocat ad jusjur. *l. ult. inf. de fide inst.* ubi Justinianus tradidit hunc ritum juris. Cum impius pio defert jusjurandum, is nimia religione deterretur à jurejurando, & tutum non est impio idem jusjurandum referre. Itaque justa est causa recusationis, de qua æstimabit appellationis judex. At si pares sint litigatores, pii aut impii, non erit justa recusationis causa: qua de re æstimabit etiam appellationis judex. Potest etiam justa esse causa recusationis, si is, qui detulit jusjurandum, & revocavit, rursus deferat, *l.* 11. *sup.* Item si conceptio jurisjurandi displiceat: potest enim conditio non displicere, cum tamen conceptio, & formula displiceant. Quia igitur fieri potest, ut justa sit recusationis causa, condemnatus quasi ex recusato jurejurando, cum ei deferretur, appellare potest. Ad summam sic omnia procedunt. Jusjurandum necessarium, id est, quod refertur, non potest recusari ab eo, cui jurare liquet, quod autem defertur a parte, vel a judice, justa ex causa recusari potest. Item quemadmodum secundum delationem adversarii sententia imposito jurejurando, vel etiam præstito, & postea secundum jusjurandum sententia dicta, delator non appellat: ita si vincatur delator, vel damnetur quasi recusato jurejurando, quod ei relatum fuerat, non appellabit: quia videtur a se ipso appellare, aut ab eo, quod ipse elegit & petiit: & hoc est quod ait in §. *sive autem*, in verbo *sive recusatum*, cum scilicet referretur, ita omnino legunt Græci, εἴτε ἐκ παραιτήσεως, &c. *sive ex recusatione consequuta fuerit sententia*: male quidam legunt *relatum*. Victus autem & damnatus quasi recusato jurejurando cum deferretur, potest appellare. Excipitur casus *l. ult. inf. de fideicom.* In quo recusatio nullo modo permittitur favore fideicommissorum. Sed hæc omnia

A traduntur de præsentibus litigatoribus. Quid autem fiet, si is, cui defertur jusjurandum, absit, ut quia litigat per procuratorem? Domino defertur jusjurandum, non procuratori, cui non liquet jurari. Quid fiet? an venire debet in judicium jurandi, vel referendi, vel recusandi causa? Regulariter necesse est, ut veniat in judicium intra tempus, quod definierit judex pro locorum intervallo. Per procurationem enim nequit jurare, id est, procurator ejus nomine recte non jurat. Jure tamen Pontificio hodie per procuratorem juratur. Valerius Flaccus creatus Ædilis, cui necesse erat ut juraret in leges, cum non posset jurare, quia erat Flamen Dialis, ex Plebiscito admissus est, qui pro eo juraret: jure singulari: regulariter secus. T. Livius lib. 31. in fi. Sunt tamen quidam, qui propter sexum, vel propter dignitatem, aut
B valetudinem non coguntur venire si absint, sed ad eos mittitur domum ut jurent, *l. ad personas*, *de jurejur. l.* 2. §. *fin. autem*, *sup. de jurejur. propter cal.* Ii non jurant per procuratorem, quamvis sint in dignitate positi, & valetudine laborent. Et hoc est quod ait in fine hujus legis. *Arbitrio judicis si absit is, cui est delatum jusjurandum, vel jusjurandum præstat in domibus, aut templis*. In domibus, si sint in dignitate constituti. Et præstari utroque casu tactis sacris Evangeliis, quod semper requirit Justinianus in Novell. Itaque ut Græci legunt, ita videtur legendum, *sive in domibus sacris scripturis tactis, seu in sacrosanctis oratoriis*: Nam ita interpretantur, *seu in domibus, seu templis*; ita tamen ut qui jurat, tactis sacris juret. Prærerea additur, ut dum præstatur jusjurandum ab eo, qui peregre abest, recte præstetur, aut recusetur, aut refe-
C ratur μονομερῶς, id est, ab una parte altera absente. Cui igitur delatum est jusjurandum, jurabit altera parte præsente, aut ejus procuratore. Quod si absit altera pars, quæ detulit, non ideo minus recte jurabit. Sententia autem non recte fertur μονομερῶς. At jusjurandum præstitum μονομερῶς valet: hujusmodi semper est jusjurandum in litem: Nam id semper præstatur non vocata altera parte. Itaque eleganter Græci vocant hoc jusjuran. μονομερῆ ὅρκον, *l. arbitrio*, *de jurejur.* Postremo sumptus in eam rem factos, ut viatica dum mittitur ad eum, qui jurare debet, vel etiam pro actis: nam acta conficiuntur de jurejur. præstito vel relato, vel remisso: hos, inquam, sumptus factos in eam rem agnoscet arbitrio Judicis, altera pars victa: vel etiam inquit, utraque pars agnoscet, cum judex neminem damnandum censet expensarum nomine:
D Nam quas quisque impensas fecerit sibi imputabit. Ad id exprimi sententia est necesse, alioqui victus semper tenetur expensarum nomine, Nov. 82.

Legem ult. explicui supra in l. 1.

AD TITULUM II.

SI CERTUM PETETUR.

E HUJUS libri primus tit. est de rebus cred. & jurejur. sub eo tamen de jurejurando tantum tractatur: causam illius reddidi in illo titulo. De rebus autem creditis tractatur sub hoc titulo, si certum petatur. Ideoque in Pandect. ita concipitur, *De rebus credit. si certum pet.* Vulgo ab omnibus existimatur pertinere ad universam partem tertiam ff. quæ constat 8. libris. Moventur *l.* 1. *ff. eod.* quæ lex ait, sub eo titulo prætorem inseruisse multa jura ad varios contractus pertinentia; crediti nomen esse generale, & nomen rei, denique eum titulum esse generalem: moventur ex eo, quod Justin. eam partem Digestor. vocat *de rebus*, *in constit. de conceptione, & confirm. Pandect. sup. l. un. de veteri jure enucl.* At ego his argumentis non moveor: Nam primum est fallacia, si quis ita argumentetur: Titulus de rebus creditis si certum petetur est generalis, ut dicit

l. 1.

l. 1. Ergo pertinet in universum ad tertiam partem Pandectarum, vitiosa est collectio, quod possit esse generalis, id est, multa & varia complecti, nec tamen referri ad universum corpus tertiæ partis Pandectar. Vitiosa etiam est hæc argumentatio: Tertia pars ff. vocatur *de rebus*. Ergo tota est de rebus, cum possit aliud vocari, aliud esse; ut qui dant operam *libro* 20. 21. *&* 22. *ff.* auctore Justiniano vocantur Papinianistæ, a primis legibus titulorum libri 20. quæ sunt Papiniani: non tamen ideo soli Papiniano operam dant, sed etiam Ulpiano, & reliquis. Ita tertia pars ff. vocatur *de rebus* a primo titulo: non tamen ideo tota est de rebus. Sunt in ea parte tituli *de jurejurando*, *de in litem jurando*, qui nil pertinent ad res creditas. Sunt tituli *de condict. indebiti*, *ob rem dat. & sine causa*, quæ nascuntur ex æquo & bono, non ex contractu, aut ullo credito. Et ideo non competunt illæ condictiones, nisi quatenus is, cum quo agitur, factus est locupletior. Dico igitur eum titulum *de rebus credit. si certum petetur*, generalem esse, non quod sequentes titulos complectatur, & totam 3. partem ff. sed quod sub eo titulo prætor proposuerit primum certi condictionem, quæ late patet, quæ ex omnibus contractibus datur, *l. certi*, *§. quomodo*, *eod.* quæ quidem certi condictio in illo titulo his verbis significatur, *si certum pet.* ut alibi, *si usufructus pet.* quibus verbis vindicatio usufructus significatur. Actio si certum petatur late patet, *l.* 1. *ff. de interrogat. in jure fac.* & nihil aliud est, quam certi condictio, qua non tantum pecunia numerata petitur, sed etiam alia quælibet res certa credita. Quint. *lib.* 4. *cap.* 2. ad eam respicit, *certam*, inquit, *pecuniam creditam peto ex stipulatione*, item *lib.* 12. *cap.* 10. *Interdictis & sponsionibus, ac de re certa credita*. Ideo in *l. certum*, *ff. eod. tit.* quæ lex explicat quid sit certum, propter illa verba *si cert. pet.* ejus definitio complectitur non tantum pecuniam numeratam, sed & species etiam & corpora. Et in C. Theodos. duo sunt tituli, *si certum petatur de chir.* & alius, *si certum petatur de suffragiis*, qui pertinent etiam ad alias res, quam ad pecuniam numeratam. Verum sunt, qui putant, actione *si certum petatur* pecuniam tantum numeratam peti, non aliam rem, licet sit certa. Et pro iis facit *l.* 1. *ff. de condict. tritic.* quæ prima specie id videtur affirmare, nisi dicamus in ea lege 1. condictionem triticariam comparari cum condictione certi, quod verius est, & notavit etiam Accurs. in ea l. 1. Hoc modo utraque est generalis in hoc conveniunt. Ceterum condictione triticaria pecunia numerata non petitur: Certi condictione sive actione si certum petetur petitur etiam pecunia numerata. Ex quo male idcirco colligunt, solam pecuniam numeratam peti actione si certum petatur, cum id dicatur comparatione condictionis triticariæ, qua non petitur pecunia numerata, sed aliud quidlibet. Est etiam alia differentia, quod certi condictio certum duntaxat condicat: triticaria, & incertum, ut servitutem, possessionem, *l.* 1. *&* 2. *de condict. tritic.* In lege 1. ea actio appellatur *triticiaria*, ut in Pandect. Flor. est scriptum, id titulo appellatur *triticaria*, & a Græcis quoque, a tritico scilicet (ut opinor) re omnium, quæ per eam actionem petuntur nobilissima, ut dicuntur *sementes triticariæ* in antiquo Kalendario Romano. Ergo sub titulo *de reb. cred. si cert. pet.* prætor proposuit certi condictionem generalem: proposuit deinde condictionem specialem ex mutuo: de qua potissimum eodem titulo agitur. Et ideo ibi additur *& de condictione*, id est, de actione etiam ex mutuo. Justinianus hoc probat §. 1. *quibus mod. re contrah. obl. ex mutuo*, inquit, *nascitur actio, quæ vocatur condictio*, ut in illo titulo. Male quidam addunt certi condictione: condictio enim est repetitio pecuniæ creditæ sive mutuo datæ: sic Græci dicunt condictitia, *ὁ ἀπαιτητικὸς λόγος τοῦ δανείου ἰδίως*. Ergo in eodem titulo Prætor proponit certi condictionem generalem, & condictionem specialem ex mutuo. In sequen. titulis proponuntur aliæ quædam condictiones, ut *in-*

A *debiti*, *ob rem dati*, *& sine causa*, *& furtiva*, cui est proxima condictio *rerum amot.* quæ tamen est rejecta in quartam ff. partem, ubi agitur de dotibus. Item condictio ex lege, *& triticaria*. Inter condictiones Græci quoque numerant condictionem *bene depensi*, his verbis: *Condictio de bene depensis*, *τουτέστιν ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος*. De ea condictione nihil in Pandect. quod exolevisset. At in sentent. Pauli est de ea aliquid *lib.* 1. *tit.* 19. dum ait, quasdam actiones ex inficiatione crescere in duplum, ut *judicati*. Hæc si reus inficietur crescit in duplum. Item *depensi*, ut si quid procurator, vel gestor bene dependerit in rem domini, habet condictionem bene depensi: quod si inficietur dominus, id est, si nolit depensum agnoscere, crescit in duplum: inficiatio it in duplum: Et ideo specialiter de bene depensis proposita B fuerat condictio: Sub eo titulo *de rebus cred. si cert. pet.* edixit etiam prætor de aliis quibusdam, ut de commodato & pignore, ut ait *l.* 1. Non dicit lex Prætorem edixisse de mandato, aut deposito, aut societate, aut empto, vendito, locato, conducto: de quibus tamen in ea ff. tertia parte edicta proponuntur: sed dixit tantum, sub eo tit. Prætorem edixisse de commodato, & pignore: quia ille titulus non profertur ad universam tertiam Digestorum partem, sed suis finibus continetur. Eo autem titulo una cum certi condictione, & condictione speciali de commodato, & pignore aliquid fuit insertum, non de aliis contractibus. Postremo sub eo titulo prætor edixit de jurejur. Et ideo in sententiis Pauli lib. 2. & in tit. 1. hujus libri additur, *& de jurejurando*. Tractatur autem ibi prius de solo jurejurando ob honorem religio- C nis. At quod diximus de hoc titulo, idem est existimandum de titulo *de Judiciis, & ubi quisque agere*, scilicet non esse titulum eum totius secundæ partis generalem, sed specialem, in quo tractetur *de judic. accipiendis & contestandis*, *de officio judicis*, *de foro compet.* de quibus nihil in sequentibus titulis 2. partis. Theophil. tit. *de offic. judicis* vocat de judiciis: in §. *quædam*, *de actionibus*, in Græco scilicet: non in versione latina. Temere etiam quidam ad quintam partem D. apposuerunt titulum de testam. quasi ejus quintæ partis generalem. Male. Repugnant Pandectæ Florent. & constitut. Just. scilicet illæ de confirm. Digest. in quibus ceterarum partium singulos libros singulas partes appellat. Unde illud quæri dignum est, cur prima pars ff. habeat propriam appellationem *τῶν πρώτων*, secunda item de *judiciis*, tertia *de rebus*: cete- D ræ partes ff. non habeant propriam appellationem: sed *singuli earum libri singulares* dicuntur. Id demonstrat Constitutio Justinianæa de confirmatione Pandectarum, ex qua constitutione auditoribus juris, prima, secunda, tertia pars ff. explicatur quælibet integra, vel (ut ipse ait) *continua serie*, sed & nulla penitus derelicta. Itaque singulæ hæ partes propria appellatione demonstrantur. Prima *πρώτων*, quod nulla alia præcedat: secunda *de judiciis*, ob primum titulum, non quod sit tota de judiciis: tertia *de rebus* a primo tit. reliquæ partes Digestorum secundum Justiniani constit. non explicantur integræ, non continua serie, sed abrupta, ideoque propriam appellationem non habent, sed singuli eorum libri dicuntur *μονοβίβλια*. Si quarta pars ff. quæ constat octo libris, explicaretur uno contextu & tenore, integra E appellaretur a primo titulo de pignoribus, sed quia explicatur abrupte & inordinate, ideo singuli ejus libri singulares dicuntur.

Ad L. I. Neque æquam, *neque usitatam rem desideras, ut æs alienum patris tui non pro portionibus hereditariis exsolvatis tu & frater coheres tuus, sed pro æstimatione rerum prælegatarum, cum sit explorati juris, hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere. Quod nec tu ipse ignorare videris: cum creditoribus, secundum formam veteris juris, pro portione tua caveris.*

Pri-

PRimæ legis species hæc est: Pater duos filios heredes scripsit, singulis quædam prælegavit, ut ea haberent præcipua : unus ex eis mortuo patre cavit creditoribus hereditariis pro portione sua : nunc postulat a principe, ut non ex hereditariis portionibus ipse & frater coheres æs alienum patris agnoscant, sed pro modo rerum prælegatarum. Cautio, quam præstitit, est secundum formam veteris juris, quia cavit pro portionibus hereditariis: veteris juris, id est, lege 12. tabularum: Nam hoc est ex 12. tabul. ut actione si certum petatur heredes tantum teneantur pro portione hereditaria. Hæc obligatio ipso jure dividitur ex 12. tabul. *l. ult. inf. de hered. act. l. pacto, sup. de pact. l. 7. sup. famil. ercisc. l. heredis, §. idem juris, ff. famil. ercisc.* quod vocatur alibi lex antiqua, *l. 1. inf. de except.* & jus civile, *l. si te bonis, inf. de jure delib.* Cum ergo cavit pro sua portione, secundum 12. tabulas cavit: desiderium tamen ejus est contra 12. tabulas; nam ex 12. tabulis heredes debitoris hereditariis creditoribus tenentur pro portione hereditaria, non pro ratione prælegatorum, *l. 35. ff. de hered. instit.* Legatarii, & prælegatarii non conferunt ad æris alieni solutionem, ad Falcidiam conferunt. Deducto prius ære alieno, ex eo quod superest, legata, & prælegata sumuntur, & solvuntur. Itaque sunt pura sæpe, id est, sine onere æris alieni, & solvuntur purgato patrimonio defuncti. Verum quod dicitur ex 12. tabulis heredes teneri pro portione hereditaria, hoc ita procedit, si conveniantur certi condictione, non si incerti, & si conveniantur in personam, non in rem, *l. 1. ff. de interrog. in jure fac.* si conveniantur incerti, puta ex stipulatione iter dari, vel ex stipulatione opus fieri, quæ obligatio est individua & incerta, singuli heredes tenentur in solidum plerumque, *l. 2. §. ex iis, l. in executione, ff. de verb. oblig.* Rursus si agatur in rem, qui possidet rem, in solidum tenetur, damnaturque in solidum, vel pro qua parte possidet, non pro parte hereditaria; nam hanc actionem possessio parit, *l. si possessor, ff. de rei vindicat. l. 2. §. ult. de prætoriis stip.*

Ad L. II. Quamvis pecuniam *tuam Asclepiades suo nomine crediderit, stipulando tamen sibi jus obligationis quæsivit. Quam pecuniam, ut possis petere, mandatis tibi ab eo actionibus consequeris.*

HÆC l. est de eo, qui alienam pecuniam mutuam dat suo nomine, quod sæpe faciunt procuratores & gestores, interdum curatores & tutores. Is autem, qui id facit, ex numeratione condictionem non habet, quia alienæ pecuniæ datione mutuum non contrahitur; quia dominium accipientis non fecit, quod in mutuo desideratur. At ex consumptione condictionem habet. Consumptio conciliat mutuum, quod numeratio non conciliarat, *l. si ego 18. l. non omnis, in fin. & l. nam etsi fur, de reb. cred. l. si quis pro eo, §. si nummos, ff. de fidejussor.* Denique exstans pecunia ab eo condici non potest, consumpta potest. Quod est accipiendum de condictione certi. Nam exstantem pecuniam puto ab eo etiam condici posse, incerti tamen, ut scilicet, vel possessio reddatur, quam habuit ante pecuniam numeratam, dominium quidem non transtulit in accipientem, sed possessionem, quam incerti condicet, extante pecunia non consumpta, argumento *legis indebiti, §. sed etsi nummi, de condict. indeb.* quod si is, qui alienam pecuniam suo nomine credidit, eam sibi reddi sit stipulatus, tunc habet certi condictionem ex stipulatione, ut in *h. l.* non ex numeratione, vel consumptione, non aliter quam si suo nomine suam pecuniam creditam sibi stipulatus fuisset, nam & tunc haberet tantum condictionem ex stipulatione, non ex mutuo, *l. 6. & 7. ff. de novation.* Nunc videndum est an actio competat pecuniæ domino. Certe ex numeratione, vel consumptione dominus pecuniæ condictionem non habet, quia utraque est ex mutuo. At mutuum non est contractum ejus nomine. Ergo non habet condictionem ex mutuo, non habet etiam ex stipulatione, cum etiamsi is, qui numeravit pecuniam suo nomine ei stipuletur, nihil agat. Alteri enim stipulamur inutiliter: alieno tamen nomine non credimus inutiliter: Hoc jure singulari receptum est, ut si tuo nomine credam pecuniam, tibi acquiram actionem, cum tamen si tuo nomine stipuler, eam tibi non acquiram : verum habet alias actiones pecuniæ dominus, nimirum exstantis pecuniæ vindicationem, & de male pecunia consumpta actionem ad exhibendum, *l. rogasti in fin. ff. de rebus credit. & §. nunc admonendi, Instit. quibus alien. lic. vel non.* Idem etiam dominus pecuniæ habebit condictionem ex consumptione, & stipulatione directam, si is, qui pecuniam suo nomine credidit, vel qui eam sibi reddi stipulatus est, eam actionem illi cesserit & mandaverit: ex cessione habebit condictionem ex stipulatu, vel mutuo directam, *h. l. 2.* imo vero habebit etiam condictionem ex stipulatu, & ex mutuo sine cessione, argumento *l. 4. inf. h. t. l. si & me & Titium, ff. de rebus cred.* Ita etiam videtur Cyno & Bartolo. Nec obstat si dixeris, hanc actionem utilem tantum pupillis dari, vel adolescentibus, vel mentecaptis, & militibus, quorum pecuniam alius suo nomine credidit. Videtur tantum illis personis hæc actio utilis dari, non aliis, *l. 2. ff. quando ex facto, &c. l. si pecuniam, ff. de reb. cred. l. 6. sup. de rei vind.* Idque ita verum est, his personis actionem utilem dari, seu is, qui pecuniam eorum numeravit, sit solvendo, seu non. At aliarum personarum pecunia credita, ejus, quorum pecunia est, utilem condictionem non dabimus, nisi cum is, qui numeravit, non est solvendo, id est, cum dominus pecuniæ, actione mandati, vel negotiorum gestorum ab eo propter inopiam ejus suam pecuniam servare & consequi non potest. Hoc plane casu domino pecuniæ dabimus utilem actionem, sine cessione adversus eum, qui pecuniam accepit, argumento *l. uxor a marito, de donat. inter vir. & uxorem.* Sic e contrario ex l. 4. hujus tit. si negotiorum gestor absentis pecuniam ejus nomine crediderit, non proprio, & is nomen improbaverit, id est, si nolit agere cum illo debitore, tum gestori dabitur condictio directa ex cessione, id est, si dominus eam ei cesserit, vel etiam sine cessione utilis, *d. l. 4.* Non est illud omittendum, quod hic Accursius tradit hac lege. Cum quis credidit alienam pecuniam suo nomine, & ipsum & dominum pecuniæ habere actionem : Nam dominus pecuniæ habet vel vindicationem, vel utilem actionem. At agente domino tuendus debitor adversus eum, qui numeravit, ne duobus ejusdem summæ nomine teneatur.

Ad L. III. Eos, qui officium *administrant, neque per se, neque per suppositas personas, tempore officii sui in provincia fœnus agitare posse, sæpe rescriptum est.*

IN l. 3. hoc tantum ostenditur : Præsides provinciarum, vel procuratores Cæsaris in provinciis exercere non posse fœnus tempore sui officii: Nam ii honores erant annui: addendum etiam eos non posse mutuam pecuniam neque gratuitam dare, *l. principal. de reb. cred.* ne scilicet inde aliquid tacite semper extorqueant a Provincialibus. Qua ratione etiam ibi non possunt negotiari, nec emere, *l. non licet., l. cum officii, de contr. empt. l. un. C. de contr. judicum:* nec donata consequi. Verum aliud servatur in apparitoribus eorum & officialibus : Nam ii fœnus exercere, & mutuam pecuniam possunt dare, *l. 34. præsidis, ff. de reb. cred.* Lex utitur hac ratione, quia sunt perpetui, id est, perpetuo manent in provincia, & singulis quibusque præsidibus ad tempus parent, *l. 59. C. Theod. de appellat.* Præses apparitores secum non ducebat, sed sumebat in provincia, in qua erant certi & statuti apparitores præsidum. Si iis non licet fœnerari, aut mutuum dare in perpetuum ratione officii, quod est perpetuum, interdicetur eis commercio mutui, quo maxime humana vita indiget. Ob id licet

cet eis mutuum dare & fœnerari. At quæritur an præses possit mutuum sumere, & *d. l. præsidis* ait posse. Opponitur *l. quisquis*, *infra h.t.* ex qua colligunt præsidem etiam non posse sumere mutuam pecuniam, quod esset illi auferre subsidium inopiæ. At non est ita. Duo tantum casus proponuntur *in l. quisquis*, quib. is, qui pecuniam credidit præsidi, coercetur: unus est, si pecunia credita præsidi, in provincia versetur is, qui credidit quasi mercator legum, & provinciæ, id est, πρόξενος, & quasi a præside jus ad suam voluntatem nundinari possit, quasi a præside quidvis obtinere possit, quem obæratum habet. Si ita versetur in provincia quasi quidvis possit in præsidem, ipse relegatur, non judex, qui pecuniam sumpsit ut suæ inopiæ consuleret, & nihil admisit. At coercetur etiam judex, si collectarius honorem ambienti pecuniam crediderit, qua honorem emeret, quo casu uterque relegatur, & qui sumpsit, & qui dedit: collectarius, id est, nummularius. Symmachus *Epist.* 42. *lib.* 10. quos initio vocat collectarios, postea dicit nummularios. Igitur ea *lege quisquis* coercetur emptor honorum & potestatum, & qui pretium honorum ei mutuum dat. Id non est omittendum, magistratus a reis sumere turpiter mutuam pecuniam, *Gellius lib.* 12. *cap.* 12. Sunt qui dicunt, sumere mutuum proprie dici eos, qui non sunt redditurі. Sic intelligunt illum versum *in Suetonii Cæsare*, *heic sumpsisti mutuum*: at id certum non est: putant etiam in *l. scriniarios*, *inf. de num. & actu. lib.* 12. usum mutuæ pecuniæ interdici scriniariis & numerariis præfectorum prætorio, & male: Nam ea lex est scripta ad præfectum prætorio. Nam si licet præsidibus mutuam pecuniam sumere, licebit etiam præfecto prætorio: si eis, cur non & eorum officialibus? sed lex ait, ut præfectiani, id est apparitores præfecti prætorio pro expensis publicis non cogantur mutuam sumere pecuniam, vel se obligare, vel etiam promittere aut polliceri pecunias, ne officio deposito damnum sustineant. At mutui usus non interdicitur, sed ne cogantur mutuum sumere pro expensis publicis.

Ad L.IV. Si absentis pecuniam, &c. Explicui supra in l. 2.

Ad L.V. Si non singuli in *solidum accepta mutua quantitate, vel stipulanti creditori sponte vos obligastis (licet uni numerata sit pecunia) vel intercessionis nomine hanc pro reo suscepistis obligationem; frustra veremini, ne ejus pecuniæ nomine vos convenire possit: quam alii mutuo dedit, si intra præstitum tempus rei gestæ quæstionem detulistis. Ac multo magis inanem timorem geritis, si pecunia numerata, oleum susceptum instrumento sit collatum: cum si reddendi stipulatio nulla subjecta est, & hujus rei est habita solemnis contestatio, in suo statu remanente eo, quod vere factum intercessit, ex olei accepti scriptura nihil debere, manifestum est.*

Duo rei debendi quemadmodum constituantur stipulatione notissimum est: si singuli separatim eandem rem stipulatori promittant, vel si pro reo principali singuli in solidum fidejubent. At quemadmodum ex mutuo duo rei debendi constituantur, non satis constat: quinimo videntur non posse constitui, cum non possit duobus pecunia ita dari, ut dominium ejus penes duos sit in solidum: quam dubitationem adfert Accurs. verum quia duo te rogarunt pecuniam mutuam, id agebatur, ut singuli tibi in solidum obligarentur: uni pecuniam numerasti, duobus in solidum numerari non potuit, duo sunt rei debendi, qui te rogarunt. Et generaliter cum id agitur, ut numeratione uni facta, singuli in solidum teneantur: ita ex mutuo fiunt duo rei debendi, sive ambo promiserint, se eam pecuniam soluturos, sive non, & is, cui pecunia non est numerata, non habet exceptionem non numeratæ pecuniæ. Satis enim est, quod uni sit numerata, *l.* 4. *inf. de duobus reis*. At si id non agatur, ut numeratione uni facta, singuli in solidum obligentur, aut si ambo non A promittant stipulanti, vel si pro reo principali ambo non fidejubeant, non sunt duo rei. Et licet instrumento sit comprehensum, duobus fuisse pecuniam numeratam, tamen is, cui non est numerata, habet exceptionem pecuniæ non numeratæ, quam debet contestari intra præscriptum tempus, id est, intra quinquennium ex veteri jure, vel ex constitut. Justin. intra biennium: post biennium sequimur instrumentum, nec locus est exceptioni: contestanda est igitur intra biennium: contestatione perpetuatur, *l. ult. de condict. ex lege*. Et querela potius, quam exceptio, cum etiam nullo agente contestetur. Querela igitur est, & contestatio non sumptæ pecuniæ. Similiter si numerata pecunia instrumento sit comprehensum oleum mutuo datum esse, intra præstitutum tempus competet exceptio non dati olei. B Quod ita procedit, nisi is, qui pecuniam mutuam sumpsit, pro ea stipulanti promiserit se oleum redditurum, *l. eo quod*, *infra*, *h. t.* Et est quod ait *l.* 5. *cum si reddendi stipulatio nulla subjecta*, &c.

Ad L.VI. Si ex pretio debitæ quantitatis *facta novatione per stipulationem, usuras licitas ab eo, contra quem supplicas, stipulatus es, falsa mutuo datæ quantitatis demonstratio præmissa, cum obligationis substantia non defecerit, quo minus usque admodum placitum usuræ possint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis, tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est, & ejus præstari fœnus convenit: simulatis pro infectis habitis, hujusmodi placitum nihil de præcedenti mutavit obligatione.*

Ad L.VII.

C Species hæc est: Debes mihi pecuniam ex causa venditionis: novandi animo eam sic de te stipulor, quod te mihi dare oportet ex causa mutui, id dare spondes cum usuris semissibus? Error est in causa obligationis: Nam quod mihi debetur ex causa venditionis, stipulor quasi debitum ex causa mutui. Hic error non vitiat stipulationem, nec impedit novationem, quia aliqua existit obligatio: si vero nulla prorsus extitisset obligatio, indebitum esset, argumento *leg. indebitum* 47. *D. de cond. indeb.* si modo id non scivisset promissor, *l. fideicommissum*, *ibid.* existit, inquam, obligatio, si non mutui, ut falso præmissum est, at certæ venditionis, quæ in stipulationem transfertur. Et, ut ait hæc lex, non deficit substantia obligationis, quæ dicitur constantia debiti, *l.* 11. §. *si rem suam*, *de leg.* 3. Igitur novatio D fiet, etsi falso præcedentis obligationis causa sit expressa, id est, pro vendito mutuum. At quæro quid sit, si sine stipulatione ita convenerit pacto nudo, quod mihi debes ex causa mutui, cum usuris semissibus dabis: ita convenit sine stipulatione. Et placet ex hac conventione non novari obligationem empti venditi. Obligationem non novat obligatio. Pacti nudi nulla est obligatio. Igitur permanet eadem obligatio. Puto tamen usuras, de quibus illo pacto convenit, venire in judicium ex vendito, quod non novatur, *l. qui negotia*, *ff. mand.* quod Accurs. non animadvertit. Id autem hoc modo, quem proposui, non convenit, ut pecunia, quæ debebatur ex vendito, mutua fieret, sed adscripta falsa causa obligationis, puta mutui, convenit de usuris: verum si ita convenisset, ut ea pecunia fieret mutua, quod E tamen non ita proponitur in hac lege an fieret mutua? Accurs. existimat *l. adversus*, *inf. de non num. pec.* probari mutuam fieri ex conventione pecuniam, quæ debebatur antea ex alia causa: quia lex ait, *cum ex præcedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur*. Sed eo loco *chirographum*, id est in stipulationem, non in creditum. Id tamen aperte probat *l. singularia*, *D. de rebus credit.* Species est: Si ei, qui mihi pecuniam debet ex causa mandati, eam creditam volo, creditum fit. Ergo si ei, qui mihi debet pecuniam ex causa venditi, creditam volo, creditum fiet. Initio lex ait, *quædam singularia*, id est, contra jus commune, *esse recepta circa pecuniam creditam*, propter ejus usum crebrum & necessarium. Jure communi mutuum non contrahi-

trahitur, nisi nummos meos acceperis; jure tamen singulari est receptum, ut mutuum contrahatur, si debitorem meum jussero tibi solvere pecuniam, dum eam tibi volo credere, & eam acceperis ab eo debitore: mutuum contrahitur, licet meos nummos non acceperis. Idemque est, si alium, quam debitorem meum jussero tibi dare meo nomine, & is dederit, vel etiamsi alius ultro me ignorante tibi pecuniam dederit meo nomine, ego videor tibi credidisse, licet nummos meos non dederit, *l. certi*, §. *si mummos*, *eod. tit.* quod fictione quadam sustinetur, quasi videar ipse nummos dedisse: ex eo, quod receptum est, Ulp. colligit in *d. l. singularia*, mutuum contrahi (quod tamen non ita est receptum omnium consensu) si pecuniam, quam mihi debes ex mandati causa, in causam crediti te habere volo, & mihi debere. Nam & hæc est ratio Ulpiani: si dum nummos mihi ab alio debitos accipis, meos videris accipere, cur etiam, dum nummos a te mihi debitos usurpas, non videris meos nummos usurpare? Denique cum utroque casu mutuum non contrahitur, si per debitorem meum hoc fit, cur non fit etiam per teipsum, qui es debitor meus? Cur non admittitur fictio in hac specie, quæ in illa est recepta? Hæc est ratio Ulpiani. Cum quo pugnat Africanus, *l. qui negotia*, *ff. mand.* Et certe pugnat, ut ex veteribus Fulgosius, ex novis Molinæus adverterunt: cujus sententiæ duo sunt argumenta. Primum, quod dicit Africanus *d. l. qui negotia*, aperte opinionem Ulpiani refellit, & rationem, qua Ulpianus utitur; itaque plane ei est animus contradicere. Alterum est, quod in alia etiam re, in eadem lege dissentit ab Ulpiano. Species *l. qui negotia* hæc est: Pecuniam mihi debes ex causa mandati, ex negotiorum meorum administratione, forte quia pecuniam exegisti a debitoribus meis, ut meus procurator: convenit, ut eam pecuniam, quam mihi deberes ex mandato, quasi creditam debeas cum usuris semissibus. Quæritur, an credita fiat? Africanus ait, nuda conventione pecuniam creditam non fieri. Obstant duo: primo, quod si pecuniam, quam mihi debes ex causa depositi, creditam volo, mutuum contrahitur, *l. certi*, §. *ult.* & *l. seq. ff. de reb. cred.* & quidem solo consensu. Sed hoc casu nummi depositi mei erant, & qui mei erant tui fiunt. Ex causa autem mandati nummi nondum erant mei, quia nondum traditi. Nummorum non meorum creditum non fit nudo pacto. Obstat secundo ratio, qua utitur Ulpianus *in l. singularia*, mutuum contrahi, si a debitore meo mea voluntate nummos accipis. Cur ergo non est etiam in hac specie? ita respondet Africanus, id hoc tantum casu benigne esse receptum usu & consensu omnium, ut mutuum fiat, si mea voluntate a debitore meo nummos acceperis, licet meos verum sit te non accepisse, id est singulare: ideo non est hoc temere trahendum ad consequentiam, & ad casus alios. Itaque non dicemus mutuum contrahi, si pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, creditam volo. Item non dicemus mutuum contrahi eadem ratione, si ego tibi dedi rem vendendam, ut pretio utereris, quasi credito; qua in re & Africanus adversatur Ulpiano, qui putat etiam hoc casu mutuum contrahi, *l. rogasti, de reb. cred.* Ulpiani sententia nititur fictione quadam & utilitate, ideo tutius est eam sequi propter utilitatem. Africani sententia nititur mero jure, quo quidem jure mutuum contrahitur re, id est, traditione propriæ pecuniæ, non pacto. Pacto quidem fieri hoc potest, ut pecuniæ redactæ ex ea re, quam tibi vendendam dedi, ad te pertineat periculum: idque videtur agi, cum id agitur, ut eam retineas mutui jure, propterea quod in mutuo pecuniæ periculum est semper debitoris, *l. incendium*, *inf. hoc tit.* Et ob id ex hoc etiam pacto pecuniæ periculum ad te pertinebit, & pecunia tamen non erit mutua. Idem dicendum est, si pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, creditam volo: Nam periculum pecuniæ ex ea conventione ad te pertinebit, quod etiam admittit African. mutua tamen pecunia non fiet. Ideoque usuræ etiam, de quibus illa conventione cautum est, venient in actionem mandati, quod sit bonæ fidei, id est, judex addictus actioni mandati habebit rationem usurarum, de quibus convenit, quæ tamen non deberentur ex nuda conventione, si pecunia esset credita: nam in mutuo nunquam veniunt usuræ ex pacto, necessaria est stipulatio usurarum, *l. idemque*, §. *si quis Titio*, *ff. mand. l. Titius*, *ff. de præscript. verb. l. 3. inf. de usur.* Itaque in illa specie non mutatur obligatio mandati, & pactum proficit ad usuras. Item ut procuratoris sit periculum, ut pecunia sit periculo mandatarii, non mutat tamen pactio causam obligationis. Postremo in mutuo non est spectandum, a quo sit pecunia profecta, sed an qui dedit, propriam dederit. Nam propriæ pecuniæ mutuum contrahitur, non alienæ. Non est quærendum qui dederit, a quo habuerit pecuniam, sed an sibi acquisitam dederit. Ita si dederit, mutuum fiet, *l. 7. hoc tit.* ubi legitur rectius, *si propriam*, id est, an propriam, Græcorum more.

Ad L. VIII. Si pro mutua pecunia, *quam a creditore poscebas, argentum, vel jumentas, vel alias species utriusque consensu æstimatas accepisti, dato auro pignori: licet ultra usuram centesimam usuras stipulanti spopondisti: tamen sors, quæ æstimatione placito partium definita est, & usurarum titulo legitima summa tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus, quod dedisti, proponis, quo minus hujusmodi quantitatis solutioni pareas.*

SI ego tibi rem vendendam dedi, ut pretio utereris quasi credito, & eam vendideris, & pretio sis usus, mutuum est ex sententia Ulpiani, & mihi competit condictio, *l. rogasti*, *de reb. credit.* Ex sententia Africani non est mutuum ex *l. qui negotia*, *mand.* sed negotium est incertum, ex quo dabitur actio præscriptis verbis. At quid si cum me mutuam pecuniam rogares, non tibi rem vendendam ea lege dedi, ut pretio utereris, sed tibi dedi rem æstimatam pro pecunia, an mutuum contrahitur? Hæc lex vult contrahi mutuum datione rei æstimatæ. Quem casum Accurs. male confert cum specie *l. rogasti*, qua mutuum non contrahitur, nisi re vendita, & demum pretio contrectato. Hoc autem casu æstimationis, mutuum contraheretur statim ab initio. Finge igitur, pro centum aureis, quos mutuo petebas, dedi tibi rem 100. aureis æstimatam utriusque consensu, etiam accepi abs te pignus minoris pretii, puta 80. Sorti, quæ est 100. non respondet pretium pignoris. An ergo eo minus condicetur ex sorte? Non: quod in fine hujus leg. proponitur. Nam etsi pignus datum pluris fuerit, non ideo tamen plus veniet in obligationem sortis, quam sit numeratum. Denique ex pignoris pretio sortis petitionem augeri vel minui non oportet. At finge, ejus sortis, vel æstimationis nomine stipulatus sum abs te usuras ultra centesimam: & ideo supra modum legitimum: Nam ante Justinianum usura legitima erat centesima, nec excedebat centesimam, *l. 1. & 2. C. Theodos. de usur.* Item etiam constat ex eo, quod Paulus scribit 2. *sentent. tit. de usur.* usuras supra centesimam solutas sorti imputari, quod scilicet supra centesimam jure non exigantur. Idem probat *l. 4. §. operis*, *ff. de naut. fœn.* si modo ita accipiatur, post diem suscepti periculi, id est, quo jam non est periculum creditoris, usuram, vel pœnam pro operis servi nauticæ pecuniæ causa non deberi supra centesimam, id est, post diem periculi jus commune servari, quo usura gravior centesima non permittitur. Idem hæc lex etiam 8. optime probat; quia hæc lex 8. quam vocat initio *centesimam*, postea vocat *legitimam*: Nam initio est legendum, *licet ultra unam centesimam*, ut scripti habent: deinde sequitur, *usurarum titulo*, *legitima tantum recte petitur*. Ita recte in Norico, non addito, *summa*, id est, usura centesima,

non quæ excedit centesimam. Videtur illa esse sententia, illam stipulationem immodicæ usuræ, in eo, quod excedit centesimam, esse illicitam: usuram centesimam tamen ex ea stipulatione peti posse, & utile per inutile non vitiari. Ideoque sortis etiam petitionem ob immodicam stipulationem usurarum non vitiari, *l. pecuniæ, in pr. & l. usuras, & l. placuit, D. de usur. l. eos, §. si quis autem, infra eodem tit.* Denique creditores sortem non amittunt, quod contra legem sint usuras stipulati, vel exegerint. Quid igitur fit? an coercentur alia pœna creditores? Non, sed quod excedit legitimum modum usurarum, si exigatur usurarum nomine, imputatur sorti, & sorte impleta repetitur quasi indebitum: nulla alia pœna jure nostro est constituta in eum, qui fœneratur supra modum legitimum: olim tenebatur in quadruplum, *l. 2. C. Theod. de usur.* quod est ex jure vetustissimo. *M. Cato lib. de re rustica*: *Majores*, inquit, *in legibus posuerunt: furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli*. Ascon. de Divinat. Cic. *Quadrupli condemnari solent aleæ, aut pecuniæ gravioribus usuris fœneratæ*. Sunt etiam qui notarunt ex 5. *ad Atticum l. Gabinia* eum, qui esset fœneratus supra modum legitimum, amisisse sortis petitionem. Hoc non continetur libris nostris. Nam creditor sortem non amittit ob usuras illicitas, neque etiam ulla pœna tenetur; sed vel reddit quod superexegit, vel imputat sorti.

Ad L. IX. Cum te in Gallia *cum Syntropho certum auri pondus, itemque numeratam pecuniam mutuo dedisse, ut Romæ solveretur, precibus adseveras; aditus competens judex, si duos reos stipulandi, vel re pro solido tibi quæsitam actionem, sive ab heredibus Syntrophi procuratorem te factum animadverterit, totum debitum alioqui, quod dedistis solum restitui tibi jubebit.*

Ad L. XII. Si in rem communem *cum Jone mutuam sumpsisti pecuniam; nec re, nec solemnitate verborum vos obligastis in solidum: & si eam post integram solvisti: de restituenda tibi parte contra Jonem experiri, ut debitum poscens, judice cognoscente potes. S. XV. Kal. Septemb. CC. Conss.*

Finge: duo pecuniam mutuam dederunt: singuli habent actionem pro parte, non in solidum, nisi facti sint duo rei credendi: fiunt autem duo rei credendi per stipulationem, si singuli in solidum pecuniam eam sibi reddi stipulentur. Et fiunt ex mutuo, id est, *re*, ut l. 9. loquitur, videlicet si id agatur, ut uno numerante pecuniam, debitor singulis obligetur in solidum: quo genere fiunt etiam duo rei debendi: re, id est, ex mutuo, *l. 5. supra*. Et omnino hac in re, quod traditur de creditoribus idem est statuendum in debitoribus ex *l. 12. §. 1.* Finge: duo mutuam pecuniam sumpserunt in rem communem: singuli tenentur pro parte, non in solidum, nisi sint facti duo rei debendi, per stipulationem scilicet, vel re, id est, ex mutuo. Igitur si cum non essent facti duo rei debendi, unus pecuniam solidam solverit, qui tenebatur tantum pro parte, partem, quam solvit pro altero, ab eo repetet actione negotiorum gestorum. Putat Accurs. *d. l. 12.* etsi fuerunt duo rei debendi, ei, qui solidum solvit, dari actionem negotiorum gestorum: quod est falsum, cum solverit pro sua obligatione, non quasi alienum negotium gerens. Verum dabitur ei, qui solvit actio pro socio, si socii fuerint, *l. 1. alias 2. inf. de duobus reis*, vel etiam ei, qui solvit solidum, dabitur actio mandati, si duo rei debendi vice mutua fidejusserint, & solverint partim suo nomine, partim fidejussorio, *l. reos, D. de duobus reis*, quæ lex ait, duos reos non inutiliter vice mutua fidejubere. Cur non inutiliter? quia ita sibi parant actionem mandati: vel etiam utroque casu, id est, sive fuerint duo rei debendi, sive non, ei, qui solvit solidum, dabitur condictio ex cessione creditoris, id est, si creditor ei suam actionem cesserit. Puto etiam utroque casu dari utilem condictionem etiam sine cessione. Et hoc significari in

A *l. 12.* dum ait, *ut debitum poscens*, id est, creditam pecuniam utili condictione: sic accipi debet. Deinde quod attinet ad speciem legis 9. non est dubium ei, qui solvit solidam pecuniam condictionem partis dari: ei, qui dedit mutuam pecuniam cum altero, licet non sint duo rei credendi, condictionem competere in solidum, partim suo, partim procuratorio nomine, si habeat mandatum: alioquin si non sint duo rei credendi, singulis competit condictio pro parte tantum; idque, seu pecunia, quam dederunt, communis fuerit, sive unius propria, in solidum: cum detur communi nomine, benigne receptum est, ut mea pecunia videatur numerata, cum meo nomine alius suam pecuniam numeravit, *l. certi, §. si nummos, D. de reb. cred.* Ergo, si quid communi nomine numeretur, uterque habet condictionem pro parte, B cum non sunt facti duo rei, licet pecunia ad unum tantum pro solido pertinuerit, nec communis fuerit.

Ad L. X. Eo quod a multis *proprii debiti singulorum obligationis uno tantum instrumento probatio continetur, exactio non interpellatur. Nam si pro pecunia, quam mutuo dedisti, tibi vinum stipulanti, qui debuerant, spoponderunt: negotii gesti pœnitentia contractum recte habitum, non constituit irritum.*

Hujus legis duæ sunt partes. In prima hoc ostendit, in uno instrumento multorum debita singulorum propria comprehendi posse, nec cuique debito seorsim suum instrumentum tribui necesse est. Non ideo interpellatur condictio, quod singula debita, singula in- C strumenta non habeant. Possunt una charta diversorum plura debita contineri. In secunda parte ostenditur, mutua sumpta pecunia, pro ea vinum condici posse, si reddendi vini stipulatio sit subjecta, *l. 5. sup.* etiamsi promissorem promissi statim pœnituerit: hæc enim pœnitentia non rescindit stipulationem jure factam. Id tantum notandum in *hac l. 10.* articulum, *Nam*, esse accipiendum παρασυναπτικῶς, quia sunt duo diversi casus.

Ad L. XI. Incendium ære alieno *non exuit debitorem.*

In hac lege debitor accipitur stricte, & proprie pro eo, qui mutuam pecuniam sumpsit, atque ita etiam creditor proprie pro eo accipitur, qui mutuam dedit pecuniam, *l. creditores, ff. de verb. signif.* creditores, inquit, D dicuntur non tantum, qui mutuam pecuniam dederunt, quia non dicuntur plerunque creditores. Sic Harmenopulus recte lib. 3. epit. scribit, creditoris & debitoris nomine plerunque dici ἐπὶ τῶν δανειζόντων, καὶ δανειζομένων. Sententia legis est: pecuniæ mutuæ periculum ad debitorem pertinere, nec mirum, cum sit ejus pecuniæ dominus. Commodatarius, depositarius, mandatarius, pecuniæ, quam ex his causis debent, periculum non agnoscunt, quia ejus pecuniæ non sunt domini, nisi pacto convenerit, ut eorum esset periculum; ut e contrario pacto fieri potest, ut mutuæ pecuniæ periculum sit creditoris, id est, ut ea pecunia amissa, debitor liberetur, quod fit in nautica pecunia, *l. periculi, ff. de naut. fœn.* & aliis etiam causis. Rursus, qui mutuam pecuniam sumpsit, eam ipsam pecuniam, quam E sumpsit, non debet, sed neque ullum certum corpus pecuniæ: Ideoque perempta ea pecunia, vel etiam consumptis omnibus bonis debitoris incendio, vel alio graviore casu, non ideo videtur periisse quod debet: nec enim debet certum corpus, sed quantitatem, quæ solo intellectu percipitur, nec perire potest: at qui debet certum corpus, ut Stichum, vel pecuniam, quæ est in arca, eo perempto ante moram, obligatio extinguitur, at perempta pecunia mutua, amissis omnibus bonis debitoris, non dicetur periisse quod debet creditori. Itaque obligatio permanet. Et hoc est quod ait, *incendium*, id est, si incendio omnia sua bona amiserit debitor, non exuitur ære alieno, quod tantum pertinet ad eum, qui mutuum accepit.

Ad

Ad L. XIII. Eum, qui mutuam *ſumpſit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam fœnori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.*

Ad L. XV. Non adverſus te *creditores, qui mutuam ſumpſiſti pecuniam, ſed ejus, cui hanc credideras, heredes experiri; contra juris formam evidenter poſtulas.*

HOc oſtendit l. 13. condictione eum teneri, qui mutuam ſumpſit pecuniam ſuo vel alieno nomine. Et eſt quod ait, licet in res alienas, id eſt licet alieno nomine. Is autem, cujus nomine eſt ſumpta pecunia, vel cujus in rem ſumpta eſt, nulla actione tenetur, videlicet ſi non ejus contemplatione creditor pecuniam numeravit. Dices, at qui meo nomine pecuniam dat mutuam, mihi acquirit condictionem, cur etiam is, qui accipit meo nomine, condictioni me non obligat? Nimirum quia quod quis dat meo nomine ego dare videor, & qui accipit, a me accipere videtur. Ideoque mihi condictio competit. At quod quis meo nomine accipit, mihi quidem intelligitur acceptum. Non tamen & datum mihi intelligitur ſtatim, niſi is fuerit animus dantis. Poteſt quis meo nomine accipere pecuniam; cum tamen creditor eam pecuniam dando me obligari nolit, ſed accipientem, cum creditor cum accipiente tantum velit negotium gerere. Quo caſu qui pecuniam accipit principaliter obligatur, non is, cujus nomine accepta eſt, non *is, cujus in rem verſa eſt.* Et generaliter qui pecuniam ſumpſit, tenetur condictione, etiamſi ſibi eam non inſumpſit, ſed alii. Is, cui eſt inſumpta pecunia, & generaliter is, ad quem quoquo modo ea pecunia pervenit, non tenetur; licet ex ea pecunia ſit factus debitor debitoris, ut quia ſumpta pecunia mutua, eam mox alteri credidit, debitor debitoris priori creditori non tenetur, *l.* 15. §. 1. poſſet hic diſputari an debitor debitoris poſſit conveniri. Sed id dicemus titulo *Quan. fiſ. vel priv.* verum addatur *l. pen. inf. de oblig. & act.* quæ etiam oſtendit, eum teneri, qui ſumpſit mutuam pecuniam, non eum, ad quem ea pecunia pervenit. Seneca 5. *de Benef. cap.* 19. Excipitur tamen ab hac ſententia pater, vel dominus prædiorum, aut negotiorum, aut rerum, in cujus rem verſa eſt pecunia accepta a filiofamil. vel procuratore, vel actore, vel colono libero homine. Qua ex cauſa non tantum filiusfamil. tenetur, vel actor, aut procurator, ſed etiam pater, aut dominus negotiorum, de in rem verſo, *l. ei qui, & l. ult. inf. quod cum eo, qui eſt in aliena poteſt.* tenetur etiam directa condictione, §. *ult. Inſt. eod. tit.* At quid dicemus, ſi creditor ejus contemplatione numeravit, non accipientis, forte ſciens me tibi mandaſſe, ut pecuniam mutuam ſumeres meæ rei cauſa? aut pignorum meorum liberandorum cauſa? finge igitur: ego id tibi mandavi, creditor pecuniam numeravit negotii mei contemplatione: cognito eo mandato negotii mei cauſa, quæritur in quem ei actio competat? Et placet hoc caſu te, qui ſumpſiſti non teneri ex mutuo, licet mutuum acceperis, quia non tui contemplatione eſt numeratum. Ego etiam in hac ſpecie non teneor ex mutuo, quia non mihi credendi cauſa, ſed negotiorum meorum contemplatione eam pecuniam procuratori meo dediſti, ut mea negotia expediret. Itaque non teneor condictione, ſed actione negotiorum geſtorum quaſi inſtitoria, id eſt, quaſi videatur inſtitori meo negotiorum meorum cauſa credita pecunia; idque, ſive ſit verſa ea pecunia in rem meam, ſive non: Satis enim eſt, eam dari negotiorum meorum contemplatione, nec ideo minus tenebor, quod ea ſit abuſus procurator meus, *l. ſi pupilli,* §. 1. *& l. liberto, ff. de neg. geſt.* Itaque hoc caſu mutuum contrahitur, nulla tamen in quenquam datur actio ex mutuo, ſed datur actio negotiorum geſtorum in eum, cujus contemplatione eſt creditum. Diverſa

A ſpecies eſt, ſi Titio mihi pecun. credituro, quam rogavi, mandavero, ut eam tibi numeraret ad me perlaturo: quo caſu non eſt dubium me teneri cond. & actio quod juſſu non competit, *l. ult. ff. quod juſſ.* Diverſa etiam eſt ſpecies, ſi mandavi creditori, ut tibi tua cauſa pecun. numeraret: hoc caſu teneor mandati, quaſi acceſſio, tu condictione, *l. 7. inf. mand.* Lex ait, *ſi literas ejus ſequutus, qui pecuniæ auctor extitit,* id eſt, is unde pecunia originem habuit, *l. 7. ſupra hoc tit.*

Ad L. XIV. Mutuæ pecuniæ, *quam aliis dedit creditor, citra ſolemnitatem verb. ſubſcribentem inſtrumento te non habet obligatum.*

B NOtandum eſt, pro altero, cui pecunia numerata eſt, alterum non teneri, eo quod ſubſcripſit chirographo debitoris. Non dico, ſi ſubſcripſit quaſi teſtis, non ſi ut tutor, quaſi interponens auctoritatem, non ſi ut curator, aut procurator, quæ ſunt certiſſima: Nam qui ita ſubſcripſit, plane non obligatur, ſed dico ſi ſubſcripſerit, etiam ut fidejuſſor non obligatur, quia deficit ſtipulatio. Subſcriptio non eſt ſtipulatio. Fidejuſſor non obligatur, niſi interveniente ſtipulatione. Subſcriptio illa habetur pro pacto nudo, quod non parit oblig. Aliud eſt ſi quis ſubſcripſerit ut pater, vel dominus chirographo filii, aut ſervi, qua ex cauſa tenetur actione quod juſſu, *l. 1. §. ſed ſi ſervi, D. quod juſſ. l. 3. inf. quod cum eo, qui in aliena poteſt.* Subſcriptio juſſo comparatur: ex juſſo tantum obligatur pater, vel dominus, ceteri non obligantur.

C Lex XV. Expoſita eſt in l. 13. ſupra. L. XVI. in l. 3.

Ad L. ult. Super chirographariis *inſtrumentis hæc pro communi utilitate ſancienda duximus, ut ſi quis pecunias credere ſupra 50. libras auri voluerit, vel ſuper reddito debito ſecuritatem accipere, cum amplius ſit memorata quantitate, ſciat non aliter debere chirographum a debitore, vel creditore recipere, quam ſi teſtimonium trium teſtium probatæ opinionis per earum ſubſcriptiones idem chirographum capiat: Nam ſi contra hujuſmodi obſervationem chirographum ſuper pecuniis memoratam auri quantitatem excedendibus proferatur: minime hoc admitti a judicantibus oportet: Quod & in futuris creditis, vel debitorum ſolutionibus locum habere oportet.*

D COnd. de qua agitur in hoc tit. naſcitur ex re, id eſt, mutui datione: an etiam naſcitur ex ſyngrapha, aut chirographo? Conſtat etiam naſci condictionem ex ſyngrapha: cui tamen poteſt opponi exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium. Ea actio, quæ competit ex ſyngrapha, creſcit in duplum ex inficiatione. *Novel.* 18. §. *ſtudium*, ſi qui ſcripſit ſyngrapham, inficietur, & poſtea convincatur, condemnatur in duplum. Unus tantum hic proponitur caſus, quo ex ſyngrapha non eſt actio, ſi excedat quinquaginta libras auri, id eſt, ter mille, & 500. aureos; niſi habeat ſuperſcriptionem trium teſtium fide dignorum. Igitur ſyngrapham, quæ majorem quantitatem continet, judex non recipiet, niſi ſubſcripſerint tres teſtes ex hac conſtitutione: tractatur etiam in hac lege de E apocha, quæ dicitur etiam chirogaphum, & ſecuritas: ſyngrapha probatur creditum: Apocha ſolutio, ut ſyngrapha fidem facit crediti; ita etiam ſoluti apocha, etſi teſtes non intercefferint, *l. ſi acceptolatum, D. de acceptil. l. Lucius, §. tutelæ, D. admin. tut. l. ult. §. Titius, de cond. ind. l. teſtium, inf. de teſtib. l. qui tab. §. apocha, ff. de furt.* Verum poteſt etiam apochæ opponi exceptio non ſolutæ pecuniæ intra certa tempora, *tit. de non num. pec. inf.* Chirographum, ſyngrapham, vel apocham accipimus pro nuda profeſſione acceptæ vel ſolutæ pecuniæ. Interdum tamen chirographum accipitur pro ſtipulatione ſcripta & ſignata utriuſque manu ſtipulatoris & promiſſoris. Et ſic interdum loquuntur, chirographum cavere, *l. ſi ut cer-*

to, §.*neque*, *D.commod.* Ubi quidam legunt male *Chirographo cavere*. Nam Jureconsult. dicit chirographum cavere, ut cautionem cavere, *l.6.D.rem rat.hab.* Verum quod dicimus de apocha, ab ea idem excipitur casus ille, qui supra, si apocha contineat quantitatem majorem 50. libris auri: quo casu etiam est necessaria trium testium subscriptio, alioqui Judex non recipit apocham, etsi de ea non dubitetur: & hoc est quod constituit Justinian. *l. ult.* Accursius opponit *l.scripturas*, *inf. qui pot. in pign. hab.* quæ lex in chirographis non exigit testes. Excipiendus enim est tantum hic casus, si chirographa excedant eam quantitatem. Opponit quoque *leg. testium*, *inf. de test.* Hæc lex ultima tres tantum exigit. Verum hoc ita procedit, si data non sit apocha: in probanda solutione quinque testes exigimus: data apocha, nullos exigimus, vel tres tantum exigimus, vel trium subscriptionem cum apocha superat 50. libras auri. Postremo id quod traditur in hac *l. ult.* Accursius putat mutari *Novella* 73. quod falsum est: Nam ea Novella tantum definit, quæ exigantur in chirographis, ne eorum fides in dubium vocetur, quæ si non sint observata, non ideo minus recte agetur ex chirographis, dum eorum fides in dubium non vocetur, id est, si non negentur scripta ab eo, a quo dicuntur scripta. Tunc ex his agitur recte, etiam non observatis, quæ ea Novella continentur. Ut autem hoc non possit allegari non esse scripta manu auctoris, exigimus Novellæ observationem. Sententiam ejus Novellæ explicabimus in *l. comparationes*, *inf. de fide instr.*

AD TITULUM III.

DE SUFFRAGIO.

SUB hoc titulo proponitur condictio si certum petatur de suffragio. Et in C.Theo. ita inscribitur, *si certum petatur de suffrag.* Suffragium dicimus favorem & opem, quam quis nobis præbet apud principem alicujus rei obtinendæ causa. Dicitur etiam suffragium alia significatione pecunia, quæ datur ejus intercessionis nomine, *l. ultim. de silent. inf. lib.* 12. ea forma, qua pactum accipitur interdum pro eo, quod datur pacti nomine, *l. 3. de obs. patr. & Nov.* 120. eadem forma, qua *μίσθωμα* significat non tantum conventionem de mercede pensionis, sed etiam pensionem ipsam. Harmenop. 3. Epitom. Male autem Accursius hoc loco suffragium accipit pro patrocinio advocati. Et *l. militem*, *sup. de procurat.* eodem errore suffragatorem accipit pro advocato. Quod autem datum est pro suffragio ei, cujus interventu aliquid impetravimus a principe, ejus non est repetitio, *l. 1. Cod. Theod. eodem.* Lex lata fuit a Juliano ne quis repeteret quod dedisset suffragatori. Ammianus Marcellinus libro XXII. *Lex est promulgata*, inquit, *qua cavetur*, *nullum interpellari suffragatorem super his*, *quæ eum recte constiterit accepisse*. Primum h. l. si quid sit suffragatori promissum, non datum, potest peti condictione si certum petatur a suffragatore, qua intenditur dari, id est, dominium rei, aut pecuniæ promissæ transferri oportere in suffragatorem, & si res sit mobilis, quæ est promissa, dominium transfertur traditione bona fide facta, etiam sine scriptura, & hoc est quod dicit, *collatio rei mobilis inita integra fide*, id est, traditio rei mobilis bona fide facta: hac ratione cumulatur, id est, hoc modo perficitur translatio dominii. Quod si res immobilis sit promissa suffragatori, ut dominium mutetur, & in suffragatorem transferatur, necessaria est traditio & scriptura. Sola traditio non sufficit, quæ in aliis causis sufficeret, ut in emptione, permutatione, donatione, & aliis: non tamen sufficit in hac causa dari suffragii nomine. Necesse est negotium scripto committi, si res immobilis sit promissa. Additur in extremo legis: si suffragator bona sibi

A promissa occupet sua auctoritate, vim facit, & tenetur interdicto unde vi, ut ereptam possessionem restituat, præterea actionem si certum petatur, amittit, quod sibi ipsi temere jus dixerit. Hoc autem congruit cum *l. extat*, *D. quod metus caus. & l. 6. inf. unde vi.* Si suffragator, inquit lex, ea bona, occupet, dum solo commonitorio de suffragio nititur (sic enim legendum, ut in *Cod. Theod.*) Commonitorium vocat promissionem suffragatori factam ex scripto si suffragaretur promissori: ex hoc commonitorio est actio si certum petatur, quæ tamen amittitur si promissa suffragator sua auctoritate invaserit, non expectata traditione, & scriptura non confecta. Commonitorium generaliter aliis locis accipitur pro memoriali libello, qui alteri datur; & sic libellus de suffragio, quo rogatur suffragatur, quoque ei promittitur vicissim aliB quid, commonitorium dicitur. Et ita in Concilio Carthaginensi commonitorium Zonaras interpretatur mandatum, quod legatis datur. Hoc loco est suffragatori facta sponsio ex scripto, quæ pro stipulatione habetur: quia cum scriptum est, aliquid alicui promissum, omnia videntur acta solemniter. Ideoque hæc actio si certum petatur de suffragio est ex stipulatione. Male putat heic Accursius, pactum nudum parere actionem si certum petatur, quo nomine recte ab Alciato reprehenditur. Ex hac igitur constitutione apparet, eos, qui valent gratia apud Principem, posse recte vendere suam suffragationem, id est, suffragationis suæ præmia jure capere, suffragia eorum eblandiri, & pecunia elicere permitti: sunt tamen in aula qui simulant se suffragari, cum non suffragentur, nec quicquam re ipsa efficiunt, sed ostenC tant se facturos, qui dicuntur a Martiale, *vanos circum palatia fumos vendere*. Ad eos hæc constitutio non pertinet, sed ad veros suffragatores, quibus non datur actio, antequam nos voti compotes fecerint, ut hæc lex indicat. Loquitur autem lex generaliter de eis, quorum intercessione nostra desideria implentur. Ergo loquitur etiam de his, qui nobis suffragantur ad honores obtinendos. An igitur colligemus ex eo *honores mercari licere*? Minime. Id enim jure est vetitum, *l. penul. sub. tit. prox. l. ult. inf. ad leg. Jul. repetund.* Et ut Theodorus Lector scribit *lib. 1. Hist. Ecclesiast.* jam olim Marcianus & Anastasius Imperatores id vetuerant. Quales sunt nobis constitutiones D. Ludovici & Caroli V. At non licet quidem ex professo pro honoribus, iis quorum judicio promovemur, id est, D qui deferunt honores, puta Principi, vel Præfecto prætorio pecuniam dare venditionis titulo, vel etiam donationis, vel alio. Turpe est pro honore ex professo dare pecuniam ei, qui honorem defert quoquo titulo, *dict. l. ult.* At per suffragii causam, quod quis nobis suffragandi studium navarit in honore petendo, aliquid rependere licet pro opera, & dati non tantum repetitio non est, sed etiam promissi, & non dati exactio est: Et hoc etiam prætextu, id est, suffragiorum nomine a petitoribus honorum & administrationum, ipsi etiam Principes pecuniam accipiebant; quæ dicuntur suffragia *δεσποτικὰ*, in jurejurando, quod præstatur ex Novella Justiniani 8. At hoc totum sustulit ea Novell.8. ut *Judices sine quoquo suffragio*, id est, datione, & Novel. Tiberii, quæ est 161. inter Novellas Justinianæas: eis Novellis generaliE ter constituitur, ne quid a magistratibus detur suffragii nomine, vel suffragatoribus, vel etiam, ne quid publicis rationibus inferatur. Itaque abrogata est hæc lex: & merito: Nam hoc est propemodum mercari honores, & provincias, sed tamen hujus rei cognitio est valde necessaria.

AD

AD TITULUM IV.

DE PROHIBITA SEQUESTRATIONE PECUN.

HIC titulus pertinet etiam ad condictionem ſi certum petatur, quia videlicet petitur pecunia ex quocunque contractu, ex mutuo, vel alio; & conſtituitur hic, ne in hac actione ſi certum petatur, pecunia, quæ petitur ſequeſtro deponatur: ut ſi petam abs te pecuniam ex mutuo, vel ex credito, vel ſtipulatu, vel vendito, an poſſim te cogere, ut pendente lite eam ſummam deponas? Non. Sed prius te convinci oportere, tum cogeris ſolvere. Interim non fit ſequeſtratio pecuniæ, id eſt, non interponitur media manus, quæ ſervat pecuniam, quæ petitur. Ita cavetur *l. 1. Cod. Theodoſ. ſi certum petat. de chirographis:* ubi tamen unus excipitur caſus, quo pecuniam, quæ petitur, ſequeſtro deponi neceſſe eſt, alias vero prohibetur ſequeſtratio pecuniæ. Pecuniam autem hoc loco accipere oportet ſtricte pro ſumma & quantitate, non late, ut Accurſius putavit. Nam ceterarum rerum mobilium, quæ petuntur ſequeſtratio fit recte. Cur ita? quia res, quæ certum corpus habent, facile corrumpi poſſunt, & diſſipari. Et ideo pendente lite collocantur in tuto, exigente id adverſario. Quantitatis nullum ſubeſt corpus, quantitas non poteſt perire. Igitur ceterarum rerum recte fit ſequeſtratio: non quidem immobilium, quæ numquam fit, niſi fructuum ratione, ut fructus habeantur in depoſito, ut Græci *ἐν μεσιτείᾳ*. Mobilium rerum, de quibus lis eſt, fit ſequeſtratio, & ita poſſeſſor rei mobilis, ſi ejus fides ſit ſuſpecta, & non ſatiſdet judicio ſiſti, judicatumve ſolvi, res pendente lite ſequeſtratur, *l. 7. §. ultim. D. qui ſatiſd. cogant.* Et poſt appellationem poſſeſſore, vel petitore condemnato, ſi bona diſſipentur ab adverſario, mobilia & fructus agri ſequeſtrantur, *l. ab executione, inf. quor. appell. non recip. l. Impp. §. ultim. de appell.* Interdum etiam dos ſequeſtratur conſtante matrimonio, vel fructus prædiorum dotalium, ſi diſſipentur a marito, & ſi interveniant alia, quæ ſunt in *l. ſi cum dotem, §. ſi vero dotem, ff. ſolut. matrim.* Interdum etiam liberi, de quibus exhibendis ſi agitur, ſequeſtrantur, *l. 3. §. in hoc interdicto, de lib. hom. exhib.* Et mulier *ἐπίδικος*, de cujus nuptiis quæritur, quam duo petunt, ex *cap. cum locum, de ſponſ.* Item, ſi quis ex libertate vocetur in ſervitutem, & is, qui ſe dominum dicit, dicatur rapuiſſe ei aliquid pendente quæſtione ſtatus, id reddi oportet ſub cautione, vel etiam ſequeſtro deponi, *l. ult. infr. de ordi. cogn.* Item ſi quis proclamet in libertatem, eo pronuntiato libero, incipiet ſtatim alia quæſtio de rebus, quæ ad eum, vel dominum pertinent: quas interim oportebit ſequeſtro deponi, *l. ult. inf. quibus ad libert. proclam. non licet.* Ea vero ſequeſtratio ſæpe fit Judicis auctoritate, partibus ſequeſtrem eligentibus, *l. poſtquam, ff. ut legat. nom. cau.* vel etiam ſine Judice, ex conventione partium, ea lege, ut re judicata victori reddatur. Ea eſt conditio ſequeſtrationis, ut victori reddatur. Plaut. *Servabo, quaſi ſequeſtro detis.* Et cum ſequeſtro eſt actio depoſiti, qua agit victor: Nam ſequeſter eſt depoſitarius rei litigioſæ, *l. ei apud quem, §. 1. & l. ſi in Aſia, §. cum ſequeſtre, D. depoſ. l. ſi quis affirmavit, §. Labeo, D. de dol.* Ex eo *§. Labeo*, quidam colligunt ſequeſtrem teneri præſcriptis verbis; quod non eſt admittendum. Ibi qui judicatur ſequeſter, tenetur præſcriptis verbis, ut *l. ſi apud te, ff. de præſcr. verb.* ſed proprie non fuit contractum depoſitum, & ideo non competit actio depoſiti, ſed ſubſidiaria præſcriptis verbis: cum quis verus eſt ſequeſter, depoſiti tenetur, quæ actio dicitur depoſiti ſequeſtraria. Itaque concludamus, quoties lis eſt de rebus mobilibus, aut fructibus, recte fit ſequeſtratio. Quoties autem pecunia petitur, non cogitur is quo cum agitur, pendente lite pecuniæ ſe- A queſtrationem facere, antequam de re ſit judicatum. Igitur in actione ſi certum petatur, prohibetur ſequeſtratio ſi pecunia petatur, non ſi alia res certa & mobilis petatur.

AD TITULUM V.

DE CONDICTIONE INDEBITI.

ILLUD in primis quærendum eſt, qua ex cauſa ſit hæc condictio. Sic ſtatuo: Qua actione tenetur is, qui mutuam pecuniam ſumpſit, eadem te- B netur qui indebitam pecuniam quaſi a debitore accepit. Qui ſumpſit pecuniam a creditore, tenetur condictione. Eadem actione tenetur, qui pecuniam quaſi a debitore ſolutam accepit, *l. 5. §. is quoque, D. de obligat. & act.* ait, qui non debitum accepit, eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus; ubi creditorum & debitorum ſtricte nomen refertur ad mutuum. Idem indicat *§. item is cui, Inſtit. de oblig. quaſi ex cont.* perinde tenetur, ait, ac ſi mutuum accepiſſet, ideo condictione tenetur. Eadem igitur eſt actio ex mutuo & ex promutuo: ex contractu & quaſi ex contractu mutui. Indebiti ſolutio promutuum eſt, videlicet ſi ea ſolvantur, quorum datione in creditum itur, & mutuum contrahitur; qualia ſunt ea, quæ pondere, numero, & menſura conſtant. Igitur ſi ea ſolvantur, quo- C rum datione itur in creditum, ſolutio hæc promutuum eſt. Mutuum eſt contractus. Promutuum eſt quaſi contractus, id eſt, quaſi mutui datio, *dict. §. is quoque.* Mutui non debentur uſuræ, niſi deductæ ſint in ſtipulationem, *l. Titius, D. de præſcr. verb.* ſic promutui uſuræ non debentur, id eſt, pecuniæ indebite ſolutæ, *l. 1. hoc tit.* Rurſus pupillus ex mutuo non obligatur ſine tutore, ita nec ex promutuo, *§. is quoque, Inſtit. quib. mod. re contrah. oblig.* Præterea ex mutuo interdum non datur condictio, *l. 6. ſi pupilli, §. 1. D. de negot. geſt.* Sic interdum ex promutuo non datur condictio: ut ſi ſolvero quod nondum debeo, poſtea debere cœpi, vel certo ſum debiturus, ut ſi ſolvero ante diem, ceſſat condictio ex promutuo, *l. 10. in diem, l. ſub conditione 16. 17. 18. D. de cond. indeb.* At ſi ſolvero quod nondum debeo, nec poſtea de- D bere cœpi, ut ſi ſolvero nautæ vecturam, antequam vehendi munere fungeretur, & poſtea me, vel meas merces non vehat, eſt actio ex promutuo, ſeu repetitio, id eſt, condictio, quæ quaſi ex mutuo naſcitur, *l. ex conducto, §. item cum quidam, D. loc.* Ubi etiam promutuum appellatur ea ſolutio indebitæ pecuniæ ſecundum Floren. ſcripturam. Promutuum autem non eſt, ſi corpora ſolvantur, quorum datione non ſolemus ire in creditum, quorum datione mutuum non contrahimus, ut ſi ſolvantur homines, vaſa, hiſque ſimilia, tunc non dices condictionem indebiti eſſe ex promutuo, quoniam rerum, quæ ſunt ſolutæ, natura id non patitur, ſed dices eſſe condictionem ex bono & æquo, non promutui, ſcilicet ex quaſi contractu. Indebiti enim ſolutio eſt diſtractus, non contractus, quia obligationem E diſtrahit, quæ ſubeſſe exiſtimatur, aut fit diſſolvendæ obligationis cauſa. Igitur hæc condictio non eſt ex contractu, ſed ex æquo & bono, ut apparet ex *l. 15. indebiti, ff. de condict. ind. l. pen. ff. ad Trebell.* Et ideo hæc condictio non datur, niſi quatenus is, qui accepit pecuniam indebitam, ex ea eſt factus locupletior, *l. 8. cum hi, §. ſane ſi is qui, ff. de tranſ.* Etſi detur ex promutuo hæc condictio, non tamen datur ſupra, quam factus ſit locupletior qui accepit; cum tamen conſtet actionem ex mutuo dari etiam in eum, qui non eſt factus locupletior, *l. incendium, ſup. ſi cert. petatur:* ſed hæc condictio indebiti, ſemper datur ex æquo & bono, nec datur in ignorantem, ut ſi homine indebito ſoluto, qui accepit hominem ignorans, id eſt, credens ſibi deberi, eum manumiſit,

A misit, non tenebitur condictione, quoniam æquitas non patitur, quæ est causa hujus condictionis, *l. in summa*, *§. pen. D. de cond. ind.* Igitur hæc condictio non est ex contractu, sed ex æquo & bono, non ex stricto jure: quamquam non adnumeretur actionibus bonæ fid. sed strictis. Attamen non ideo male dicitur esse ex æquo & bono, nec tam stricto jure censetur, quam ceteræ strictæ actiones. Non enim omnes strictæ eodem jure censentur. Argumento est actio ex testamento, quæ est stricta, in qua veniunt usuræ, ut in actionibus bonæ fi. quæ non veniunt in aliis strictis. Itaque omnes strictæ actiones non eodem jure censentur. Rursus cum ea solvuntur, quorum datione itur in creditum, hæc actio est quasi ex mutuo, ex tacito mutuo, ex promutuo, non ex mutuo. *Et* (ut Justin. ait) *magis est ex distractu, quam ex contractu:* ubi (*magis*) non comparative ponitur, sed positive: B sic *l. 1. ff. communi dividundo. Actio pro socio magis pertinet ad præstationes personales, non ad communium rerum divisionem.* Hæc a. actio est duplex, certi & incerti. Certi, veluti solutæ pecuniæ: incerti, veluti cautionis indebitæ, aut promissi indebiti, ut si promisi quod non debui, non agam certi: cautio incerti condicitur. Sic accipe l. 3. hic. Item possessionis condictio est incerti, *l. indebiti*, *§. sed & si nummi*, *D. de cond. ind. l. qui exceptionem*, *§. si pars*, *eod. tit.* & adhibita *l. heres*, *ad Trebel.* ex quibus locis intelliges possessionem indebite traditam incerti condici, sicut dominium indebite translatum. Obstat *l. si in area*, & *l. ex quibus cau. eod.* quæ leges negant ei competere condictionem, qui tradidit possessionem, quam dare non debuit. Dicendum utramque l. loqui de condictione certi, non de incerti, & de C retentione facti, non juris. Retentio facti est, quæ fit per exceptionem, ut si quis in alieno solo bona fide ædificaverit, non habet actionem, qua sumptus repetat: sed domino soli ædificium vindicante, is, qui ædificavit per exceptionem doli retinebit rem, quoad sumptus ei solvantur: atque ita sibi servabit impensas, quas non potest petere, *l. Paulus*, *ff. de dol. except.* Retentio juris est, quæ fit ipso jure, ut dotis retentio fit ipso jure propter impensas in res dotales factas: quoniam impensæ dotem ipso jure minuunt. Item peculii venditi cum servo, si postea servus venditori furtum fecerit, ipso jure est retentio .i. ipso jure ob id factum peculium ipsum minuitur, *l. servus quem*, *ff. de act. emp.* Hoc cognito, ita rem definiamus: ex quibus causis ipso D jure retentionem habemus, ea si solverimus, nec retinuerimus, certi condicere possumus quasi indebita, *d. l. servus*, & *l. quod dicitur*, *§. ult. ff. de impens. in res dot. fact.* Sequitur altera propositio. Ex quibus causis retentionem opposita exceptione habemus, ea si solverimus, certi condicere non possumus, quia nullius rei dominium in accipientem transtulimus, ex *l. ex quibus*, & *d. l. si in area.* Possumus tamen incerti condicere possessionem, quam per exceptionem retinere potuimus. Illud quoque est sciendum, condictionem indebiti soluti aliam ex numeratione vel traditione esse, aliam ex consumptione. Est ex numeratione, si meam pecuniam dedi solvendi animo: ex consumptione, si alienam pecuniam solvi, & sit consumpta. Quod si non sit consumpta, non certi, sed incerti est condictio, ut vel posses- E sio reddatur, quia ejus pecuniæ possessio erat mea, dominium non item. Itaque accipientem feci possessorem, non dominum. Condicam ergo tantum quod in eum transtuli, id est, possessionem. Igitur hac condictione vel condicitur possessio, quæ nostra fuit, & in accipientem translata, vel corpus, quod nostrum fuit, vel si sit promutuum, ut si sit pecunia soluta, vel vinum, tantumdem ex eodem genere condicitur, *l. quod indebitum*, *l. si pœna*, *§. si falso*, *ff. de condict. indeb.* Quod autem est nostrum, nec est translatum in accipientem, licet datum sit & solutum (plerique n. solventes non mutant dominium) cessat hæc condictio certi. Et generaliter, ubi est vindicatio, vel actio ad exhibendum, re mala fide consumpta, cessat hæc condictio certi, *l. dominus*, *l. interdum*, *l. si in area*, *eod. tit. l. servus inscio domino*, *ff. de fidejuss.* Denique hæc condictio domino non datur, sicut nec alia ulla præter furtivam. Ex quo apparet, eum qui solvit pecuniam indebitam, dominium in accipientem transferre: & ideo condictionem habere, si eam per errorem solverit, quam non haberet, si dominium pecuniæ solutæ retineret. Ergo errans rei suæ dominium amittit. Hoc videtur pugnare cum *l. si procurator*, *ff. de acq. rer. dom.* Nemo errans rem suam amittit. Item in *l. 3. §. subtilius*, *ff. de cond. cau. data*, *&c.* Distinctio hoc explicabit. Ita constituamus. Errans in re ipsa, reive dominio, dominium non amittit; ut si rem suam tradat quasi alienam, dominium non amittit, quia nec eo fuit animo, ut suæ rei dominium transferret, sed alienæ, mandatu ejus, quem putabat dominum. Errans hoc modo, rei suæ dominium non amittit: at errans in causa traditionis, dominium amittit, ut si quasi ex causa debiti tradam rem meam, quam non debeo: nam hoc casu volui eam rem facere accipientis, volui mutare dominium rei. Ceterum id dominium condicam hac actione. At error ille non obstat translationi dominii. Errans in persona dominium non amittet, ut si quis solvat Titio quasi creditori, qui se Titium esse mentitur & simulat, quo casu ab accipiente fit furtum, *l. falsus*, *ff. de furt.*

Ad L. I. Pecuniæ indebitæ, *per errorem, non ex causa judicati, solutæ, esse repetitionem jure condictionis, non ambigitur. Si quid igitur probare potueris, patrem tuum, cui heres extitisti, amplius debito creditori suo persolvisse: repetere potes. Usuras autem ejus summæ præstari tibi frustra desideras. Actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quæ indebita soluta est.*

IN l. 1. hoc tit. tria sunt adnotanda. Primum est, ex causa judicati solutum condici non posse, licet jure debitum non fuerit. Res judicata, sicut non tollit naturalem obligationem, *l. Julianus*, *D. de condict. indeb.* ita nec parit obligationem: eadem n. est causa producendæ & tollendæ obligationis cujusvis; civilem tantum obligationem parit res judicata, quæ nulla exceptione infringi potest. Actionem judicati parit, quæ olim ex inficiatione crescebat in duplum. *Paul. l. 1. Sent. t. 20.* Ideo ex sententia judicis solutum condici non potest, licet antea non deberetur, *l. 1. & l. cum putarem*, *D. famil. ercisc. l. 2. inf. de compensat. l. 29. si fidejussor*, *§. in omnibus*, *D. mandat.* Et ideo in *l. servo*, *ff. de condict. indeb.* recte adjicit, *si sine judice solverit.* Nam quod per judicem .i. judicis sententia solvitur, non condicitur. Excipiuntur duo casus: si ex falsis instrumentis sit judicatum, ut falso chirographo, & falsi crimen probetur, *l. ult. inf. si ex fals. instrum.* Item si quod quis jure solvit ex causa judicati, postea redierit ad injustam causam, vel potius nullam, ut in specie *l. 2. ff. de condict. sine causa.* Species est: Ego dedi fulloni vestimenta lavanda, quo modo contrahitur locatio, & conductio si constituta sit merces. Fullo vestimenta mea sua culpa amisit. Cum eo egi ex locato. Judex eum condemnavit ad pretium vestimentorum: mihi pretium solvit ex causa judicati. Debitum igitur solvit. At postea vestimenta inveni, & in potestatem meam venerunt, & ita rem habeo & pretium, quod est iniquum. Qua actione fullo consequetur pretium quod dedit? L. 2. dat condictionem sine causa, quia quod initio fullo jure debuit, deditque, postea repertis vestimentis rediit ad injustam causam, vel potius nullam. His igitur casibus, licet sit solutum ex causa judicati, competit condictio sine causa, atque etiam indebiti: Nam quod apud te est sine causa, indebitum videtur: itaque hac vel illa condictione condicitur. Condictionum autem harum ob rem dati, indebiti, sine causa, ex injusta causa, est usus promiscuus. Nulli alii casus videntur excepti. Quid igitur dicemus in hac spe-

cie,

cie, de qua Fulgoſius dicit ſe conſultum eſſe? Finge, pecuniam, quam debitor meus mihi ſolvit, poſt mortem ejus ab herede petii, heres condemnatus ex cauſa judicati eam mihi iterum ſolvit; poſtea inventa apocha, quam defuncto dederam, heres agnovit me bis idem exegiſſe. Quid fiet? An eſt aliqua actio ob apocham poſtea inventam? Sententia non retractatur, *l. 4. inf. de re judic.* Condictio etiam ceſſat, quoniam hic caſus non eſt exceptus, & nominatim condictionem ceſſare in hac ſpecie traditur, *d. §. in omnibus*. In hac ſpecie de creditore loquitur, qui ſemel ſolutam pecuniam iterum accipit. Ceſſat hoc caſu reſtitutio in integrum ex illa clauſula, ſi qua juſta cauſa ſit, quam reſtitutionem hoc caſu competere putat Accurſ. *d. §. in omnibus*, & Fulgoſ. ſed male. Illius enim clauſulæ argumento, quam latiſſime accipiunt, abutuntur plerumque noſtri DD. ſed illa debet tantum accipi de abſentibus, *l. nec non, ex quib. cau. maj.* alioqui ſi latiſſime acciperetur, & ex ea fieret reſtitutio omnibus caſibus, quibus æquitas id poſtulat, numquam daretur actio de dolo, quia ſemper hæc reſtitutio competit, & tunc ceſſat actio de dolo: præterea furti actio ceſſat, quia qui ſciens indebitum accipit, furtum non committit, quia dominus fit, ſi non erret in perſona. At in ea ſpecie in ſcientem eſt actio criminalis ſtellionatus .i. in eum, qui bis ſciens eandem pecuniam accepit, *d. §. in omnibus* propter calliditatem, ait. Ergo eſt de dolo civilis eo caſu. At in ignorantem quænam eſt actio? ut ſi heres creditoris, cui debitor pecuniam ſolvit, egerit cum herede debitoris ignorans ſolutum, & ex cauſa judicati pecuniam exegerit: & putem, quia iniquum eſt duplum pervenire ad creditorem, aut creditoris heredem, competere hoc caſu actionem prætoriam, quæ ſemper eſt ſubſidiaria, concurritque cum actione de dolo, *l. qui ſervandarum, D. de præſcr. ver. l. jurisgentium, §. 1. de pact.* Ubi in ſcientem datur actio de dolo: plerumque in ignorantem eſt actio in factum prætoria, quæ datur ex decreto. Secundo notandum ex h. l. 1. in condictione indebiti incumbere actori onus probandi indebitum fuiſſe: quia præſumitur debitum ſolutum. Nonnumquam tamen actoris conditio & qualitas, ut ſi ſit pupillus, vel diſſolutus quidam, aut inficiatio rei, transfert in reum onus probandi, debitum fuiſſe, quod accepit, præſumptione faciente pro actore; quod explicatur *l. cum de indebito, D. de probat.* quæ tota l. eſt Triboniani. Poſtremo notandum ex l. 1. uſuras indebitæ pecuniæ ſolutas non poſſe repeti: ut mutui, ita promutui uſuræ non debentur. Unde apparet in h. l. 1. pecuniam accipi ſtricte pro nummis. Idem eſt error Accurſ. hic, qui in tit. ſuper. ubi pecuniam late accipit. Idem ſervatur in aliis condictionibus. Nam uſuræ non condicuntur, *l. 4. de condict. ob turpem cauſ.* Alia eſt ratio fructuum rei ſolutæ, ut cum non pecunia, ſed ſpecies eſt data. Nam & ſpecies condicitur, & fructus, *l. indebit. l. in ſumma, §. qui indebitum, de cond. indeb.*

Ad L. II. Si citra ullam *tranſactionem pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es: adverſ. eam, quæ te delegavit, condictionem habere potes.*

Ad L. III. & IV.

Duo notanda ſunt in h. l. Primum, Condictionem indebiti mihi dari adverſus te, non tantum ſi tibi promiſero, aut ſolvero, ſed etiam ſi creditori tuo ſolvero te delegante. Eſt etiam hoc caſu actio mandati, ſi ſolvero, aut promiſero cui me delegaſti, *l. ſi quis delegaverit, D. de novat. l. ſi mandatu. §. ſi judicio, D. mand.* Hæ condictiones concurrunt cum actionibus bon. fid. non utique cum ſtrictis. At adverſus tuum creditorem, cui me delegaſti, mihi neque condictio competit ſi ſolvero, nec exceptio doli, ſi promiſero, & agat, quia ſuum repetit, aut ſuum recepit. Aliud eſt

A dicendum, ſi me ei delegaveris, cui non debebas; nam tunc etiam adverſus eum habeo exceptionem doli, & condictionem indebiti, *l. Julianus, ff. de except. doli*. Eſt ea ſententia Juliani in *l. 2. §. aliud, D. de donat.* & hoc cum revera tibi non debebam. At ſi cum revera deberem, me delegaſti ei, quem falſo tuum creditorem putabas, tum non competit mihi condictio, quia vere debui, ſed tibi competit condictio, *l. quamvis, §. interdum, ff. ad Vellej.* Itaque hæc condictio indebiti datur, non tantum ſolventi, aut promittenti, ſed etiam deleganti, quia delegatio ſolutionem imitatur: quæ datur ſolventi, eſt certi condictio, quæ promittenti aut deleganti, eſt incerti .i. liberationis condictio, & facilius datur promittenti, quam ei qui jam ſolvit, ut ait *l. 3.* Si ſolutum repeto; quod eſt B difficilius, & minus probabile, repetam & promiſſum. Argumentum eſt a minori .i. a minus probabili: vulgo dicitur a majori, ut ſi diceres, ſi ex pacto civitas petit uſuras creditæ pecuniæ, *l. etiam, de uſur.* petet etiam ex ſtipulatione. Poſtremo notandum ex l. 2. ſolutum ex cauſa tranſactionis condici non poſſe, puta ut a lite diſcedatur, vel controverſia, licet res nulla fuerit media, licet is, qui a lite diſcedit, nil juris in re habuerit. Ita accipienda *l. in ſumma, §. 1. de condict. ind.* Ex eo loco notandum quæ ſit differentia inter rem & litem, & notandum, litem potius dici debere, quam rem, verum ſi calumnia ſit evidens .i. ſi perſpicuum ſit, conſtetque rem nullam ſeu jus fuiſſe, datum ob cauſam tranſactionis, condici poteſt, quia tranſactio eſt imperfecta. Huc etiam pertinet *l. nec intentio, ſup. de C tranſact. l. 6. ſup. de jur. & facti ign.* Similiter ſolutum ex cauſa, quæ ex inficiatione creſcit in duplum, non condicitur, licet non debeatur, cujus rei eſt obſcura ratio, *§. ult. Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contractu.* Ratio eſt, quia videtur ſolvi a ſciente propter metum pœnæ dupli, argum. *l. illud, D. de petit. hered. & l. ſi non ſortem, §. ſi quis falſo, de cond. ind.* Inficiatione creſcit actio l. Aquiliæ in duplum, *l. inde Neratius, §. hæc actio, D. ad l. Aquil.* Item actio legatorum piorum, in *d. §. ult. Inſtit. & in §. ex maleficiis, de action.* Item actio depoſiti ex certis cauſis, ut tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, *§. ſed & furti, de action.* Item condictio ex ſyngrapha, *Nov. 18.* & ex contractu habito cum argentariis ſine ſcriptura, *ex edicto Juſtin. 7.* Olim etiam actio legatorum relictorum per damnationem creſce- D bat, *d. §. ult.* Item actio ex empto ob ementitum modum agri, *Paul. 1. Sent. tit. 19. & in 2. tit. 18.* Id fuit ex 12. tab. Item actio judicati. Cic. *pro Flac. decrevi, ut ſi judicatum negaret, in duplum iret.* Poſtremo condictio bene depenſi. Hodie igitur legatorum piorum per errorem ſolutorum non eſt condictio, quia ſolvuntur ex cauſa, quæ inficiatione creſcit in duplum. Item æſtimationis damni per errorem ſolutæ non eſt condictio: item depoſiti propter cauſam tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, & crediti chirographarii per errorem ſoluti non eſt condictio: quoniam hæ cauſæ inficiatione creſcunt in duplum, & qui ſolvit, ultro videtur & ſciens ſolvere, evitandæ pœnæ cauſa. His tantum caſibus eſt pœna conſtituta ei, qui it ad inficias, *l. inter coheredes, §. qui familiæ, ff. famil. er-* E *ciſc.* Ita loquitur ad inficias ire, ut ad incitas, uno verbo pro egeſtate. In illo a. §. *qui familiæ*, ſunt duo verſus Triboniani ex conſtitut. Juſtinianæa de jurejurando propter calumniam, quod ante Juſtinian. non exigebatur. Nam ait, *in actionib. duplicib. &c.* Et poſtea ſubjicit, *& ideo uterque debet jurare non calumniæ cauſa ad inficias ire*, quod totum eſt Juſtiniani.

Ad L. V. Si a patre emancipatus, *ei non intra tempora præſtituta jure honorario ſucceſſiſti: quicquid indebitum poſtea per errorem (utpote patris ſucceſſor) dediſti, ejus condictionem tibi competere, non eſt incerti juris.*

Ad

Ad L. VI. Si per ignorantiam *facti non debitam quantitatem pro alio solvisti, & hac adito rectore provinciæ fuerit probatum: hanc ei, cujus nomine soluta est, restitui eo agente providebit.*

QUæstio l. 5. hæc est, an is, qui solvit quod non ipse, sed alius debet, habeat condictionem. Finge: quidam falso existimans se heredem esse, aut bonor. possessorem, vero hereditario creditori quod debetur solvit: an habet condictionem? Hæc l. 5. ostendit ei condictionem dari, itemque *l. si pœna*, §. 1. *D. de cond. ind. & l. 2. §. 1. de his, qui in priorum creditor. locum success.* Obstat *l. repetitio*, *D. de cond. ind.* quæ dicit non teneri condictione eum, qui suum .i. sibi debitum recipit, licet a non debitore receperit. Dominus Budæus *ad l. ult. D. de ædil. edict.* affirmat esse antinomiam, quod non scripsisset, si doctissimum juris interpretem Accursium non abhorruisset, quo vitio etiam Petrus Stella discedens ab Accursio in ea lege, nescio quæ monstra finxit, quæ Zasius refutavit. Accursius recte dicit: *aut quod alius debet, tu solvis tuo nomine, aut debitoris.* Si tuo nomine, tibi condictio competit, & verus debitor ex eo non liberatur, ut *h. l. 5. & d. l. 2.* Addatur etiam *l. in summa, in fin. D. hoc tit. l. cum quis, §. de pecul. de solut. l. si quid possess. D. de petit. hered.* si solvis nomine debitoris, nullitum condictio competit, & debitor liberatur, *l. quod nomine, & l. servus cujusdam, in fin. de cond. ind.* Et ita accipienda est *l. repetitio*. Addatur etiam *l. de hereditate, sup. de pet. hered.* in qua est ponendum, eum, qui falso putavit se esse heredem, solvisse heredis nomine, & ideo cessare condictionem: in specie hujus l. qui falso putabat se heredem, solvit suo nomine, & ideo condictioni locus est. Hæc Accursii distinctio est frequentissima: qua etiam utimur in specie *l. 11. ff. de cond. ind.* si pater, vel dominus, cum quo actum est de peculio, per errorem solverit plusquam est in peculio, an condicet quod plus solvit? si servi, vel filii nomine solvit, non condicet, quoniam debebat id omne, *d. l. 11.* si suo nomine, condicet: quia non debuit supra peculii quantitatem, *l. si quis eum, §. idem, de libert. leg. l. 1. inf. & l. 2. de constit. pec.* Eadem etiam distinctione utitur in specie *l. indebitum, & l. frater, §. ult. ff. de cond. ind.* Indebite promissæ pecuniæ fidejussor acceptus solvit. Quis condicet solutum? Ipse fidejussor si suo nomine solvit: promissor, si promissoris nomine. Itaque illa distinctione Accurs. neque verius neque certius quicquam. Fateor esse antinomias in jure, in ea quæstione certe nulla. Antinomiæ quæ sint Bud. non percepit, non erit a proposito alienum eas, quas putat ἀντινομίας hic recensere, & refellere. Primam constituit ex *l. præcipiunt, & l. ultima, ff. de Ædil. edict. leges præcipiunt* veteratorem accipi pro mancipio, trito, longo usu, longo spatio serviendi. L. ult. ait, veteratorem non pro spatio serviendi, sed genere, & causa æstimandum. Nulla est antinomia. Nam in *l. ult. non*, accipere oportet pro *non solum*. Aliam constituit ex *l. per servum, §. denique, ff. de usu & habit. & l. huic stipulationi, ff. usufruct. quem. caveat.* L. *per servum* ait, inutile esse legatum si fructus legetur sine usu, quia vix potest esse fructus sine usu. *L. huic stipulationi* videtur repugnare, quia ait fructum sine usu obtineri posse. Hæc non sunt pugnantia: regulariter fructus non est sine usu, accidit tamen interdum, ut sit sine usu: quod explicat *d. l. per servum, §. ult.* posita hac specie. Testator ab herede tibi legavit nudum usum fundi: deinde heres ejusdem fundi fructum Titio constituit, & cessit: non potuit heres in Titium transferre usum, qui tibi fuerat testamento adscriptus. Ergo in Titium transtulit nudum fructum heres. Sic fiet, ut heres ejusdem fundi habeat proprietatem nudam, & tu nudum usum, Titius nudum fructum sine usu. Itaque in eo fundo Titius non po-

A test habitare, & a te prohibetur illuc venire nisi ad fructus percipiendos. Tertio constituit aliam ex *l. quid tamen, & l. cum ab eo, §. ultim. de contr. empt.* Sed *l. quid tamen* loquitur de inauratis & inargentatis; *l. cum ab eo* de argento coopertis, quæ sunt diversa: quod diximus late in *l. 22. de verb. oblig.* Quarto constituit aliam antinomiam in *l. 10. & l. stipulationes, §. ult. de verb. obligat. cum l. insulam, eod. tit.* Inter quas tamen est evidens ratio differentiæ, si ita concipiatur stipulatio: Insulam ante biennium fieri, non committitur ante diem, *d. l. Insulam*. At si ita concipiatur, si insulam intra biennium non feceris, 10. dari. Hæc committitur ante diem .i. statim atque certum erit insulam non posse absolvi ante biennium: Igitur committetur ante diem, quia est conditiona-
B lis tantum, non in diem, *l. 10.* Idemque est si die non addito, ita stipulor, insulam fieri, *d. l. stipulationes, §. ult.* Melius Budæus commisisset *d. §. cum l. 14. eod.* in quibus continentur duo diversæ scholæ præcepta. Idem etiam aliam antinomiam constituit ex *l. si filiusfamil. ff. de judic. & l. ultim. ff. de extraord. cognit.* Una lex ait, judicem litem suam facere, si dolo malo iniquam sententiam tulerit. Altera ait, judicem litem suam facere, si per imprudentiam inique pronuntiaverit. Quæso quid vetat utrumque esse verum? Judex litem suam facit, si dolo inique pronuntiet. Judex etiam litem suam facit, si per imprudentiam & ignorantiam juris inique pronuntiet. Item aliam affert ex *l. cum quidam, & l. in fraudem, de jure fisci*. Sciendum est a. fiscum revocare ea, quæ debitor alienavit
C in fraudem fisci, vel quæ reus capitis, qui postea condemnatus est. Ea *l. in fraudem* adjicit in fraudem fisci fieri non tantum si quid alienetur, sed etiam si quid non quæratur .i. si debitor fisci non utatur occasione acquirendi: in omnibus ait, æque fraus punitur. Male Alciat. 3. παρέργων, *c. 19.* illa verba *& si non quæratur*, sic exponit, etiamsi debitor fisci, qui rem alienat, in accipientem dominium non transferat, id est, etiamsi non acquiratur a debitore fisci. Rectius Græci, qui dicunt revocare fiscum: *τὰ ἐκποιούμενα, ὃ μὴ κτώμενα .i. alienata, & quæ debitor non acquisivit.* Verum *l. cum quidam*, a reo capitis filio emancipato, ut is delatam hereditatem adiret, sibique adquireret non patri, ait, non videri factum in fraudem fisci, quod non sit acquisitum. Breviter ita
D dicendum est, æque puniri fraudem seu in alienando, seu in non acquirendo fiscum fraudaverit quis, *d. l. in fraudem*: licet aliud servetur in privatis creditoribus actione Pauliana vel Fabiana, in quorum fraudem non acquirere licet, alienare non licet. In fraudem fisci neutrum licet: nec obstat *l. cum quidam*: nam hoc non significat non videri factum in fraudem fisci, si non acquiratur, sed non recte ita colligit: Si filium emancipet reus capitis ut hereditatem habeat, occasione acquirendi non utitur. Ergo facit in fraudem fisci, & gesta sunt revocanda. Vitiosa est collectio illa, ut ea l. significat, alioquin non liceret reo capitis filium suum emancipare, quod soli reo perduellionis ademptum est, *l. ult. §. emancipationis, ad l. Jul. Majest.* Ergo reo emancipandi causa li-
E cet acquirendi occasionem negligere, licet ex ea re fraudetur fiscus. Nunc circa l. 5. restat hæc quæstio, an si quis solverit alieno nomine, quod nullus debet, an ei, cujus nomine solvit, competat condictio? sic videtur in l. 6. hic. Dices ergo per liberam personam non acquiri actionem. Sic sane acquiritur ex mutuo, *l. certi, §. si nummos, ff. de reb. cred.* Ergo acquiritur etiam ex promutuo. Per liberam personam acquiritur actio non tantum ex mutuo, sed etiam ex promutuo, quam constat ex aliis causis non acquiri. Restat etiam dicere quod in specie *l. 5.* videatur erranti in jure dari condictio indebiti. Species est: Petiit filius emancipatus bonorum possessionem unde liberi post annum, quod non licet, & sero fit:

ea .n.

ea .n. anno finitur. Bonor. possessio est sine re, quia sero petita est: At filius putat esse bonorum possessorem. Errat in jure, si putet post annum se fieri bonorum possessorem, & tamen si hoc errore ductus solverit hereditariis creditoribus, solutum condicet: Breviter dicendum est, filium non jure, sed in facto errasse, ut quia putavit nondum annum præteriisse, alioquin erranti in jure non datur condictio indebiti, *l. cum quis*, *C. de juris & facti ign. l. pen. §. si quis*, *D. eod. l. error*, *inf. ad legem Falcid.* Minori tamen succurritur per restitutionem in integrum, *l. 2. sup. si advers. sol.* Et interdum etiam majori, *l. illud*, *ff. de minor.* Justa ex causa, & benigne, ut ait *l. 1. D. ut in possess. leg.* Sed quod benigne fit, non est in consequentias trahendum, *l. qui negotia*, *ff. mand.* Male igitur Accurs. scripsit *l. 1. h. tit.* erranti in jure condictionem dari. Movetur hac ratione. Error juris in damnis non nocet, *l. 7. & 8. ff. de jur. & fact. ign.* Ergo erranti in jure debet condictio dari, ne versetur in damno. Cui ita respondendum est, error juris in damnis non nocet, i. damnum non infert, at damno etiam non liberat, nec damno subjicit, nec subducit. Ut ecce, quod quis jus ignoraverit, non ideo habetur pro confesso, ut & si quis ignorans legem Falcidiam confiteatur se debere legatariis solida legata, *l. 2. ff. de confess.* Verum quod quis jus ignoraverit, ideo non habetur pro confesso, ne juris ignorantia damnum adferat. At quod quis jus ignoraverit, non ideo habetur pro non confesso, si alias sit confessus. Similiter quod quis jus ignoraverit, non ideo non habet condictionem indebiti, puta ex transactione imperfecta, *l. eleganter*, *§. item si ob transactiones*, *ff. de condict. indeb.* At etiam quod jus ignoravit ei non datur condictio, quæ quidem non competit ipso jure, sed ex bono & æquo, sic in *l. 3. ff. ad Macedon. & l. si fidejussor*, *§. 1. ff. mand. l. sicut*, *in fi. inf. de præscript. 30. & 40. ann.* Juris error his omnibus locis non hoc facit ut denegetur actio, sed etiam non obstat quo minus denegetur. Denique ut juris error damnum non infert, ita etiam damno non eximit.

Ad L. VII. Fideicommissum, *vel legatum indebitum per errorem facti solutum, repeti posse explorati juris est.*

IN l. 7. hoc ostenditur, legatorum, seu fideicommissorum per errorem solutorum, condictionem esse, *l. 2. & 3. ff. eod.* Et Paulus 3. *Senten. tit. de legat. in fi.* In fragmen. Ulpiani *tit. de leg.* scriptum est, non esse verum, superest negatio. Excipiuntur ab hac sententia legata pia, & olim omnia legata per damnationem excipiebantur, *§. ult. Institut. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc.* quæ quidem legata debita, qui inficiantur, eunt in duplum, qui ultro solvunt etiam indebita, non condicunt secundum regulam *l. 4. sup.* excipiebantur etiam olim legata relicta incertis personis, ut si quis legasset advocatis, ea legata non valebant, nec poterant peti; soluta tamen non poterant condici, *§. incertis*, *instit. de legat.* Hodie valent, & si solvantur, debita solvuntur, nec repetuntur.

Ad L. VIII. Creditoris falso *procuratori solventi, adversus eum indebiti repetitio, non obligationis liberatio competit.*

VErus debitor, qui solvit vero procuratori creditoris, liberatur. At quid si solvat falso procuratori creditoris? id est ei, qui simulat se esse procuratorem creditoris? ita distinguendum est: creditore ratum habente debitor liberatur, *l. si vendidero*, *§. si Titius*, *ff. de furt.* creditore ratum non habente, debitor non liberatur, sed habet adversus falsum procuratorem, cui solvit, ut Paulus ait, *l. si procuratori*, *ff. de cond. causa dat.* condictionem ob rem dati: ut hæc l. 8. ait, habet condictionem indebiti. Hæc non sunt pugnantia: ubi est condictio ob rem dati, ibi est etiam condictio indeb. si quis ita malit formare condictionem. Et ita quæ dantur conditionis implendæ causa, si dandi nulla causa sit, vel quasi indebita, vel quasi ob rem data, condicuntur actoris arbitrio, *l. ult. D. de condict. indeb. l. 3. §. si quis quasi*, *D. de cond. causa dat.* In specie autem proposita ita demum illæ duæ condictiones dantur debitori adversus falsum procuratorem, si ea mente ei solverit, ut nummi ejus fierent, deinde tradantur domino. At si ea mente dederit, ut perferrentur ad creditorem, nec pertulerit eos, furtiva tum in procuratorem condictio datur, quasi furto nummorum facto. Hæc condictio ubi est, illæ cessant. Hæc est de re, quæ nostra mansit: illæ sunt de re, quæ nostra fuit, *d. l. si procuratori*. Et hæc quidem, si procurator debitum accepit: at quid si indebitum ei solutum sit? quis tenebitur condictione? Eadem est adhibenda distinctio, quæ supra. Si dominus ratum habuerit, ipse tenebitur condictione indebiti: si non habuerit ratum, procurator tenebitur condictione ea, vel etiam furtiva, si furtum fecerit, *l. falsus*, *§. 1. D. de furt. l. si indebitum*, *ff. rem ratam hab. l. si pupilli*, *§. idem quæritur*, *ff. de negot. gest.* Et hæc de procuratore, qui accepit debitum, aut indebitum. Nunc videndum quid sit, si procurator verus, aut falsus dederit, aut solverit indebitum. Eadem utemur distinctione. Domino ratum habenti datur condictio indebiti, idque seu in mutuo, seu promutuo, *l. 6. sup.* domino autem non habente ratum, procuratori datur utilis condictio indebiti exemplo mutui, *l. 4. sup. si cert. pet.* Sicut sequimur exemplum mutui domino ratum habente: ita sequimur domino ratum non habente. Igitur quod dicitur in *l. si procurator*, *ff. de condict. indeb.* Julianum scripsisse, procuratori non dari condictionem indeb. qui solverit nomine debitoris, id est accipiendum de directa. Utilis namque dabitur domino ratum non habente, exemplo mutui. Quid si procurator debitum solverit nomine debitoris? Constat tunc cessare condictionem, *l. 5. sup.* id est, nec dari domino, nec procuratori, & dominum, id est, debitorem liberari etiam invitum & ignorantem, seu verus seu falsus sit procurator.

Ad L. IX. Indebitum solutum sciens, *non recte repetit.*

Ad §. Citra mandatum autem *ab alio re distracta: dominus, evicta re, vel ob præcedens vitium satis emptori faciens, non indebitum prætendere potest, sed per hujusmodi factum ratum contractum habuisse probans, a se debitum ostendit esse solutum.*

Ad L. ult. pro dubietate eorum, *qui mente titubante indebitam solverint pecuniam, certamen ll. latoribus incidit, idne, quod ancipiti animo persolverint, possint repetere, an non. Quod nos decidentes, sancimus, omnibus, qui incerto animo indebitam dederint pecuniam, vel aliam quandam speciem persolverint, repetitionem non denegari, & præsumptionem transactionis non contra eos induci: nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.*

REm meam vendidisti sine mandato meo: valet venditio, si ratum habuero. Nam ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur. Videor autem ratum habere, si re evicta emptori solvero, quod ejus interest: Vel etiam si ob vitium, aut morbum rei venditæ ei solvero; quanto minoris emisset, si id scisset, qua in re actio illi competit ob præcedens vitium: Nam ob vitium, quod post venditionem res contraxit, venditor non tenetur, *l. quæro*, *§. ult. de ædil. edic.* ob præcedens tenetur, non ob sequens vitium. Hæc pro ratihabitione habetur: ideoque condictionem indebiti mihi qui solvi, non parit: scientibus non detur condictio indebiti: vel quia videntur rata habuisse, quæ sunt gesta, vel quia videntur donare, *l. qui fundum*, *§. servus meus*, *ff. pro empt.* vel etsi non habuerint animum donandi, id sibi imputare debent, *l. quod quis sciens*, *ff. de condict. indeb.* Una ratio non semper fa-

cit, ut scienti denegetur condictio, sed vel prima, vel secunda, vel tertia: Omnes sunt idoneæ rationes. Errantibus tantum, & ignorantibus datur condictio, & ignorantibus factum, ut errantibus in calculo, non ignorantibus jus. Nunc quæritur quid sit dicendum ne dubitantibus, hæsitantibus, & titubantibus: hæc est quæstio *l. ult.* Hi videntur mediæ esse cujusdam sortis inter scientes & ignorantes, vinctis similes, ut ait Aristot. 3. *Metaphys.* magis tamen accedunt ad ignorantes. Qui dubitant, ignorant rem propositam, *l. 1. in princ. de leg.* 3. Uno loco ait, *dubitat*, postea, *ignarus sit*, *l. qui in test. & seq. D. de testam.* Igitur qui dubitat ignarus est. Dubitatio est inhibitio progressionis ad sciendum, propensio tamen ad inquisitionem. Et ideo Latinis error est dubitatio plerumque, ut Cicer. 1. *in Rullum, jam omnis*, inquit, *omnium tolletur error*. Et ideo Justinianus censet *l. ult.* dubitanti æque, ac ignoranti dari condictionem indebiti, & adjicit eos non præsumi solvisse in dubio transigendi causa, nisi hoc probetur. Præsumptio transactionis obstat condictioni. Transactio fit de re dubia, *l. 1. D. de transact.* at solutio non statim ideo quod fiat in re dubia, transactionis causa fieri intelligitur, nisi hoc probetur: hoc probato cessabit condictio.

Ad L. penult. Si quis servum *certi nominis, aut quandam solidorum quantitatem, vel aliam rem promiserit, & cum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit: dubitabatur, cujus rei daretur a legibus ei repetitio, utrumne servi, an pecuniæ: & utrum stipulator, an promissor habeat hujus rei facultatem. Et Ulpianus quidem electionem ei præstat, qui utrumque accepit, ut hoc reddat, quod sibi placuerit, & tam Marcellum, quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem, ipsi, qui utrumque persolvit, electionem donat: qui & antequam dependat, ipsam habet electionem, quod velit præstare: & hujus sententiæ sublimissimum testem adducit Salvium Julianum summæ auctoritatis hominem, & prætorii edicti perpetui ordinatorem. Nobis hæc decidentibus, Juliani & Papiniani sententia placet, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui & dandi habuit.*

Legis species hæc est: ego debeo Stichum, aut Pamphilum sub disjunctione: habeo electionem solvendi quem velim. In disjunctivis enim debitoris est electio. Finge: per errorem solvi utrumque, putans me utrumque debere conjunctim. Quæritur an sicut habebam solvendi electionem, si non errassem; habeam etiam condicendi, quem velim, electionem. Ulpianus, Celsus, Marcellus, negant dari electionem, & dicunt, creditoris esse arbitrium retinendi quem velit, non sine ratione: Nam hic creditor nunc est debitor, quoniam debet alterutrum reddere: in disjunctivis autem debitoris est electio. Debet ergo potius esse creditoris electio retinendi, aut reddendi, aut retinendi quem velit, Ulpianus *l. si non sortem, D. de condict. indeb.* ubi citat Celsum & Marcellum: Juliano est aliud judicium; dat enim debitori electionem repetendi quem velit, Justiniano auctore, quod hæc repetitio resolvat solutionem. Debet ergo restituere electionem ei qui habuit: & sic qui habet solvendi electionem, quem velit habet & recipiendi. Cujus sententiæ est vestigium in *l. cum is, in princ. D. de cond. indeb.* Ait, ego debeo Stichum, aut Pamphilum: utrumque solvo per errorem: Si uterque moriatur, vel alter, non condicam, quia qui superest, in soluto remanet. Ergo ex contrario, si uterque vivat, condicam quem voluero. In h. l. pen. appellat Julianum edicti perpetui ordinatorem. Constat Julianum edicta perpetua, id est, ex quibus jus prætores dicebant *perpetuo, ex l. Cornel.* in ordinem composuisse, auctoritate Adriani & Senatus, *l. 2. §. si quid igitur tale, sup. de vet. jure enucl.* adhibita distinctione titulorum, *l. 2. D. de statu hom.* Et hi sunt Juliani, qui dicuntur Di-

A gestorum libri, Edictorum scilicet, qui in inscriptione *l. 1. de his qui not. inf.* significantur his verbis: *Ad edictum*, id est, Digestorum. Permisit Adrianus Juliano, ut Justinianus Triboniano, ut de suo adderet quæ vellet, quod & fecit: addidit pleraque instar edicti, quæ pro edicto sunt: & dicuntur nova edicta, *l. 1. §. si pater nurui, ff. de vent. in poss. mitt.* & novæ clausulæ, *l. qui duos, ff. de conjung. cum emancip. lib.* Postea Severus Imperator hanc compositionem Digestorum Juliani abolere decrevit, quod non obtinuit, ut scribit Spartianus. In quæstione autem proposita, quod videtur Juliano, idem est visum Papiniano. Et horum sententiam Justinianus hic confirmat: solventis esse electionem quem condicat, non accipientis, quem restituat. Itaque corrigit aperte Justinianus §. *ultim. l.* B *si non sortem:* quod & Accursius refert: nec mirum: Nam *l. pen.* est ex 50. decisionibus. Duæ fuerunt editiones Codicis. Primam statim Justinianus retractavit, & ideo hic Codex dicitur repetitæ lectionis. Et in secunda editione addit 50. decisiones. Hæ multa abrogant eorum, quæ continentur Pandect. Qua ex re dignoscantur illæ 50. decisiones, si quæras, Alciatus recte docuit 5. *parergon.* Verum sicut in hac specie Julianus Celso adversatur, Ulpiano, & Marcello, ita etiam necessarium & consequens, ut etiam ei adversetur in speciem, quæ sequitur. Finge: is, qui debet Stichum, aut Pamphilum disjunctim, non solvit utrumque, sed Stichum per errorem, dum putat se Stichum solum pure debere, nec posse liberari alterius præstatione. Quid fiet? an condicet? Celsus ei non restituit ele- C ctionem, atque adeo ei condictionem denegat. Locus Celsi est in *l. si is cui legatus, de legat.* 2. Contra Julianus debitori dat Stichi condictionem, ut recipiat electionem, *l. cum is, §. ultim. ff. de cond. indeb.* hæc est certa antinomia, ut & *l. pen.* arguit necessario, ad quam Tribonianus animum non advertit. Et certe sicut utroque soluto Julianus debitori servat electionem, necesse est, ut eam ei etiam servet altero soluto. Contra Celsus, qui utroque soluto debitori non servat electionem, nec altero soluto ei eam debuit servare. Igitur hac sententia Celsi utroque casu creditor habebit retentionem Stichi, scilicet si solus sit datus: retentionem alterutrius, si uterque sit datus. Sed est Juliani sententia sequenda utroque casu secundum mentem Justiniani, licet secundum casum non attingat Ju- D stinianus. Sed ex decisione primi sequitur decisio secundi. His igitur duobus casibus discordant inter se Julianus & Celsus: sed sic sæpe inter se diffident, ut in specie *l. si procur. ff. de condict. indeb.* quod ex Juliano refertur est contra Labeonem & Celsum. Sic in *l. 1. §. 1. ff. de usufr. accresc.* quod refertur ex Juliano est contra Celsum, *l. & Proculo, de leg.* 2. Unus tantum casus est excipiendus ab hac *l. pen.* qui continetur in *l. plane si duos, ff. de cond. ind.* Duo sunt rei debendi, qui debent Stichum singuli, aut Pamphilum; utrumque pariter solverunt per errorem: an singuli condicent partes, unus partem Stichi, alter Pamphili, sicut si 10. debuissent, & solvissent per errorem 20. singuli condicerent 5. an igitur hominum partes condicent? Non: Nam hominum divisio talis non fit, qualis pecuniæ: & initio non potuis- E sent solvere partes. Ergo non condicent. Quid fiet? Is condicetur in solidum, quem creditor maluerit reddere. Hoc igitur casu cum plures debuerunt sub disjunctione, & solverunt, necessario creditori servatur electio reddendi: secus, si unus tantum solvisset, ut in *l. penult.*

AD TITULUM VI.

DE CONDICTIONE OB CAUSAM DATORUM.

Ad L. I. Pecuniam, quam te *ob dotem accepisse pacto interpo-*

terposito (ut fieri, quum jure matrimonium contrahitur adsolet) proponis: impediente quocunque modo juris auctoritate, matrimonium constare, nullam de dote actionem habes, & propterea pecuniam, quam eo nomine accepisti, jure condictionis restituere debes, & pactum, quod ita interpositum est, perinde ac si interpositum non esset, haberi oportet.

IN hoc titulo occurrit dubitatio, quid significet causa. Causæ nomen est commune, & pro principio agente, & pro fine. In hoc autem titulo accipitur pro fine, qui proprie dicitur res, *l. 1. D. de condict. ob turp. caus. l. damus, D. de condict. indeb.* Ob causam igitur dari dicitur, quod datur ob rem, id est, ob finem aliquem, ut quod datur ob transactionem, ut a lite vel controversia discedatur, vel ob conditionem implendam, quæ testamento adscripta est, legati vel hereditatis consequendæ gratia, *l. 1. D. de condict. caus. dat.* Et generaliter quod datur ut sequatur vel contingat aliquid, ex his causis condictiones ob rem nasci solent, *l. senatus, §. 1. D. de mort. caus. donat. l. periculi esse, D. de naut. fœn.* In qua lege est legendum, *ex quibus condictiones nasci solent*, non *conditiones*, ut vulgo, non est dubitandum, sic enim Græci ἐξ ὧν ἁρμόζει κονδικτίκιος, *lib. 53. Basil. tit. 5.* Igitur dati ob rem re non secuta, id est, si fine suo non potiatur, qui dedit, condictio est. Dato addatur etiam factum: ob rem facti re non secuta est condictio. Non quod factum revocetur (id enim est impossibile) sed æstimatio facti condicitur, *l. si non sortem, §. libertus, de condict. indeb.* At dati, cujus principium est falsa causa, condictio non est semper, ut si do tibi aliquid donandi causa, quod negotia mea curaveris, datio principium habet negotiorum curationem: in quo principio etiamsi fallat, id est, etiamsi mea negotia non curaveris, mihi dati condictio non competit, *l. in summa, §. ideoque, D. de cond. indeb.* At si do tibi aliquid solvendi causa, quia id me tibi stipulanti promisisse existimo, dandi habeo principium stipulationem, quæ si revera nulla fuerit, condictio indebiti mihi competit, quia quasi coactus dedi, quod solutionis nomine dedi: quod autem donationis nomine, non quasi coactus, sed ultro & liberaliter dedi. Dandi causa solutioni cohæret: dandi causa donationi non cohæret: sicut nec falsa causa legatum vitiat. Verum quod ad condictionem ob rem dati attinet re non secuta, ut condictio indebiti, ita & hæc nascitur ex æquo & bono, *dict. l. in summa, §. ob rem, l. 3. §. si quis quasi, D. de condict. ob caus. dat.* non nascitur ex contractu hæc actio, sed ex naturali æquitate: Nam etsi ita habitus sit contractus do ut des, do ut facias, hoc est etiam dare ob rem: ex eo quidem contractu est actio præscriptis verbis, ut des, vel facias: non tamen ut reddas quod accepisti, quoniam id actum non est nominatim, sed ex bono & æquo: est etiam dati condictio & repetitio. Et ideo quod dicitur in *l. 3. §. 1. D. de condict. caus. dat.* competere actionem, quæ ex eo contractu nascitur, id est, condictionem, id non est accipiendum de condictione ob rem dati, quam negamus esse ex contractu, sed de actione præscriptis verbis, quæ etiam dicitur condictio, *l. duo, §. ult. D. de prec.* vel de certi condictione generali, quæ datur etiam ex contractu incerto, id est, innominato, *l. certi, D. de rebus cred.* Igitur hæc actio, de qua tractamus, non est ex contractu, sed ex æquo & bono. Illud autem sciendum est, condictionem ob causam dati re non secuta, non tantum dari ex cessatione, id est, post moram, sed etiam ante moram, ex pœnitentia, si velim revocare datum, *l. 3. §. 1. l. si pecuniam, in pr. & §. si servum, D. de condict. causa data.* De ea, quæ datur ex pœnitentia, nulla est lex sub hoc titulo, omnes sunt de ea, quæ datur ex mora & cessatione, cum is, qui accepit, moram fecit in eo dando, cujus gratia accepit. Itaque in specie *l. pen. inf. hoc tit.* quæ talis est: dedi tibi decem, ut Capuam ires, per te non obstat quo minus eas tempore constituto: sed obstat itineri tempestas, vel insolita vis aquarum, vel alius casus: hoc casu mihi non competit condictio ob rem dati, quia non cessas tua culpa, sed vi casus. Non competit mihi, inquam, condictio ex cessatione, ut Accursius recte adjicit *l. pen.* sed mihi competit condictio ex pœnitentia, ex *l. si pecuniam, D. de condict. causa dat.* quod tamen negat Accursius in *l. pen. hoc tit.* sed in alia specie, non in illa, quam posuimus. Sic enim ponit: Dedi medico decem, ut curaret morbum filii: non curavit. Error non venit ab eo, sed ab eventu, veluti ab aere, sole, metu, quæ dicunt medici τὰ ἔξωθεν. Hoc casu mihi condictio non competit, nec ex cessatione, nec ex pœnitentia. Non ex cessatione quidem, quia non sua culpa frustratus est fine suo medicus; non ex pœnitentia, quia non licet pœnitere, nisi re integra, *l. quod servus, D. de condict. caus. dat.* Res est integra, si nondum Capuam ieris, adversa tempestate retentus. Res est integra, si curatio, quam institueras, impedita fuerit ab eventu gravi, vel ab ipso ægroto, vel a famulis. Nam videtur curasse morbum is, per quem non steterit quo minus curaverit. Itaque non cogitur reddere, quod accepit ulla ex causa, *l. in omnibus causis, l. in jure civili, D. de divers. regul. jur.* Igitur sic posita specie in medico, male reprehendit Accursium Bartolus: nam verum est, nec ex cessatione, nec ex pœnitentia condictionem dari. Sed dicamus de aliis speciebus, quibus datur condictio ob causam dati: Una est; dedi pecuniam ob dotem, & pactum interposui, quod solet interponi, cum jure matrimonium contrahitur, id est, pactum reddendæ dotis in casum, quod dicitur pactum vulgare, *l. Bæbius 9. D. de pact. dot.* Matrimonium illud, cujus gratia pecuniam dedi, jure non potest contrahi: Dos igitur non est quam dedi: quia non est dos sine matrimonio, pecunia, quam dedi non est dotalis. Pactum, quod feci non est dotale. Igitur per actionem de dote non est pecuniæ repetitio. At per condictionem ob rem dati re non secuta erit repetitio, *l. 1. hic, & l. si extraneus, ff. eod.* Dices, quod Accursius opponit; imo est condictio sine causa. Dicam, datum ob rem re non secuta, condici etiam posse, quasi sine causa datum, *l. 1. §. 1. D. de cond. sine causa, l. si mulier, ff. de condict. ob rem dat. l. prætor, §. emancipatus 2. ff. de coll. dot.* imo poterit etiam condici quasi indebitum, *l. 8. tit. prox. sup.* condictionum fere harum promiscuus est usus. Rursus dices, si matrimonium est injustum, tantum abest, ut pecuniæ ob dotem datæ sit condictio, ut fiat caduca, ut Accursius etiam proponit. Dicam vero caducam fieri eam pecuniam, si nuptiæ secutæ fuerint contra præcepta legum. At in specie proposita non ponimus secutas nuptias, sed speratas, & pactas: vel est decisio *l. 1.* accipienda sub hac exceptione, nisi quo casu fisco sit locus. Haloander pervertit lectionem hujus legis, qui duos aut tres versus delevit: retinenda est igitur vetus lectio: *si pecuniam, quam te ob dotem accepisse, pactumque interpositum, &c.* ut in veteribus. Non fero etiam Accurs. dicentem, pecuniam quam, id est, pecuniam aliquam. Videtur quidem esse barbara locutio; verum similis est in *l. eam quam, inf. de fideicomm.* eam, quam instituerat .i. instituta more Græcorum, & eo modo, quo in *lege filium, supra famil. ercis. Eum quem*, id est, filius, qui habuit fundum: sic hoc loco, pecuniam, quam te ob dotem accepisse, id est, accepta pecunia nullam de dote actionem habet, id est, non potest repeti actione de dote: sed repetitur condictione ob causam dati.

Ad L. II. Si (ut proponis) *pater tuus ea lege sorori tuæ prædia, ceteraque, quorum meministi, donavit, ut creditorib. ipsa satisfaceret, ac si placita observata non essent, donatio resolveretur, eaque contra fidem negotii gesti versata est: non est iniquum, actionem condictionis ad repetitionem rerum donatarum tibi, qui patri successisti, decerni.*

DOnavi filiæ eo fine, ut creditoribus meis satisfaceret: non satisfecit, non sequitur res: condictio

ctio ob rem dati dabitur fratri, qui mihi heres extitit. Erit & actio ex contractu præscriptis verbis, ut scilicet satisfaciat creditoribus, vel præstet quanti interest, non ut donatum reddat, *l. hereditatem, ff. de don.* In qua l. J.C. proponit patrem donasse filiæ sui juris effectæ, & agere cum ea præscriptis verbis, ut creditoribus satisfaciat. Ita etiam necesse esset poni in *h. l.* 2. Patrem filiæ donasse sui juris effectæ, si pater ageret cum filia eo nomine. At pater non agit, sed post mortem ejus agit frater heres patris. Convaluit ergo donatio morte, etsi filia fuit in potestate, *l. donationes, inf. de don. int. vir. & ux.* ideo recte agit frater condictione ob rem dati, vel præscriptis verbis. Itaque non est necesse poni filiam fuisse emancipatam; & hic est unus error Accursii, quem omnes fere sequuntur interpretes: sunt & alii, veluti cum ait, ex contractu nominato dari præscriptis verbis: quod falsum esse constat ex *tit. de præscript. verb.* numquam enim datur, nisi ex contractu innominato. Item cum ait, donationem esse contractum nominatum, quod etiam est manifeste falsum: nam donatio vel fit simpliciter, vel sub lege aliqua. Quæ fit simpliciter, aut traditione perficitur, aut pacto: quæ traditione perficitur, non est contractus, quia nec conventio: quæ pacto, pactum est, non contractus: quæ duo nostri semper separant. Donatio, quæ fit sub lege aliqua, est contractus nomine vacans: ut dono tibi prædia, ut me meosque alas. Hoc negotium caret nomine, & ideo ex eo est actio præscriptis verbis. Postremo in contractibus nominatis non dari condictionem ob rem dati, quod etiam est falsum: ut si tibi dedi decem, ut mihi servum emas, certe est mandatum, & contractus nominatus. Quod tamen si revocavero re integra, mihi competet condictio ob causam dati, *l. si pecuniam, §. si servum, ff. de cond. causa dat.* Itaque in contractibus nominatis, quandoque habet locum condictio ob causam dati. Item si dedi, ut rem mihi venditam, vel locatam, vel depositam redderes, mihi competit actio locati, depositi, empti, & condictio ob rem dati, *l. ult. ff. de condict. ob turp. caus. l. ult. depos. l. si tutor, D. de tut. & rat. distr.* Et ita cum condictione sine causa concurrit etiam actio ex contractu nominato in *l. 2. de cond. sine causa*, & cum condictione indeb. *l. 2. sup. tit. prox.* Ideoque in *l. cum te, inf. de pact. int. emp. & vend.* non tantum erit actio ex vendito resolvendæ venditionis gratia, sed etiam condictio ob rem dati. Sicut etiam in *l. si is qui hereditatem, & l. sed & si me putem, de condict. indeb.* non tantum erit condictio, sed etiam actio ex vendito, *l. si tibi, de act. empt.* At in specie *l. si non donationis, inf. de contr. empt. & l. ea, de rescind. vend. inf.* neutra actio dabitur distrahendæ venditionis causa, quia id actum non intelligitur, quod eis excussis liquido constabit.

Ad L. III. Ea lege in vos collata *donatio, ut neutri alienandæ suæ portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet: vel ut donator, vel ejus heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quæratur.*

QUæstio legis 3. est, an valeat alienatio facta contra prohibitionem. Legi datæ donationi si non pareatur, donatori competit condictio ob rem dati. Finge igitur: donavi tibi fundum ea lege ne alienares. Ea lex jure probata est, *l. 133. §. ea lege, ff. de verb. oblig.* Alienasti fundum contra legem dictam donationi. Condicam tibi fundum, quasi ob rem datam re non secuta. Condemnatio autem fiet non in fundum, quem non habes, sed in æstimationem: lis æstimabitur: donatio autem vel alienatio non fiet irrita. Igitur valet etiamsi facta sit contra legem conventionis. Sed donatori competit condictio in donatarium: in emptorem ei non competit actio in rem, nec venditor habet actionem in rem adversus emptorem. Et hic Græci nominatim notant, alienationem jure fieri. Qui aliud sentiunt, adferunt *l. his solis, infr. de revocan. donat.* in qua præterquam

A quod ponitur alia species, quam illa, de qua tractamus, in ea vindicatio significat ultionem, non actionem in rem. Item adferunt *l. ult. infr. de reb. alien. non alienand.* ea lex ait, quidem pacisci licere, ne quis alienet, factam autem alienationem contra pactionem esse irritam non dicit. Item adferunt *l. pen. infr. si manc. ita fuer. alien.* quæ lex non loquitur de servo prohibito alienari, id est, vendi, aut donari, sed de servo conventione prohibito manumitti, quæ conditio hæret servi personæ, ac si dixisset, nolo te ad libertatem pervenire. Ideo ea lex impedit libertatem. Item adferunt *l. si cred. §. ult. D. de distract. pigno.* quæ lex dicit nullam esse venditionem pignoris factam a debitore contra fidem pacti facti cum creditore. At in ea lege creditor legem dixit ne venderetur pig. qui semper retinet jus in re, id est, hypoth. & ideo

B nulla venditio censetur propter legem, quam dixit qui in re jus habet & retinet. In hac autem lege nostra is legem dicit, qui nil juris in ea re retinet. Et ideo qui eam acceperit, alienando non ideo minus dominium ejus rei transfert, obligatur tamen condictione. Item adferunt *Novel. de alien. & emphyt. in §. sanctissimis*, in qua Justinia. vetat alienari ea, quæ ecclesiis sunt data, ea lege ne alienarentur. Sed id fit favore ecclesiarum. Postremo adferunt *Novel. 117. in pr.* ex qua patri non acquiritur ususfructus earum rerum, quæ sunt donatæ filio ea lege, ne ususfructus obveniret patri. Verum hæc sunt diversa. Aliud est enim donari, & lege conventionis alienatione interdici donatario, ut in *h. l. 3.* aliud donari pleno jure, ita ut nihil obveniat patri, in cujus potestate est donatarius, quam voluntatem servari æquum est, *§. per*

C *traditionem, Instit. de rer. divis.* Male autem Accurs. hoc loco, eam Novel. coangustat ad ultimas voluntates, puta ad legata relicta filiofam. ea lege. Nam manifeste loquitur etiam de don. Hæc de alienatione facta contra conventionem, quæ fit contra legem, & ipso jure nulla est. Alienatio autem, quæ fit contra præceptum testatoris, valet jure, sed fideicommissario, cujus tantum respectu præceptum illud testatoris sustinetur, datur persecutio non tantum in heredem, sed etiam in emptorem, aut donatarium, *l. si quando, §. heres, de leg. 1. l. qui solid. §. ult. de l. 2. l. pater, §. 1. D. de leg. 3.* Et hæc de prohibita alienatione: illud addendum de condictione ob rem dati: ubi est condictio ob rem dati cessare vindicationem: unum tantum casum exceptum invenio favore alimentorum ex constitutionibus, si quis donaverit prædia sua ea lege,

D ut donatarius se aleret, si donatarius non præstiterit donatori alimenta: non tantum dabitur condictio ob rem dati, sed etiam vindicatio utilis. Vindicabitque utiliter quasi sua ab eo, qui alimenta infitiatur, quorum causa maxime est favorabilis, *l. 1. inf. de don. quæ sub mod.* Ubi est expendendum, quod ea lex ait, ter, *in hoc casu.* Nam alias ubi est condictio, cessat vindicatio.

Ad L. IV. Si cum exiguam *pecuniam revera susciperes, longe majorem te accepisse cavisti, eo quod tibi patrocinium adversarius repromitteret: cum dicas fidem promissi non secutam: ut libereris obligatione ejus, quod non acceptum propter separatum patrocinium spopondisti, per condictionem consequeris.*

E NOtandum est ex hac l. non tantum ob rem dati, sed etiam ob rem promissi esse condictionem re non secuta. Hæc est incerti, illa certi. Finge: minorem pecuniam mutuam sumpsi: majorem scripsi, & cavi ea lege, ut me tuo patrocinio juvares, non juvas: incerti condictio est, id est, cautionis & liberationis, *l. 3. sup. de postul.* vel si pecuniam dedi sub eadem conditione; advocatione non præstita certi condictio est, *l. ult. inf. hoc tit.* Quod ita procedit, nisi per advocatum non steterit quo minus causam ageret, tunc enim condictio utraque cessat, *l. qui operas, D. eod. l. 1. §. Divus, D. de extraord. cognit.* nisi advocato aliquid dederis, aut promiseris supra modum legitimum, id est, supra 100. aureos. Hunc ha-

habent modum, & finem honoraria advocatorum, *συνηγόρων*, ut non excedant centum aureos. Hoc caſu utile per inutile non vitiatur, ſed id duntaxat condicitur, quod excedit modum legitimum, videlicet, ſi advocatus cauſam egerit, aut per eum non ſteterit; alioqui totum condicitur certi vel incerti, *l.*1.§.*in honorariis, de extraord. cognit.*

Ad L.V. Si militem ad negotium *tuum procuratorem feciſti, cum hoc legibus interdictum ſit, ac propter hoc pecuniam ei numeraſti: quicquid ob cauſam datum eſt, cauſa non ſecuta reſtitui tibi competens judex curæ habebit.*

NOtandum ex hac lege, huic condictioni locum eſſe, ſi lex ſeu conditio ſit poſſibilis, ut in ſuperiori exemplo. Quid ſi impoſſibilis? Condictio ceſſat, cauſa non ſecuta, & conditio habetur pro non ſcripta in *l.*8. *inf. hoc tit.* Idque certum eſt in ea conditione, quæ natura eſt impoſſibilis: ut do tibi decem, ut cœlum aſcendas: datio utilis eſt, conditio nulla eſt. At quid ſi conditio jure ſit impoſſibilis? ut ſi tibi dedero, ut liberum hominem manumitteres, quod non fit jure niſi in Latinis: vel ſi dedero, ut eam duceres, cum qua non eſt connubium, vel ſi dedero militi, ut mea negotia procuret, quod eſt jure prohibitum. Igitur his caſibus cauſa, ob quam dedi, ſequi non poteſt. An igitur eſt locus condictioni? ſi ſciens dedi, non condicam: ſi ignorans, condicam. Et ideo in l. *6.* hujus tituli recte proponitur, eum, qui dedit filiæ manumittendæ cauſa, quæ erat libera, dediſſe ignorantem, filiam eſſe liberam: alioqui datum non condiceret. Et Accurſ. in l. 1. hic recte ponit, eum, qui dedit ob dotem, dediſſe ignorantem conditionem perſonarum, inter quas non poſſunt eſſe nuptiæ, *l.*3. *inf. ſol. matrim.* Sic etiam in hac l.5. ut Accurſius refert, ex quorundam ſententia, ponendum eſt, me militi donaſſe, ut mea negotia procuraret, ignorantem eſſe militem: & ideo miles, qui accepit, mihi tenetur condictione ob rem dati re non ſecuta. Et generaliter, ſicut condictio indebiti, ita & condictio ob rem dati ſcienti factum, vel ignoranti jus, non datur: erranti in facto datur. Milites autem non poſſe procurare aliena negotia conſtat ex *l. milites, inf. de loc.* & ex Vegetio *lib.*1. *cap.* 19. id eſt, *ex diſciplina militari.* Et Ambroſio 1. *Offic. cap.* 36. Denique generaliter ex *l.* 5. eſt concludendum: Id quod datur certa lege, ſive conditione valere; etiamſi conditio illa ſit impoſſibilis. Obſtat quod dicitur, impoſſibilem conditionem vitiare contractum, *l.* 7. *de verb. oblig.* Ita reſpondendum. In hoc propoſito conditionem accipimus pro modo, ut *l. Mævia, de man. teſta.* Conditio impoſſibilis vitiat contractum, ut ſi cœlum aſcenderis, quia hæc obligatio nunquam cedit. At quod datur ſub modo, ſtatim habet effectum, etſi modus ille ſequi non poſſit, id eſt, ſtatim dominium transfertur, nec revocatur modo non ſecuto, niſi ab ignorante. Obſtat etiam *l. ab adminiſtrat. inf. de leg.* In hac l. 5. dedit militi, ut procuraret; quod non poteſt facere. In illa *l. de legat.* legavit militi, & tutelam ei adſcripſit, quam etiam non poteſt gerere. In hac lege 5. datum revocatur: in illa legatum valet, etſi non adminiſtret tutelam. Dicendum igitur in illa lege non fuiſſe legatum relictum ſub modo, ut tetelam gereret: ſed ſeparatim fuit relictum legatum tutela adſcripta, & ſi cum poſſet tutelam gerere legatarius, non gereret, amitteret legatum: at quia non poteſt, non amittit legatum, quod non expreſſo eo modo ei eſt relictum.

Ad L.VII. Si repetendi, *quod donabas uxori ejus, quem ad proficiſcendum tecum hujuſmodi liberalitate provocare propoſueras, nullam addidiſti conditionem, remanet integra donatio: cum levitati perfectam donationem revocare cupientium, jure occurratur.*

NOtandum huic condictioni locum eſſe, ſi ſit expreſſa conditio, vel certe ſi habeatur pro expreſſa, id eſt, ſi de ea conſtet inter partes, nec ſequatur ea conditio. Aliud eſt dicendum ſi quis dederit pure in hamo, ut dicitur: quod appellatur *munus hamatum, & viſcatum ſpe eliciendi aliquid*. Ut dedi ſpe remunerationis, de qua tamen nihil dixi, id ſi non ſequatur, non eſt condictio, *l.*7. *ſi majores, ſup. de tranſact. l.*3. *ſi quis quaſi, ff. de condict. cauſa data.*

Ad L. IX. Si liber conſtitutus, *ut filiæ tuæ manumittantur, aliquid dediſti: cauſa non ſecuta de hoc tibi reſtituendo condictio competit. Nam ſi quid ſervus de peculio domino dederit: contra eum quidem nullam actionem habere poteſt: ſed dominum, qui ſemel accipere pecuniam pro libertate paſſus eſt, aditus provinciæ rector hortabitur (ſalva reverentia) favore ſcilicet libertatis, placito ſuo ſtare.*

SPecies eſt, liber homo dedit tibi pecuniam ea lege, ut filias ejus manumitteres, quas habes in poteſtate: non manumittis: competit condictio ob rem dati, vel præſcriptis verbis. At finge: ſervus tuus tibi dedit ex peculio te connivente, ea lege, ut filias ſuas conſervas manumitteres: non manumittis, quid fiet? Neutra actio eſt ſervo cum domino; verum favore libertatis extra ordinem agetur per præſidem, ut manumittas filias: *ſalva*, inquit, *reverentia*, id eſt, verecunde aget hac de re tecum ſervus, *l.*8. *infr. de lib. cauſa.* Et ideo præſes non tibi imperabit, ut manumittas ſervandæ reverentiæ cauſa: ſed te hortabitur, ut eas manumittas nomine ſervi. At ea adhortatio eſt neceſſaria, & pro imperio. Et ideo ad d. legem 8. Græci nominatim dicunt *ἀναγκάζεται*, lib. 48. *βασιλικῶν*. Itaque male Accurſ. exiſtimat dominum non cogi, ſed ex ejus arbitrio pendere. At in hac ſpecie (quod male diluit idem Accurſ.) ceſſat Conſtitutio Marci & Commodi ad Victorinum, id eſt, filiæ non ſunt ipſo jure liberæ. Nam ea conſtitutio tantum pertinet ad venditionem ſervi, vel ad donationem ea lege factam, ut manumittatur: ſi non manumittatur, ut ſit liber ipſo jure. Non pertinet autem ad donationem pecuniæ ea lege factam, ut ſervus manumittatur. Et ideo, ſi non manumittatur, non fit liber ipſo jure, & competit condictio, quæ non competeret, ſi jus repræſentaret manumiſſionem, id eſt, fieret liber. Et hoc ita; niſi quis dederit illam pecuniam, quaſi pretium ſervi. Nam tunc brevi manu videtur ſervum ipſum dediſſe manumittendi cauſa. Tunc ſi non manumittitur, fiet ipſo jure liber, *l. Paulus reſpondit, de lib. cauſa, l. ſi is qui pretium, infra, ſi manc. ita fuerit alien.*

AD TITULUM VII.

DE CONDICTIONE OB TURPEM CAUSAM.

SUPERIOR titulus eſt de condictione ob cauſam honeſtam. Hic titulus de condictione ob turpem cauſam, id eſt, quæ fit contra bonos mores: cauſa futurum finem ſignificat. Itaque Accurſius male cauſam accipit etiam pro præterita. Illa condictio datur re non ſequuta, videlicet ſi ſolius accipientis turpitudo fuerit, *l.* 4. *hoc tit. l.* 1. *ff. eod.* Quod ſi dantis tantum turpitudo fuerit, ceſſat condictio: ut ſi dederis mercedulam meretrici, quam ipſa quidem turpiter non accipit, cum ſit meretrix: qui dat, turpiter dat, & ideo datum non condicit. Sic etiam, ſi utriuſque dantis & accipientis turpitudo verſetur, hæc condictio ceſſat, ut ſi dedero judici, ut male judicaret, vel etiam bene: & locum habet regula; In pari cauſa turpitudinis, potior eſt cauſa poſſidentis, *l. ult. h. t. l. pen. ff. eod. l. ult. ff. de condict. ſine cauſa.* Huic igitur condictioni tantum locus eſt, cum ſolius accipientis turpitudo verſatur: ut ſi dedero tibi pecuniam, ut mihi redderes rem, quam mihi furto abſtuliſti; non do turpiter, tu vero turpiter accipis, *l. pen. hic*, vel ſi dedero, ut mi-

A mihi redderes abacta mea pecora, *l. ult. hoc tit.* in qua *l.* etiam aliquid additur de condict. furtiva, sed id dicemus in seq. tit. Item si quis dederit pecuniam evitandi tyrocinii causa, ei condictio competit, *l.3. hic*. Hoc autem videtur prima specie falsum, cum ex utraque parte videatur subesse turpitudo: nam non est honestum detrectare militiam pretio dato. Non licet quidem citato ad delectum non respondere, qua ex causa olim, qui citatus non responderat, in servitutem redigebatur, id est, vendebatur. Quod traditur in *l. qui cum uno*, *§. qui post*, *de re mil.* inviti ad milititiam deducebantur. Idem etiam ait M. Tullius pro Cæcinna ad finem. *Jam populus*, *&c.* significat ibi, vendi eum, qui non respondit ad delectum: bona etiam ejus vendebantur. Flor. in Epitome lib. 4. *Curius Dentatus, cum haberet delectum, ejus, qui citatus non responderat, bona vendidit.* B Interdum etiam ædes ejus, aut villæ diruebantur ob contumaciam, *l. si is cum quo*, *D. Comm. divid. motu judicis*, inquit, *id est*, iracundia. Id igitur fiebat, non tam recepto jure, quam motu, iracundia, & calore judicis: idque fiebat non in ea tantum causa, sed & in aliis omnibus ob contumaciam: quod & hodie plerisque locis fit: quod indicat Cicero 1. Philip. *Cum non venisset M. Tullius in senatum, dicit Antonius, se cum fabris*, &c. Verum hoc fit iracunde, nec coercetur factum judicis. Itaque jure quidem ordinario nil est ultra pignus, aut mulctam, id est, contumax coercetur pignoribus captis, aut mulcta: extra ordinem tamen motu judicis ob gravissimam contumaciam, etiam ædium demolitione punitur. In ea autem *l. si is cum quo*, vulgo ita est scriptum, *si ad delictum non responderit*: id rectum C est: atque ita semper habent libri manuscripti omnium auctorum, *delictum*, pro *delectum*. Recte etiam *d. §. qui post, in Pand. Flor. dilectum*, scriptum est. Festus, *dilectus*, inquit, *militum, & is, qui significatur amatus, a legendo sunt dicti*. At in hac l. 3. non est ita species ponenda, ut quis citatus ad delectum non responderit, qua tamen ex causa hujus rescripti tempore nemo coercebatur: nam utebantur voluntario milite, non coacto: *d. §. qui post*, species est. Eum, qui habebat delectum militum, terrore illato ab aliquo, qui nunc tamen est miles (ut inscriptio legis 3. indicat) ab eo, inquam, eum pecuniam extorsisse, ne eum deligeret, & citaret tyronem, sive militem: qua ex causa is quidem, qui dedit pecuniam, licet videretur dedisse pecuniam metu delectus, quod ille minaretur, se illum delecturum, ni D pecuniam daret, tamen non habet actionem quod metus causa: nam hic metus non sufficit: ut enim ea sit actio graviorem metum exigimus, ut mortis, servitutis, aut vinculorum, *l. cum te*, *sup. de his quæ vi met. causa*. Habebit tamen condictionem ob turpem causam, quia turpiter non dedit, qui perterrefactus dedit, oneris, quod quis minabatur, subterfugiendi causa. At qui ob eam causam accepit, turpiter accepit, & ob id tenetur non tantum condictione accepti, sed etiam concussionis crimine extra ordinem. Concutere est perterrefacere. Concussio est, cum quis terrore illato aliquid ab aliquo exprimit. Contra, si quis in furto, vel adulterio deprehensus, adhibito metu mortis, aut vinculorum pecuniam dederit, ut se redimeret, habebit hoc casu actio- E nem quod met. causa, *l. nec timorem*, *& seq. D. quod met. causa*: condictionem quasi turpiter accepti non habebit, cum & turpiter dederit, *l. 4. D. de cond. ob turp. caus.* Denique & hæc est summa: hæc condictio non datur, nisi solius accipientis turpitudo versetur, *l. solet*, *ff. de præscr. verb.* Diximus de dato ob turp. caus. nunc dicendum de promisso, si quid sit promissum ob turpem causam ipso jure nulla contrahitur obligatio, *l.5. hic*, *l.27. D. de verb. oblig.* Si dubitetur, ut plerumque accidit, quæ fuerit causa promittendi, turpis an honesta: tum agenti opponetur exceptio doli, aut in factum: quod generaliter procedit, seu promittentis, seu stipulantis, seu utriusque turpitudo fuerit. At si vel promittentis tantum, vel utriusque turpitudo fuerit, ita

A eveniet, ut qui tutus exceptione doli perpetua solverit, non condicat: quod tamen regulariter secus est: qui tutus exceptione perpetua solvit, condicit, & maxime exceptione doli, *l. qui se deb. D. de cond. caus. data*. Igitur qui solvit ob cautionem turpem, quia tutus exceptione doli solvit, videtur ea ratione posse condicere ut indebitum. At alia ratio obstat condictioni, quia ex turpi causa solvit. Hic est sensus *l. pen. D. de cond. ob tur. caus.* Et est similis ratio *l. cum is*, *§. pen. D. de cond. indeb.* Pertinet & ad hanc rem *l.7. hic*; in qua additur, eum, qui exceptionem illam opponit doli, vel in factum, allegans se promisisse ob turpem causam, id probare debere, cum res est dubia: non est hæc exceptio non numeratæ pecuniæ, sed est exceptio doli, aut in factum, itaque est perpetua: non numeratæ pecuniæ est temporaria. Qui simpliciter B allegat non numeratam fuisse pecuniam, id debet allegare intra biennium: qui allegat se promisisse ob turpem causam, id potest allegare perpetuo. Præterea exceptio non numeratæ pecuniæ transfert onus probandi in actorem, *l. 1. inf. de probat. l.3. inf. de non num. pec.* At qui allegans turpitudinem cautionis utitur doli exceptione, aut in factum, ei incumbit onus probandi, non actori *l. 1.* & probare, inquit, debet judici, quod est certissimum: probamus judici, non adversario, neque adversarii, sed judicis arbitratu. Quæritur hic an cautionis etiam condictio sit? & constat esse: quo casu & dantis, aut dari esset condictio, id est, si solius stipulantis turpitudo versetur. Quæritur etiam an pignus ob turpem causam contrahatur, ut si promittat quis ob turpem causam dato pignore, qua de re disputat Accursius *l. 2. hic*. Idem quæ- C ri potest de fidejussore. At constat fidejussorem non obligari, *Nov.14.* Ergo & pignus non obligabitur.

AD TITULUM VIII.

DE CONDICTIONE FURTIVA.

HUJUS condictionis hoc est præcipuum, ut cum aliæ condictiones dentur non dominis, hæc detur soli domino, cui furtum factum est, *l.1. ff. eod.* Eadem est ratio condictionis rerum amotarum, quæ quasi furtiva est, & condictionis bono- D rum raptorum, & pecorum abactorum. Loquimur autem de condictione certi. Nam condictio ex causa furtiva incerti datur etiam non domino, veluti creditori, aut bonæ fidei possessori, ratione possessionis per furtum interversæ, *l. & ideo*, *§. ult. D. eod. l.25. ff. de furt. l.1. §. ult. & l.2. ff. de condict. trit.* Datur autem hæc condictio, si res furtiva exstet, vel perierit, idque adversus furem, vel heredem ejus: quandoquidem rei furtivæ periculum ad furem spectat; quia perit post moram quocunque tempore pereat: nam fur ex tempore delicti, semper moram facere intelligitur, etiam sine interpellatione. Hæc mora fit in rem, id est, re ipsa, non in personam, *l. ult. tit. prox. sup. l. ult. ff. de condict. furt.* Purgatur tamen hæc mora oblatione. Et ideo si post oblationem rei furtivæ ea res perierit, fur hac actione non tenebitur, E *l. 2. hic*, ubi ait, si ante oblationem perierit, fur tenetur, *l. subtracto*, *inf. de furt.* Purgatur etiam mora furis aliis modis, veluti stipulatione, aut judicato, *l. scire debemus*, *§. ult. D. de verb. ob.* hæc actio videtur plerisque esse ex delicto, idque ex *l. si cum mulier*, *§. hæc actio*, *ff. rer. amot.* cum tamen hæc actio non persequatur pœnam delicti, & ex delicto quatuor tantum tradantur esse in Instit. furti, quæ alia est, quam furtiva, injuriarum, damni injuria dati, & bonorum raptorum videtur potius esse introducta ex bono & æquo, ut ceteræ aliæ, ut condictio ex causa injusta, quæ est proxima & finitima condictioni ex causa furtiva, in *l. rerum*, *ff. rer. amot.* ubi dicitur condictionem ex injusta causa esse jurisgentium, id est, ex bono & æquo. Et sane ideo dici-

tur

tur condictio furtiva esse ex delicto, quia est ex causa furtiva, & quia est comparata odio furum, ut pluribus actionibus teneantur in §. *sic itaque*, *Instit. de act.* contra regulam juris civilis, quæ dictat, domino rei suæ condictionem non dari. Id tamen non est satis. Quid enim utilitatis adfert hæc condictio? videlicet ut dum fures condictione obligati censentur ad dandum (qua in ré moram semper facere intelliguntur in dando) res quam dare debent, eis pereat, etiam si casu fortuito pereat, quasi perempta post moram; quæ tamen res eis non periret, sed domino, si tenerentur sola in rem actione. Nam malæ fidei possessor rei alienæ casum fortuitum non præstat, *l. utique*, *ff. de rei vindicat.* *l. illud*, *ff. de petit. hered.* Hoc igitur adfert condictio furtiva, ut etiam re perempta casu fortuito, agat sibi dari oportere, quasi perempta post moram. Proprie igitur hæc actio non est ex delicto. Ex delicto sunt proprie, quæ delicti pœnam persequuntur; condictio furtiva rem non pœnam persequitur: & ideo heredi & in heredem datur, & est perpetua, actio furti est pœnalis. Et ideo, ut proponitur in *l. 1. h. tit.* si plures sint fures unius & ejusdem rei, & cum uno sit actum furti, alter non liberatur: pœna unius non liberat alium. At si cum uno egeris in solidum condictione furtiva, & rem consecutus fueris, ceteri liberantur. Condictiones rerum non iterantur, ne bis eandem rem consequamur, *l. 1. hic.* Non est omittendum, condictionem furtivam interdum dici actionem furti, *l. cum furti*, *ff. de in lit. jur.* *l. si is qui*, *ff. de furt.* Actio igitur furti est genus, quod etiam indicat *l. eum qui*, §. *qualis*, *D. de furt.* species hæ sunt. Pœnalis, quæ proprie dicitur actio furti, & condictio rei furtivæ.

AD TITULUM IX.

DE CONDICTIONE EX LEGE, ET SINE CAUSA, VEL INJUSTA CAUSA.

ACTIONES vel sunt civiles, vel prætoriæ, vel ex legibus, vel ex constitutionibus, *l. 2. inf. de quadrien. præsc.* Civiles sunt, quæ sunt ex duodecim tabulis, ut ex empto vendito, vel quæ sunt instar earum, ut præscriptis verbis. Prætoriæ, quæ sunt ex edicto Prætoris. Ex novis autem legibus, vel constitutionibus aliæ nomen suum habent, ut damni injuria dati ex lege Aquilia: ut injuriarum ex lege Cornelia: Aliæ nomen suum non habent, & appellantur condictiones ex lege: quarum nulla est alia causa, quam legis auctoritas, quæ eas prodidit. Harum varia proponit exempla Accursius *l. 1. D. eod.* partim vera, partim falsa. Unum est ex *l. un. sup. de suff.* idque falsum. Nam ibi datur condictio ex stipulatione, non autem ex lege. Alterum est ex *l. si quis argentum*, *inf. de donat.* Sed ibi etiam non est condictio ex lege, sed condictio ex pacto legitimo, sicut & aliis multis casibus, ex pacto est actio, quod lege juvatur. Alia sunt vera, veluti ex *l. ult. sup. de petit. hered. ubi nominatim de condictione ex lege*, *l. ult. inf. de jure del.* Addatur etiam *l. 4. sup. ex recept. arbit.* & §. *tripli*, & §. *quadrupli*, *Instit. de act.* Sed omnes illæ condictiones, quæ proponuntur illis locis, sunt ex constit. Just. Quærenda autem est condictio, quæ sit ex jure antiquo: talis est condictio ex lege Julia, quam Interp. non animadverterunt, de qua est *l. hæc actio*, *D. sol. matrimonio.* De qua lege Julia loquitur lex præcedens. Est etiam alia ex lege Julia, de qua in *l. si postulaverit*, §. *ult.* & *l. seq. ff. ad leg. Jul. de adult.* Est condictio ex senatusconsulto Sabin. de qua Theoph. §. *sed ea omnia*, *Institut. de hered. quæ ab intest. def.* Est etiam condictio ex *l. 1. hujus tit.* cujus species est de debitore fisci, qui debebat fisco ex primipili causa. Primipilus in libris nostris significat semper annonam militarem, vel ejus annonæ præbitionem & curam, *l. 8. inf. de chor. prim.* in *l. 6. & 17. C. Theod. eod.* Inde pastus primipili, militaris scilicet, *l. 3. & 7. eodem tit.* *l. 8. & 10. C. Theodos. eodem.* Atque ita rectissime Theodorus Hermopolites *lib. 9. tit. 9.* definit primipilum esse annonam, quæ datur centurionibus primipili *τοῖς πρώτοις ἀκοντισταῖς*, ut distribuatur inter milites. Et ideo recte Vegetius *lib. 2. c. 8.* loquens de centurionibus prim. *totius*, inquit, *legionis commoda, & merita consequebantur.* Sic etiam hanc legem recte Græci interpretantur: *Alimenta militaria fisco debens*, *ὁ διατροφὰς στρατιωτικὰς τῷ δημοσίῳ ὀφείλων*. Verum ob eam causam tam necessariam Reip. multa sunt recepta jure singulari. Primum ut qui debet ex causa primip. si non sit par solvendo, nec ipse, nec ejus fidejussores, vel nominator, ut dos uxori fisco vindicetur, manente etiam matrimonio, & ex ea sibi suum servet, *l. satis*, *infra*, *in quibus causis pign. vel hyp. tac. contrah.* Item ut ex ea causa fiscus vindicet rem obligatam dotis nomine, quod est contra privilegia dotium, *l. 3. infra*, *de primip. lib. 12.* Item ut fiscus vindicet ex ea causa rem donatam uxori, licet morte debitoris ex causa primipili donatio ea sit confirmata, *l. si non virum*, *ff. de donat. inter virum & uxorem*, quod est contra orationem Divi Marci. Illud est quoque receptum, ut ejus filii, qui debet fisco, ex hac causa teneantur fisco, etsi patri heredes non extiterint, *l. ul. infr. de primip.* *l. si tutores*, *inf. de compensat.* Postremo hoc proponitur in hac *l. 1.* ut urgente fisco debitor ex causa primipili agat adversus suos debitores ante diem, pecuniæ conficiendæ causa: aget autem condictione ex hac *l. 1.* Nam ipso jure ante diem nulla est actio in debitorem, *l. certi condict. ff. de reb. cred.* Errat autem Accurs. dum putat hac l. 1. dari condictionem fisco, imo datur aperte debitori fiscali, & ideo l. ait, præsidem cogniturum, qui tamen non cognosceret, si res ageretur inter fiscum & privatum. Fateor tamen quo casu debitori ex causa primipili competit actio in suos debitores, eodem etiam utiliter fisco competere contra debitores debitoris, quod explicabimus *l. 3. tit. prox.* Hic titulus etiam est de condictione sine causa, vel injusta causa. Condictio ex injusta causa, vel ob causam injustam est, ut si dedi ex stipulatione vi aut metu extorta, debitum dedi: nam ea stipulatio valet ipso jure: & ideo cessat condictio indebiti, sed superest alia causa, quæ dat condictionem, quia ex injusta causa dedi, *l. ex ea*, *ff. de cond. ob turp. cau.* Quo casu non erit actio quod metus causa, quoniam in solvendo vim passus non sum, *l. 2. sup. de his, quæ vi metusve causa gesta sunt.* Igitur eo casu non est condictio indebiti, non est actio quod metus causa. Est tamen condictio soluti ex injusta causa: & generaliter condictio ex injusta causa, vel sine causa competit, quoties sine causa, vel injusta causa res est apud aliquem. Et utraque ex æquo & bono, *l. perpetuo*, *ff. de condict. ob turp. caus.* *l. si & me & Titium*, *ff. de reb. credit.* ubi ait bonum & æquum, *l. 1. § ult. ff. de cond. sine causa.* Et dantur etiam domino hæ condictiones, quarum est promiscuus usus in furem, vel quasi furem, ut *l. contra*, §. *ult.* & *l. reum*, *ff. de rer. amot.* quasi fures sunt, qui quid amoverunt, ut uxor, quæ quid amovit. Utimur leni verbo: dicimus enim amovisse, non subripuisse. Item quasi fures sunt infitiatores rerum depositarum, *l. si quis infitiatus*, §. 1. *ff. Deposit.* Et infitiatores rerum pigneratarum soluto pignore, *l. 4.* §. *res*, *D. de reb. cred.* *l. inficiando*, *D. de furt.* Soluta pecunia debita, vel etiam non numerata, quam tamen numeratam scripsi, chirograph. quod dedi condici potest quasi sine causa datum, *l. 2. & ult. hoc tit.* nam chirogr. dominus fit creditor. Itaque dum chirohraphum condico, rem meam non condico. Videtur obstare *l. ult. inf. ad exhibend.* quæ videtur dicere de chirographo agere debitorem ad exhibendum. Agit ergo quasi vindicaturus. Nam vindicaturis tantum datur ad exhib. quod si est vindicaturus mansit dominus chirographi. Hoc est negandum. Nam ea lex his verbis utitur, exhiberi, vel reddi, quæ sunt diversa. Item loquitur non tantum de chirographo, sed etiam de aliis quibusdam instrumentis ad eum contractum pertinen-

nentibus, ad quæ refertur verbum exhiberi, id eſt, de eis agetur ad exhibendum, aut vindicabuntur: ad chirographum refertur verbum *reddi*, id eſt, chirographum condicetur, ſi paret reddi oportere. Poſtremo in *l.* 3. malæ fidei poſſeſſori fructus conſumpti condicuntur, quaſi ſine cauſa vel injuſta cauſa percepti. Videntur n. conſumptione ejus facti: Extantes a. vindicantur, non condicuntur. Idem confirmat *l. ſi pign.* §. *ſi præd. ff. de pign. act. l. adverſ. infr. de crim. expil. her.* Accurſ. hac in re multa ſunt errata. Dubitat enim primum qua actione conſumpti fructus malæ fidei poſſeſſori condicantur: de quo non eſt dubitandum propter hanc legem, quæ oſtendit, condictionem eſſe ſine cauſa, vel ex injuſta cauſa. Idem Accurſ. putat huic legi ſimilem *l. ſi urbana*, *D. de condict. ind.* Male: Nam ea lex loquitur de condi. indeb. etiam fructuum extantium nomine: quæ datur non domino, ſed ei, qui indebitos fructus malæ fidei poſſeſſori præſtitit, qui domini fuerunt. Condictio a. ſine cauſa, vel ex injuſta cauſa, de qua hic, datur domino fructibus conſumptis. Male etiam Accuſ. putat domino dari condictionem furtivam, conſumptorum fructuum nomine: Nam vel loquimur de fructibus rerum immobilium, quarum furtum non fit, etiam ſi mala fide teneantur, vel de fructibus rerum mobilium mala fide poſſeſſarum, ſine furti vitio tamen: Nam non omnis malæ fidei poſſeſſor fur eſt, ni rem contrectaverit, id eſt, loco moverit & abſtulerit, *l. vulgaris*, §. *ult. D. de fur.* Ergo loquitur lex de malæ fidei poſſeſſore, qui fur non eſt. Si fur ſit, dabitur condictio furtiva etiam fructuum nomine. Male idem Acc. putat conſumptorum fructuum nomine agi cum malæ fidei poſſeſſore rei vindicatione, quaſi dolo deſierit eos poſſidere. Nam vindicatione tenetur non ſolum qui dolo poſſidet, ſed etiam qui poſſidere deſiit. Hoc admitterem, niſi conſumptione fructus ſuos faceret malæ fidei poſſeſſor. Quod conſumptione meum fit, aut fieri intelligitur, eo conſumpto non teneor in rem actione. At quod conſumptione meum non fit; eo conſumpto teneor ac ſi non conſumpſiſſem. Quæritur quid in hac re diſtet bonæ fidei poſſeſſor a malæ fidei poſſeſſore? brevis definitio hæc eſt: Quod bonæ fidei poſſeſſor præſtet fructus, quos conſumpſit poſt litem conteſtatam, non etiam quos ante litem: nam eos non præſtat, *l. certum ſup. de rei vind.* Malæ fidei poſſeſſor præſtat fructus etiam conſumptos ante litem. Et ſic eſt hæc l. 3. accipienda. Addatur §. 2. *Inſt. de off. jud.* & §. *ſi quis a non domino*, *Inſt. de ver. div.* Itaque in ſumma tam a bonæ fidei poſſeſſore, quam a malæ fidei poſſeſſore res vindicatur cum fructibus exſtantibus. Conſumpti fructus ante litem malæ tantum fidei poſſeſſori condicuntur: præterea malæ fidei poſſeſſor tenetur etiam de iis fructibus, quos ante litem percipere potuit, nec percepit, idque indiſtincte, ſublata Accurſii diſtinctione, ſeu habuerit titulum, ſeu non. Bonæ fidei poſſeſſor non tenetur de percipiendis, niſi poſt litem, *d.* §. 2. Nec obſtat *l. ſi fundum*, *ſup. de rei vind.* quæ lex ait, malæ fidei poſſeſſorem teneri de perceptis fructibus. Ex eo enim vitioſe colligitur: ergo non tenetur de percipiendis. At omnes leges in id concordant, teneri etiam eum de percipiendis indiſtincte: a quibus legibus illa nos dimovere non debet.

AD TITULUM X.

DE OBLIGATIONIBUS, ET ACTIONIBUS.

LEx 1. & 2. ſunt de ceſſione actionum, quæſtione ſubtili, & ſatis difficili. Cedere actionem, mandare, præſtare, exhibere, transferre, procuratorem facere ad agendum, hæc omnia idem ſignificant: Male interpretes ponunt differentiam inter cedere & mandare. Imo vero etiam interdum delegare, idem ſignificat, ut in *l. cum de*

A *bonis.*, *inf. de don.* Proprie tamen aliud eſt delegare debitorem, aliud eſt cedere debitum ſive actionem. Qui cedit actionem, eam non amittit, ſed retinet, & poteſt ea experiri, *l. 3. inf. de novat.* qui delegat debitorem, actionem amittit, quoniam fit novatio. Ceſſio fit etiam invito debitore: delegatio non item, *l. 5. & 6. eod.* Nam delegatio fit per ſtipulationem & promiſſionem delegati: alias fit per litis conteſtat. *l. delegare, D. de novat.* Ceſſio fit non tantum in rem noſtram, ut cum facimus procuratorem ad agendum in rem noſtram (non facimus procuratorem ſine actionis ceſſione) ſed interdum etiam in rem procuratoris, cui cedimus actionem, ut ſi ei, qui mihi pecuniam ſolvit nomine debitoris mei, forte ignaro meo debitore, aut invito, pecuniæ meæ debitæ actionem cedam, facio eum procura-
B torem in rem ſuam: nec enim quod ea actione fuerit conſecutus repetam, ſed id ille ſibi habebit. Sed hoc caſu ego videor non ſolum nequicquam, ſed etiam nequaquam actionem cedere, quia mihi ſoluta pecunia deſino habere actionem, & debitor invitus, ignoranſque ipſo jure liberatur, *l. ſolutione*, *D. de ſol.* Non eſt igitur actio quam cedam, quia ſublata eſt ſolutione: ſed id ita non eſt ſemper: ut cum nomen debitoris vendidi, & pecuniam accepi, non ſolutionis nomine pro debitore factæ, ſed quaſi pretii loco: tunc eadem actio perdurat, & ſolventi ceditur recte: quæ eſt ſententia *l. cum is qui*, *D. de fidejuſſoribus*. Quod ita procedit, ſi ab initio ſpecies venditionis quædam intervenit, id eſt, ſi convenerit ut pecunia ſoluta cederetur actio: videtur vendi nomen, vel etiamſi nullo interjecto inter-
C vallo poſt ſolutionem ſtatim mandata & ceſſa ſit actio, utilis eſt ea ceſſio. Quod ſi ante ſolutionem mandetur, nulla eſt dubitatio: at cum poſt ſolutionem ex intervallo ſine pacto ceditur actio, nil agitur, quia ipſo jure ſolutione per alium facta, ſublata eſt actio, *l. Modeſt. ff. de ſolution. l. cum poſſeſſor*, *ff. de cenſ.* At utiliter facta ceſſione, quid inde conſequitur? ſic ſtatuo: recte facta ceſſione actionis, is, qui pro debitore ſolvit, habet directam actionem contra debitorem creditoris nomine, tam in perſonam, quam hypothecariam, *l. 6. & 7. inf. hic*, habet etiam ſuo nomine utilem etiam ſine ceſſione ex conſtitutionibus, quod heic lex 1. oſtendit, & *l. 1.* §. *nunc tractemus*, *de tut. & rat. diſtrah. & l. 1. & 2. ff. de contr. jud. tut.* Et generaliter fere ubi ex ceſſione eſt actio directa, utilis competit ſine ceſſio-
D ne in his ſpeciebus, ſi nomen venditum ſit, ſi legatum, ſi donatum, ſi pigneratum, ſi in dotem, vel in ſolutum datum ſit, ſi hereditas ſit vendita, ſi abſentis nomine ſit creditum, *d.* §. *nunc tractemus*, *l. ſi cum emptore*, *ff. de pact. l. 2. hic*, *l. 4. ſup. ſi cert. petat. l. ex legato*, *inf. de legat. l. ultim. inf. quan. fiſc. vel privat. l. poſtquam*, *inf. de her. vend.* ubi legendum (quod Acc. ſcivit) velut ipſi creditori: id eſt utilis datur exemplo creditoris, ut ait *l. pen. eod.* Illa utilis actio accommodatur ad exemplum ejus, quæ creditori competit, tam in perſonam, quam hypothecaria. At mandatum illud, ſeu ceſſio illa actionis finitur duobus modis; revocatione, quæ fiat re integra, *l. 3. inf. de novat. l. ſi pater*, *inf. mand. l. qui tibi 6. inf. de hered. vend.* Res non eſt integra, ſi is, cui ceſſa eſt actio, litem ſit conte-
E ſtatus: tum is, qui ceſſit, amittit actionem, quam ceſſit; atque ita litis conteſtatio pro delegatione habetur, *l. 2. hic*, *l. delegare*, *ff. de nov.* Res etiam non eſt integra, ſi is, cui ceſſa eſt actio, partem debiti exegerit: partis exactio pro delegatione eſt, etiam is, qui cedit, nullam habet actionem. Item res non eſt integra, ſi is, cui ceſſa eſt actio, debitori denuntiaverit, ut ſolveret. Hæc denuntiatio habetur pro litis conteſtatione, *d. l. 3.* Finitur etiam ceſſio morte mandatoris, quæ etiam contingat re integra, ſicuti explicatur in l. 1. cujus ſpecies hæc eſt. Valeria mulier, cui ſenatuſconſultum Vellejanum opitulatur ſi ſe pro alio obliget, non ſi pro alio ſolvat, *l. 4. in fine*, & *l. 5. & l. quamvis*, *ff. ad Vellej.* creditori pecuniam pro debitore numeravit, non tam

ſolu-

ſolutionis nomine, quam quaſi pretii loco, Ea igitur Valeria pro debitore ſolvit, & viciſſim ei creditor recte mandavit actionem debiti, quaſi venditione nominis facta ex pacto: deinde hic creditor mortuus eſt re integra, id eſt, lite nondum conteſtata a muliere ex ceſſione actionis. Itaque finitum videtur eſſe mandatum morte mandatoris: quod ita verum eſt, ſi ſine herede deceſſerit: Nam ſi heredem habuerit, heres debet implere fidem venditionis factæ a defuncto, & debet in eodem mandato perſeverare. At finge: hic creditor deceſſit ſine herede. Quid faciet Valeria? directam non habet in debitorem, pro quo ſolvit pecuniam, quia deceſſit mandator, ſupereſt tamen ei utilis, quæ etiam ei competeret durante mandato ex ſua perſona, & ſuo nomine empta actione: quod tamen Accurſ. male negavit: Putavit enim utilem ſubſidiariam dari directa deficiente, quod leges ſupra allatæ ſatis refutant. Id ex hac ſpecie notandum ſumme: mandatum actionis non aliter finiri morte mandatoris, quam ſi ſucceſſorem non habuit: idemque ſervatur mortuo mandatario actionis: Nam non finitur mandatum, ſi heredem reliquerit, qui actionem exequi potuit, *l. illam, de donat.* Hoc ita, ſi ego tibi actionem vendidero, aut donavero, & te in rem tuam fecero procuratorem. At ſi ego te in rem meam fecero procuratorem in litem, conſtat re integra te vel me mortuo mandatum extingui indiſtincte: idem eſt ſive defunctus heredem reliquit, ſive non, idque & in quolibet alio mandato, *l. 8. hoc tit. Bart. & Accurſ.* in verb. debitorem *h. l.* 1. ponunt male ſpeciem in fidejuſſore, qui ſolvit quod reus debet. Nam primo ſcribit Imperator ad mulierem, cui non licet fidejubere per Vellejanum: deinde conſtat fidejuſſorem, qui ſolvit, nunquam habere actionem utilem in debitorem, quam tamen dat *h. l.* 1. quia ſuo nomine ſolvit, id eſt, propter ſuam obligationem, ut ſe liberaret: Qua ratione etiam creditor, cui fidejuſſor ſolvit, quocumque tempore recte ei ſuam actionem cedit ex continenti, vel ex intervallo. Nam ſolvente fidejuſſore reus non liberatur ipſo jure, quia non ſolvit rei nomine, liberatur tamen per exceptionem, *l. Papinianus, ff. mand. l. Stichum, §. ſi mand. D. de ſol. l. dominus, de pecul. leg. l. ſi res, de leg.* 1. ſimiliter ſi fidejuſſor ſolverit pro confidejuſſore, ideſt, ſi ſolidum ſolverit neglecto beneficio Epiſt. D. Adriani, quo ſi voluiſſet uti, ſolviſſet tantum partem, eo etiam caſu certum eſt, non habere actionem utilem adverſus confidejuſſorem, quia ſuo nomine ſolvit, id eſt, propter ſuam obligationem. Erat a. obligatus in ſolidum ipſo jure, & ſi haberet exceptionem Epiſt. *l. ut fidejuſſor., de fidei. l. cum alter, inf. eod.* At habebit hic fidejuſſor directam actionem ex ceſſione creditoris, ſi modo ea fiat recte .i. ex pacto, ex continenti, redempto nomine pro parte confidejuſſ. Nam ſi fiat illi ex intervallo ſine pacto erit inutilis, cum confidejuſſor, qui nil ſolvit, ipſo jure ſit liberatus ſolutione per alium in ſolidum facta. Ergo hoc caſu ceſſio non fiet utiliter quocumque tempore, quam tamen diximus fieri utiliter quocumque tempore, ſi unus fuerit fidejuſſor, qui pro reo ſolverit.

Ad L. III. Ob cauſam proprii *debiti locatoris conveniri colonos penſionibus ex placito ſatisfacientes, perquam injurioſum eſt.*

CReditor (ut proponitur in hac l. 3.) non poteſt convenire debitorem debitoris, ut colonum, aut inquilinum penſionibus ex placito ſatisfacientem. Græci legiſſe videntur penſionibus & placito. Igitur ſatis eſt, ſi colonus ſatisfaciat canonibus, nec cogitur etiam ſatisfacere creditoribus locatoris. Hæc eſt regula: variæ tamen ſunt cauſæ, ex quibus agit creditor cum debitore debitoris, veluti ex ceſſione debitoris, vel etiam ſine ceſſione nomine in ſolutum dato, *l. ult. inf.*

A *quando fiſcus vel priv.* vel ex delegatione, aut conſtituto, ut ſi debitor debitorem ſuum creditori delegaverit, vel ſi debitor debitoris conſtituerit ſe pro eo ſoluturum (Nam ex his cauſis conſtituitur, ſitque proprie debitor creditoris) Delegatio novat, conſtitutum non novat, *l. pen. inf. de novat. l. ult. ff. de in diem addict.* vel etiam aget creditor cum debitore debitoris ex ſpeciali nominis debitoris hypotheca, vel etiam ex generali hypotheca, ſub qua continentur nomina, *l. nomen, inf. quæ res pign. obl. poſſ. l. ſi convenerit 2. D. de pignerat. act.* Et ideo recte in dicta *l. pen. de novat.* ſignificatur debitorem debitoris chirographarii non poſſe conveniri: Nam aliud eſt in hypothecario .i. hypothecarii debitoris debitor poteſt conveniri, quia nomen illud pignori cenſetur obligatum ex generali hypotheca,
B ca, vel etiam (& hæc eſt alia cauſa) ſi condemnato debitore, ab executoribus rei judicatæ, nomen debitoris pignori capiatur: quod ſit jure, *l. etiam, inf. de exc. rei jud.* in cauſam judicati primum capiuntur mobilia, tum immobilia, deinde nomina. Atque ita ex hac cauſa conveniuntur debitores debitoris. Et de hac pignoris capione accipe *l.* 1. & 2. *inf. quand. fiſc. vel priv. &c.* In l. 1. oſtenditur, condemnato pupillo, res tutoris ex cauſa judicati pignori capi non poſſe, quia pupillus, licet habeat tacitam hypothecam in bonis tutoris pro adminiſtrata tutela, tamen eam exercere, vel perſequi, vel tutelæ agere non poteſt ante finitam tutelam: quem debitor meus non poteſt convenire, nec poſſum ego: *l.* 2. oſtenditur, non aliter ex cauſa judicati nomina pignori capi poſſe, quam ſi deſint alia bo-
C na condemnati, quæ ſint extra omnem controverſiam, & quæſtionem: quæ pignori capiuntur ex cauſa judicati extra omnem controverſiam eſſe oportet, id eſt, liquida & certa eſſe oportet, ut & ea, quæ in compenſationem deducuntur, *l. ult. inf. de comp.* Idque ſit ſeu ſint corpora, ſeu ſint nomina, conſtare debet liquido ea eſſe condemnati: ſi vel unus faciat de eis rebus, aut nominibus controverſiam, vel ſi debitor condemnati inficietur, abſtinere oportet ab illis nominibus, *l. 3. eod. l. a D. Pio, §. ſi rerum, & §. ſic quoq. ff. de re jud.* In *§. ſi id quoq.* in eam rem citat reſcriptum noſtri Imperatoris, id eſt Antonin. intelligens *l. 2. inf. quando fiſc. vel priv. in §.* autem *ſi rerum*, quod ait, capioni res judicata, proficiat; id eſt accipiendum de pignoris capione. Vulgo male legitur, uſucapioni, vel
D etiam intelligitur, cum ille locus ſit de pignoris capione, quæ ſit ex re judicata. Addendum eſt his, creditorem poſſe convenire debitorem debitoris, non tantum ex expreſſa, ſed etiam ex tacita hypotheca .i. ſi tacite debitoris ſui nomen pignori poſitum ſit. Et hac ratione puto fiſcum, qui tacitam habet ſemper hypothecam generalem complectentem omnia corpora & jura, poſſe experiri utilibus actionibus cum debitore debitoris, licet non ex cauſa judicati agat, *l. 3. & 4. inf. eod. l. 3. §. multa, D. de jur. fiſc.* At eo caſu duo exigimus, ut debitor debitoris, cum quo fiſcus aget, ſit confeſſus, & certus, *d. l. 3.* Ex tacita hypotheca generali non ſunt pignori nomina, vel etiam ex expreſſa, niſi ſint liquida & certa. Item exigimus ut fiſcus inexcuſſo principali debitore non agat ſtatim cum de-
E bitore debitoris: Prius debet agere cum principali, & in ſubſidium cum debitore debitoris, *d. l. 4.* Nam conſtat fiſcum electionem non habere, & ab eo exercendam prius actionem perſonalem, quam hypothecariam, *l. Moſchis, de jur. fiſc. l. 1. de conv. fiſ. deb.* Igitur quod hac in re fiſcus habet, jure hypothecæ habet: quod etiam habet quilibet alius creditor hypothecarius: ſeu ſit manifeſta hypotheca, ſeu tacita: quod fiſcus habet tacitam hypothecam, hoc ſit jure quodam proprio & ſingulari: quod vero agit cum debitore debitoris fretus illa hypotheca tacita, hoc non ſit proprio quodam jure. Nam & quilibet creditor hypothecarius idem habet.

Ad L. IV. Bonam fidem *in contractibus conſiderari, æquum eſt.*

Ad L.V. Sicut initio libera *poteſtas unicuique eſt habendi, vel non habendi contractus, ita renuntiare ſemel conſtitutæ obligationi, adverſario non conſentiente, nemo poteſt. Quapropter intelligere debetis voluntariæ obligationi ſemel vos nexos, ab hac, non conſentiente altera parte, de cujus precibus feciſtis mentionem, minime poſſe diſcedere.*

IN *l.bona fides, D.depoſ.* eadem fere ſunt verba: Bona fides, inquit, in contractibus exigitur. Et accipienda ſunt de bonæ fidei contractibus. Ergo accipiamus hanc etiam legem de contractu bonæ fidei, hoc ſenſu: ut in contractibus bonæ fidei judex conſideret quid ex bona fide dari vel fieri oporteat, vel quid B magis bonæ fidei congruat. In contract. autem ſtrictis bona fides non tam diligenter ſpectatur, ſed ſæpe inſuperhabetur. Bona fides dicitur etiam ſæpe alias integra fides, *l.1. ſup.de ſuff.* & ſincera fides, *l.2. inf. ſi prop.pub.penſ.* Et inde *l.10. inf.de diſt.pig.* bona fide, inquit, & mox, ſinceriter: hæc bona ſinceraque fides in contractibus bonæ fidei maxime exigitur, *l.5. inf.de reſcin. vend.* Exigitur quidem etiam in ſtricti juris contractibus: ſed in iis, qui ſunt bonæ fidei, maxime: veluti in utriſque exigitur, ut debita ſine mora reddantur; quæ pars eſt bonæ fidei. Bonæ fidei debitor eſt qui moram non facit in debito reddendo. Symmach. in epiſt.42. lib.3. *Denuo obligo fœnore literarum bonæ fidei debitorem, &c.* & inde Senec. initio declam. memoriam ſuam bonæ fidei vocat, quæ depoſita reddat, C proferatque ſine mora. Id vero in contractibus bonæ fidei maxime exigitur. Et ideo ex mora in contractibus bonæ fidei veniunt uſuræ; ex mora in contractibus ſtricti juris non veniunt uſuræ. Mora culpatur magis in uno, quam in altero contractu; bonæ fidei etiam, hoc eſt ut in contrahendo abſit mala fides & calliditas, hoc in bonæ fidei contractibus maxime exigitur. Malæ fidei emptio non eſt emptio, *l.1. inf. de reſc.vend. l.ſi fraud.1. de long. temp.præſc.* Malæ fidei ſtipulatio eſt ſtipulatio, nec niſi exceptione excluditur, *l.36. de verb. obligat.* Præterea (& huc pertinet l.5.) bonæ fidei eſt hoc ne contractus alterutro invito temere reſolvatur: quod in bonæ fidei contractibus omnimodo obſervatur, adeo ut nec privilegio fiſci, nec principis reſcripto poſſit uno tantum volente reſolvi, *l.3. inf.de reſc.vend.* Idem D Symmach. in Epiſt. *Vox, inquit, eſt juris & legum, bonæ fidei contractum non poſſe reſolvi*. Dices, cogimur ergo ſtare contractibus, nec poſſumus eos arbitratu noſtro reſolvere. Atqui dicuntur voluntarii. Rationem reddit Ariſt. initio *ηθικῶν*, quia initium eorum eſt voluntarium, lib.5. Nemo invitus accedit ad venditionem, *l.invitum, inf.de cont.empt.* At ex poſt facto ſunt neceſſarii, ut ait *l.in commodato, §.ſicut, ff.comm.* voluntatis eſt mandatum ſuſcipere, neceſſitatis explere & conſumare: voluntatis & officii eſt commodare, neceſſitatis re commodata uti ſinere. Et ut de compromiſſo ex jure Lucian. in abdicato: voluntatis eſt adire arbitrum, & compromittere, ita neceſſitatis parere arbitrio. Verum interdum etiam unius arbitratu reſolvitur contractus, videlicet ſi vel id tacite agatur, vel E contractus natura id ferat: ſic ſocietati poteſt renunciari ab una vel altera parte: alioqui ſocietas eſſet perpetua: quo genere ne expreſſa quidem ſocietas coiri poteſt, ut maneat quidem quamdiu voluerit unus, ejuſque heres, *l.nulla, ff.pro ſoc.* Natura ejus negotii eſt hæc, ut finiatur tandem, & ſolvatur hæc communio, mandatum etiam revocatur re integra, ſi quod tibi mandavi, jam te facere nolim. Ergo retro ei renuntiatur a mandatario. Explere mandatum eſt neceſſitatis, niſi opportune renuntietur, *l.ſi mandavero, §.ult. ff. mand.* ſane hæc conſequuntur: ſi tu potes revocare mandatum quod dediſti, & cur ipſe renuntiare mandato non potero quod accepi, ſi omnia ſint in integro, & renuntiatio ſit tempeſtiva? Sic etiam depoſitum & precarium tandem aliquando revocantur, etiamſi convenerit ne revocentur ante certum tempus: Nam hæc conventio eſt contra naturam depoſiti vel precarii: & ideo ei non ſtatur: ſi non potes, cum eſt tibi commodum revocare depoſitum, vel precarium, eſt aliud quoddam negotium: non poteſt igitur cenſeri depoſitum vel precarium, quin tibi liceat cum volueris, revocare, etiamſi ſecus conventum ſit, *l.cum precario, ff. de prec. l.1. §.pen. ff.depoſ.* Similiter datum ob rem condicitur, & repetitur ex pœnitentia, *ſup. tit.de condict. ob turp. cauſ.* etiamſi ſit datum ex permutationis cauſa, quæ eſt bonæ fidei. Nam id videtur agi tacite, ut re non ſecuta, ob quam datur, repetitio dati ſit. Ergo & retro acceptum ob rem reddi poteſt, quamquam ſuperſit hoc caſu in id quod intereſt actio præſcript. verbis. Nam hæc ſemper ita accipiuntur rebus integris .i. ſi nihil interſit.

Ad L.VI. Si in ſolutum nomen debitoris *ſui debitor tibi dedit tuus, ac te in rem tuam procuratorem fecit: pignora, quæ ſpecialiter vel generaliter habes obligata perſequere. Quod ſi ab his, quibus fuerunt obligata, cum potiores erant, diſtracta probentur: emptoribus avocari non poſſe perſpicis.*

Ad L.VII. Si a creditore nomen comparaſti: *ea pignora, quæ venditor nominis perſequi poſſet, apud præſidem provinciæ vindica. Nam ſi debitum ex ejus perſona res tibi obligatas tenentes non transferant: jure communi pignora diſtrahere non prohiberis: ſane ſi creditoribus in ordine pignorum antecedentibus venundantibus, qui poſſident, comparaverunt, vel longi temporis præſcriptione muniti probibentur: pignorum diſtrahendorum facultatem te non habere perſpicis.*

IN hac l.6. & 7. hoc oſtenditur, nomine debitoris vendito, vel in ſolutum dato, ſi nomen ſit hypothecarium, emptori vel venditori non tantum dari actionem in perſonam, ſed etiam Servianam ex ceſſione, vel ſine ceſſione utilem, ſi qui tamen ſint priores creditores hypothecarii præferentur. Nam in hypothecarum cauſa priores potiores habentur. Itaque nil refert in l.6. an legas, *priores*, an *potiores*. Græci *προγενέστεροι*, id eſt, *priores*. Potiores etiam ſunt poſſeſſores, qui a prioribus creditoribus pignora comparaverunt. Item poſſeſſores pignorum potiores ſunt, qui longi temporis præſcriptione ſunt tuti: actio Serviana tollitur præſcriptione longi temporis, *l.7. & ult. hic, l.1. & 2. ſi adverſ. creditor. præſcrip. oppon. l. cred. ff. de diverſ. temp. præſcript.* Uſucapione tamen non tollitur actio hypothecaria, *l. uſucapio, de pignoribus, inf.* id eſt, non tollitur uſu anni vel biennii ſecundum jus antiquum: hodie etiam non tollitur uſu triennii, quo res mobilis uſucapitur: rei tamen immobilis hodie ex conſtitutione Juſtiniani longo tempore ſimul & dominium acquiritur, & hypotheca ſolvitur, id eſt, decem annis inter præſentes, 20. inter abſentes. De uſucapione ſecundum jus antiquum accipe leg. *cum poſtulaſſem, §. ult. ff. de dam. infec.* Quam Accurſius putat adverſari ſuperiori ſententiæ, & male eam explicat. Hæc eſt ſententia: damni infecti nomine miſſus in poſſeſſionem, ex primo decreto ſcilicet, poſſidendo: ex ſecundo decreto ſcilicet uſucapiendo, dominium cepi, id eſt, uſucepi. Si mihi non caveatur damni infecti, quod vereor ab ædibus vicini, ex primo decreto prætor facit me in poſſeſſionem ire, non poſſeſſorem. Si perſeveret vicinus non cavere, ex ſecundo decreto prætor facit me poſſeſſorem, dominum non facit, quia non poteſt, ut nec facit heredem, ſed poſſeſſione quæſita ex ſecundo decreto, deinde ædes uſucapio tempore legitimo. Cum eo pacto uſucepiſſem, creditor mecum agit hypothecaria. Igitur poſt uſucapionem, quia pignus non tollitur uſucapione creditor igitur debet mihi reddere refectionis impenſas. Eadem verba quæ ſunt in eo *§. poſſid. domin. cepi*, ſunt

in

in *l. si quid ita*, §. *de vectigal. eod. tit.* Eodem sensu, id est, pro usucapere, acquisita possessione ex secundo decreto. Quod autem diximus actionem hypothecariam tolli præscriptione longi temporis, id ita accipe, ut ea tantum utatur bonæ fidei possessor, atque ita excludat creditorem. Malæ fidei possessori est necessaria præscriptio 30. annorum, debitori 40. & ejus heredi, & posteriori creditori debitore superstite, *l. cum notissimi, de præscriptione 30. an. l. an vitium, in fin. ff. de divers. tem. præscr.* Ita accipiendum quod scribit Suidas in verbo, *Priscus Emesenus Hypothecas tolli spatio 40. annorum*, scilicet adversus illas personas.

Ad L. VIII. Si quidem donationis causa ei, *quem adfectione patris te dilexisse proponis, tuam accipere pecuniam permisisti: & hanc tuam liberalitatem ille remunerans, te a procuratore suo aliam pecuniam sumere præcepit: rebusque humanis ante perceptionem fuit exemptus: neo quod dederas, recuperare, cum perfectam habuit donationem, nec quod tibi dari mandavit, nec dum tibi traditum petere potes a procuratore. Quod si mutuo dedisti, nec a delegato dari novandi causa stipulatus es: successores ejus solutioni parere compellentur.*

Species est. Alumno donationis causa permisisti tuam pecuniam accipere a procuratore tuo. Imperfecta est donatio, antequam acceperit, *l. permisisti, §. ult. ff. de præscript. ver.* verum perfecta est si acceperit; quia videris ipse tradidisse. Ita ponendum hic, eum accepisse pecuniam. Porro alumnus tibi gratiam retulit: Nam tibi permisit vicissim animo donandi, ut a suo procuratore aliam pecuniam acciperes, quam & procuratorem suum tibi dare mandavit: non accepisti eam pecuniam, vel mortuus est alumnus antequam acciperes: donatio est imperfecta. At non repetes pecuniam, quam ultro prior donasti, ab herede alumni, cum pure eam donaveris nulla conditione adjecta: non petes etiam a procuratore pecuniam, quam tibi defunctus dari mandaverat, quia jam dare procurator non potest, cum morte mandatoris finita sit procuratio. Nec obstat *l. 1. hic, & l. illam, inf. de don.* quæ leges sunt de cessione actionum, quam constat nec mandatoris, nec mandatarii morte finiri, si heredem reliquerit. In hac specie nulla tibi fuit actio cessa, sed procuratori tantum mandatum fuit, ut tibi pecuniam daret; ideoque etiam vivo alumno, & integro mandato, ne utilis quidem tibi actio in procuratorem competeret: cum donatio imperfecta sit: delegatio etiam nulla intercessit stipulationis jure: igitur nulla est in procuratorem ex stipulatu actio. Additur in h. l. diversum esse si mutuam alumno pecuniam dedisti, non donasti: Nam eo mortuo, in heredem ejus pecuniæ est condictio. In procuratorem autem, a quo te permisit accipere, nec accepisti, nulla est actio citra delegationem jure stipulationis interpositam: ea vero interposita, erit actio in procuratorem, in heredem non erit; quia delegatio novat obligationem. At in priori specie donationis ultro citroque factæ, prioris perfectæ, posterioris imperfectæ, tibi nec in heredem, nec in procuratorem ulla actio competit.

Ad L. IX. Negantes debitores non oportet *armata vi terreri: sed petitorem quidem non implentem suam intentionem, vel exceptione sobmota, absolvi: convictos a. condemnari, ac juris remediis ad solutionem urgeri convenit.*

Conjunge *l. ult. inf. de exce. rei judic.* Debitores aut confitentur, aut inficiantur. Confessi condemnantur recte, quod etiam hodie fit, atque ita etiam rei jurejurando actori delato & præstito, condemnantur: confessi, inquam, in jure, vel in judicio: nam extra judicium confessio nullius est momenti, nisi quis cautione confiteatur, quæ dicitur ὁμολογία. Confessi igitur in jure & judicio, ut *l. quidam, ff. de donat. l. post rem,*

A *de re judic. l. 1. §. proinde, D. si quid in fraud. patr. l. 4. §. pen. ad leg. Jul. Majest. l. 2. inf. de repud. her. & in Nov. 90.* Solvere autem debent confessi intra tempora judicati, computanda a die confessionis, ut Paulus scribit 2. *Sent. tit. 2. l. 21. D. de judic. l. 6. §. ult. de confess.* Si non solvant, pignora capiuntur & distrahuntur, ut Paulus scribit eod. loco, & probat *l. debitoribus, ff. de re judic.* Inficiantes autem non sunt terrendi vi armata ut confiteantur; sed vel sunt absolvendi, vel condemnandi. Condemnati faciunt judicatum intra constituta tempora a judice, vel a lege intra 4. menses, sed tamen id spatium judex potest prorogare, vel coarctare: vel pignora capientur, & distrahentur, *d. l. ult.*

B Ad L. X. Adversus debitorem, electis *pignoribus, personalis actio non tollitur: sed eo quod precio servari potuit, in debitum computato, de residuo manet integra.*

Ad L. ult. est in arbitrio vestro, *personali debitoris heredes actione, an eum, qui ab his distracta, sibique tradita pignora tenet, in rem Serviana, si non longi temporis præsciptione munitus sit, an utrosque conveniatis.*

Notandum creditorem habere electionem, qua potius actione experiatur, principali, an accessoria, puta hypothecaria, constitutoria, vel mandati, vel ex stipulatu: in fidejussorem potest etiam dividere actiones: & partim agere in personam, partim hypothecaria, vel simul utraque in solidum: potest etiam una electa ad alteram reverti, & reo condemnato ex una actione, de reliquo, si quid sit, altera experiri. Quod C totum obtinuit ante quartam Novell. Justiniani, *de fidejussor.* qua quidem comparat privatos creditores fisco, quem constat hujusmodi electionem numquam habuisse: de qua re est *Novell. 136.* nec obstat *Novell. 112. de litigios.* in cujus specie videtur creditor prius agere hypothecaria, quam personali: verum id falsum est. Nam egit in ea specie prius actione personali, qua lite pendente debitor pignus vendidit; quo fit ut etiam liceat creditori agere actione hypothecaria in emptorem. De quæstione *l. 11. & 13.* diximus *l. 13. sup. si cert. pet.* Adde, qui pecuniam credidit colonis, nullam habet actionem cum domino prædiorum, etiamsi eo præsente, vel actore ejus credidit. Præsentia eum non obligat, imo nec subscriptio sine stipulatione, *l. 14. sup. si cert. petat.* Hoc ita, si colonis credidit in rem eo- D rum. Nam si credidit colonis, id est, conductoribus prædiorum in rem domini, quod Græci notant ad eam leg. quod scilicet prædia ea pecunia egerent, dominus tenetur actione negotiorum gestorum: vel si non credidit in rem domini prædiorum, sed coloni eam pecuniam in prædia insumpserunt, colonis tenetur actione ex conducto, quam etiam cedere possunt creditori: atque ita etiam ex cessione creditor aget ex conducto cum domino prædiorum.

Ad L. XII. Ob æs alienum *servire liberos creditoribus, jura compelli non patiuntur.*

E Est ambigua oratio, *ob æs alienum, & cet.* Nam vel hoc significat, ut ne filii pro debito paterno addicantur creditoribus: vel ut debitores liberi homines non cogantur creditoribus servire ob æs alienum. Et hic sensus magis verbis legis congruit. Lex enim non ait, liberos debitorum, sed absolute, liberos. Et ait, non compelli liberos, quasi principales, seu debitores, & ita accipiunt hic Græci: non coguntur inopes debitores servire suis creditoribus. Ait lex, *servire*; quo in verbo hæret Accurs. non abs re, quod longe distat servire ab eo quod est servum esse. Addicti serviebant creditori; servi tamen non erant. Quintil. *lib. 5. cap. 10. & l. 7. cap. 4.* atque etiam in declamat. 311. quæ inscribitur, *Addictus manumissus*. At ex hac lege servire non coguntur: putem tamen hac lege utrumque posse comprehendi hoc modo, ut liberi homines credi-

toribus ſervire non cogantur ob æs alienum, ſeu ſint debitores, ſeu debitorum filii. Et ſic Gregorius 4. *epiſt.* 43. dum ſcribit de Coſmo quodam debitore, cujus filios creditores detinebant; lex, inquit, habet, ut liber homo nullatenus pro debitore teneatur, qua de re etiam ſcribit *lib.* 2. *cap.* 96. Juſtinianus *Novel.* 134. Ambroſ. in lib. *de Tobia*, *cap.* 8.

AD TITULUM XI.

UT ACT. AB HEREDE, ET CONTRA HER. &c.

HAC conſtitutione ſubvertitur regula juris antiqui, quæ talis eſt: Obligationem, quæ non cœpit a defuncto, vel contra defunctum, ab herede, vel contra heredem incipere non poſſe, *l. ult. C. Theod. de div. reſc.* Et ideo poſt mortem ſtipulatoris, vel promiſſoris facta ſtipulatio non valet, quia hac ſtipulatione id agitur, ut incipiat obligatio ab herede, vel contra heredem. Eadem ratione poſt mortem heredis, aut legatarii relictum legatum non valet, §. *poſt mortem*, *Inſtit. de leg.* §. *poſt mortem*, *Inſtit. de inutil. ſtipul.* quamvis fideicommiſſum ita relictum valet, quia latius accipitur, & non tam obligatione aliqua juris, quam pudore eorum, qui ſunt rogati continetur: ideoque ab herede heredis recte relinquitur, *l. ſi fuerit*, *de leg.* 3. Ulp. *tit. de fideicommiſſ. in Frag.* Itaque in fideicommiſſis nil refert utrum dixeris, cum morietur heres, vel cum mortuus fuerit heres: Nam & ita relictum fideicommiſſum, cum morietur heres, poſt mortem heredis relictum videtur, *l.* 11. §. *filio*, *de legat.* 3. *l.* 1. §. *ſi emancipato*, *ff. de collat. bon.* At in legatis, & ſtipulationibus eorum, earumque, quod fieri poteſt, conſervandarum cauſa inducta eſt hæc verborum differentia ſubtilis, inter cum morietur, & cum mortuus fuerit: ut hoc modo non valeant, illo valeant, §. *ita autem ſtipulatio*, *Inſt. de inutil. ſtipul. l. quodcumque*, §. 1. *ff. de ver. oblig.* Hæc omnia Juſtinian. perturbavit, ac primum quidem conſtituit, poſt mortem heredis, aut legatarii legari poſſe, poſt mortem etiam contrahentium recte ſtipulationem contrahi, *l. ſcrupuloſam*, *inf. de contrah. ſtipul.* ex qua lege erat conſequens, ſuperiorem regulam juris antiqui eſſe ſublatam: quia tamen nominatim non fuerat ſublata, edita eſt hæc conſtitutio, quæ eam tolleret nominatim: quæ ex novis conſtitutionibus neceſſario concluduntur, non ſtatim habentur pro legitimis. Novæ conſtitutiones ſunt ſtricte accipiendæ, id eſt, quæ jus vetus abrogant. Ita ſemper ſunt accipiendæ Novellæ Juſtiniani, quibus pervertitur jus civile, ut *Nov. de hered. ab inteſt. ven.* ſemper eſt accipienda ſtricte, id eſt, in propriis terminis: filii fratrum cum patruis ſuccedunt in ſtirpes. Hoc continetur illa Novella. Quid ſi ſoli ſint filii fratrum, an ſuccedent in ſtirpes? Hoc videtur eſſe conſentaneum illi Novellæ, ſed tamen, quia hoc nominatim cautum non eſt ea Novella, ut Azo recte ſenſit, ſequemur jus vetus, & eos dicemus ſuccedere in capita. Conſequens etiam eſt huic conſtitutioni, nil intereſſe ſtipulationem, aut legatum ita relictum, cum morietur heres, poſt mortem relictum videri. Hodie ita videtur dicendum, ut in fideicommiſſo ſupra diximus. At hoc non eſt temere affirmandum, quia conſtitutionibus novis non eſt expreſſum, licet neceſſario conſequatur: conſequens etiam eſt, nil referre heres inſtituatur poſt mortem ſuam, an cum morietur; qua in re differentia erat: nam inſtitutio poſt mortem non valebat: cum morietur valebat, *l. extraneum*, *inf. de her. inſt.* An differentiam eam dicemus manere in hac ſpecie? ſic ſane: quia nova Conſtitutio hanc ſpeciem omiſit: quod novæ Conſtitutiones omittunt, pro omiſſo eſt habendum. Nec poteſt ſuppleri vel noſtris interpretationibus, vel argumentationibus. Illam autem regulam Juris antiqui; Accurſius male putat vitiari a ſtipulationibus conditionalibus, quæ quandoque non commiſſæ in defunctum, committuntur in ejus heredem: hoc non eſt regulæ vitium: Nam ſtipulatio conditionalis initium capit a defuncto, & ex tempore contractus vires accipit, *l. uſufruct. ff. de ſtip. ſerv.* hoc eſt ſatis, non eſt neceſſe, ut committatur etiam in defunctum. Idem eſt dicendum de ſtipulationibus pœnalibus, quæ quanquam non commiſſæ in defunctum, committuntur in heredem. Idem dicendum eſt de quibuslibet obligationibus, quæ plerunque pleniores, uberioreſque ſunt in heredem, quam in defunctum, *l. ſi per imprud.* §. 1. & §. *non mirum*, *ff. de evict.* Ceterum origo earum eſt a defuncto. Ait Imp. in fine hujus legis: Ne propter nimiam ſubtilitatem, puta cum morietur, aut cum mortuus fuerit (inter quæ differentiam conſtituebat regula) latitudo voluntatis contrahentium impediatur, id eſt, ne ideo latius non accipiatur voluntas contrahentium. Latitudinem opponit ſubtilitati, *l.* 111. *de ver. obl. Latius accipi*, *&c.*

AD TITULUM XII.

NE UXOR PRO MARITO, &c.

PRimum oſtenditur, uxorem non teneri ex contractu mariti, etiamſi pro eo fidejuſſerit. Nam ſi fidejuſſerit, tuta eſt mulier exceptione ſenatuſc. Vellejani, *l.* 1. *hic*, *l. ult.* §. *item ſi mulier*, *ff. ad ſenat. Vell.* Hodie tuta eſt ipſo jure, ſi pro marito fidejuſſerit: ſi pro alio, tenetur, ſed habet exceptionem Vellejani, *Nov.* 134. non tenetur etiam ex delicto mariti: Et ideo ob delictum mariti res uxoris fiſco non addicuntur, quia nec res heredis poteſt, qui propius ad vicem noſtram accedit, *l.* 2. *h. tit.* non tenetur etiam uxor ob civile munus, vel honorem geſtum a viro, mulier non tenetur reipublicæ, *l. mulier*, *inf. de decur. lib.* 10. *l.* 1. *inf. ad leg. Jul. de vi publ. l.* 1. *inf. de privil. fiſci*, & *l.* 3. *hic.* Excipienda eſt dos, quæ tenetur fiſco ob munera, vel honorem geſtum a marito, quia dos conſtante matrimonio eſt in bonis mariti. Conſtante igitur matrimonio ea fruetur fiſcus, quaſi maritus. Nec eſt dicendum, hoc eſſe ſpeciale in primipili cauſa. Nam non ſolum id obtinet in ejus cauſa, ſed etiam in omnibus cauſis munerum civilium, idque ſignificat *l.* 3. *hic*, quæ ait, non in dotem. Nam dos tenetur ob civile munus mariti; parapherna non tenentur, id eſt, cetera uxoris bona non tenentur. Et male Accurſ. ſupplet *maxime*, cum id repetatur, & ſubjiciatur ea non teneri, quæ ſunt præter dotem. At in filio quidem ſpeciale eſt ob cauſam primipili: Nam filius emancipatus, aut exheredatus non tenetur ob civile munus patris defuncti, *l.* 2. *tit. ſeq.* Ex cauſa primipili tenetur, etiamſi heres non extiterit patri, *l. ult. inf. de primip. lib.* 12. Id diximus *l.* 1. *ſup. de cond. ex leg.* Addendum etiam maritum non teneri ex contractu, vel delicto uxoris, *d. l.* 3. *hic*, neque obſtat *l. obſervare*, §. 1. *ff. de offic. Proconſ.* quæ lex eſt ſpecialiter accipienda, ut quemadmodum Proconſul, aut præſes præſtat factum domeſticorum, aut miniſtrorum, ſi quid in provincia egerint per vim, concuſſionem, aut impreſſionem, *l.* 1. *inf. ad leg. Jul. repet.* ita etiam præſtat factum uxoris, ſi quem concuſſerit non ex alio delicto, ſed ex concuſſionis tantum, & impreſſionis cauſa, idque ſpecialiter ex ſenatuſconſulto, de quo etiam Cornelius Tacitus lib. 4. Poſtremo oſtenditur etiam matrem non teneri pro filio, *l.* 3. & 4. de patre dicetur in tit. ſeq. Notandum autem valde quod ait *l.* 4. ſi mater partem ſolverit pro filio, non ideo cogitur ſolvere reliquum; etiam creditorem adimplere, & partem, quam ſolvit mater condicere non poteſt, quia filii nomine ſolvit, ut in *l. ſi certis*, *ſup. de pact.* quod ſolutum eſt non condicitur, quia eſt ſolutum ex pacto, ex ea ſolutione tamen non conſtituitur obligatio, quæ ex pacto nul-

nulla est. Quod si mater in specie legis 4. suo nomine solverit errans, habebit condictionem soluti. Multo ergo minus tum de reliquo convenietur. Ad hæc pertinet *l. operas, ff. de oper. libert. l. creditor, inf. de usur.* Ex quibus generaliter colligitur, solutionem partis nil præjudicare, si non debeatur. Obstat huic sententiæ *l. cum de in rem verso, ff. de usur.* ubi usuræ, quæ sunt præstitæ longo tempore, & in posterum præstari debent, ob id solum, quod sint diu præstitæ, & quod sint præstitæ usuræ dotis a defuncto, dos ipsa a successore petetur. Obstat etiam *l. 1. inf. de fideicomm.* ubi si legatum annuum, id est, alimentorum, sit præstitum triennio continuo, in futurum etiam perpetuo debet præstari. Videtur ergo ex iis partis solutio, aut certi temporis præstatio obligationem confirmare & constituere. Respondeo ad *l. cum de in rem verso*, præstationem illam longi temporis præsumptionem facere in re dubia, de qua erat lis apud Imperatorem. Ambigebatur enim de debito: multa faciebant pro alimentario: his si accedat diuturna præstatio, vincet. At in re certa, ut in hac *l. 4.* præstatio partis nil præjudicat, id est, si constet eum, qui præstitit, non debere, sed alium: vel a nemine deberi id, quod est præstitum. Respondeo *ad l. 1. inf. de fideicommiss.* legatum alimentorum, de quo in illa l. fuisse relictum, sed dubitabatur de tempore, utrum esset relictum in certum tempus, id est, in certos annos, an quoad viveret legatarius. Heres dicebat, relictum in certos annos, legatarius in perpetuum, id est, quoad viveret. Pro legatario facit præsumptio; si triennio acceperit, sufficit triennium, *in tali causa*, inquit, lex alimentorum. scilicet, qui triennio accepit alimenta, accipiet & in futurum: nisi probaverit heres fuisse relicta alimenta in triennium duntaxat; quia facit præsumptio pro alimentario. Denique partium, vel pensionum solutio præsumptionem inducit, *l. 4. de non num. pec. l. cum de indebito, ff. de probat.* præsumptionem inducit, vel facit, non jus, non obligationem.

AD TITULUM XIII.

NE FILIUS PRO PATRE, &c.

EX superiore titulo didicimus, uxorem pro marito non teneri, vel maritum pro uxore, vel matrem pro filio. Ex hoc autem titulo discemus, patrem non teneri ex contractu filii emancipati; nec etiam ex filiifamil. contractu tenetur ultra peculii quantitatem, nisi jussu patris contraxerit filius, quo casu tenetur in solidum pater, vel nisi filiosam. contra senatusconsultum Macedonianum sit pecunia credita, quo casu pater ne de peculio quidem tenetur, *l. 1. hic, l. pen. inf. ad Macedon.* Itaque si metu illato creditor a patre filiifamil. nomine pecuniam extorserit, patri competit actio quod metus causa, & hoc significat l. 1. cum ait *extorta*: condictio indebiti non competit, quia sciens solvit, coactus tamen: vel si suasionibus creditoris (quod finxit Accurs.) pater solverit, quod solvere non debuit, competet actio de dolo. Hoc etiam casu non competet condictio indebiti, in quo Accursius fallitur in *l. servus, §. ult. & l. si legatarius; D. de dolo, l. 1. sup. de rebus cred.* Pater etiam non tenetur ob civilia munera, quæ filius gesserit se invito, id est, contradicente: Nam taciturnitas in hoc consensum imitatur, *l. 3. hic*, qua de re dicetur ad *l. 1. inf. quod cum eo*. Addatur etiam e contrario, filium pro patre non teneri, *l. 2. & 4. hic.* Pro patre superstite scilicet, vel etiam mortuo, si ei heres filius non extiterit, excepta causa primipili, ut sup. diximus in tit. præced. Libertus etiam pro patrono non tenetur, neque servus pro domino, vel ex delicto domini, *l. ult. inf. hoc tit.* In servo id est notissimum: quia non est etiam δεκτικὸς τοῦ δικαστηρίου, id est, *fori capax non est*, & si servus fuerit tempore contractus, & postea manumittatur, non tenebitur, nec pro domino, nec ex sua persona, ob contractum a se habitum, ut explicabitur in sequenti titulo. Unde ita concludamus: cum hæ personæ, quæ in his duobus titulis recensentur, quæ scilicet arctissimo vinculo continentur, & quæ in multis juris partibus & articulis una censentur persona, aliæ pro aliis non obligentur: multominus extraneus ex contractu vel delicto extranei tenebitur, nisi sit heres, aut fidejussor, aut alia quævis accessio. Fuit olim plerisque locis usurpatum, ut vicanus teneretur pro convicano, id est, ut creditori liceret ob debitum pagani, aut vicani ejusdem pagi, aut vici hominem prehendere, vel res ejus pignorare, quoad verus debitor satisfecisset: quas Justinianus vocat pignorationes, & eas damnat tollitque. Societas, aut communio eiusdem vici, aut pagi, aut civitatis me æri tuo non obligat; & hæ pignorationes sunt hodie illicitæ, *Nov. 52. & 134.* Id etiam indicat Zeno Imp. *l. 4. inf. ut nullus ex vic. libr. 1.* Et de his eleganter Cassiodorus 4. Variarum: quod maxime pertinet ad hos titulos. *Dividunt*, ait, *causæ germanos*, id est frater pro fratre non tenetur: sic patronus pro liberto non tenetur, nec dominus pro servo; nisi quibus casibus pater tenetur pro filiosa. Adjicit & Cassiodor. *Obligationibus paternis filius, si non sit heres, exuitur.* Sequitur: *uxor maritalibus debitis, nisi per vincula successionis, non tenetur. Et audacia ad solutionem trahit extraneos, cum absolvant jura conjunctos:* damnat pignerationes. Idem etiam cautum est legibus Longobardorum, *l. 3. de debitis & vadim.* Item Constit. antiquis Neap. latis a Friderico *tit. de cultu pacis*: Nam hæ pignorationes, barbare dicuntur præsaliæ & repræsaliæ. Inde Bartoli liber de repræsaliis. Sublatæ igitur sunt hæ omnibus legibus. At nunquam populi in totum abstinuerunt. Sæpius sunt in usum revocatæ; & ideo cum non possent omnino eximi a republ. saltem censuit Gregorius Clericos eximendos, *cap. 1. de injur. lib. 6.* Idem postea Fridericus dedit studiosis, ut ne pignorarentur pro alienis debitis, idque nova constitutione, quæ est subjecta huic titulo: qua etiam actionem repetundarum famosam in quadruplum promittit, si quis studiosum pro alio debito pignorarit. Idem etiam datur eorum tabellariis eadem constitutione. Nostris moribus utimur non in nostrates, sed in extraneos; nec id facimus, nisi permissu principis, ut si negotiatori Gallo merces eripuerint Hispani, idem, quem primum offenderit Hispanum, pari jure eripiet, si id impetrarit a principe: Et dicitur a nobis *droit de marque*: potissimum autem in limitibus exercetur. Ea quoque constitutione Fridericus dat studiosis duo alia privilegia, ut ne ulla onera, ullæ corporales pœnæ, id est, angariæ indicantur. Quo pertinet *l. 2. inf. de incolis*: qui studiorum causa quodam loco versantur, non sunt incolæ, id est, ad munera non vocantur, & ad onera civilia. Item nec eorum parentes, qui ad eos frequenter commeant, nisi ibi decennium consumpserint, cum jam non sunt studiosi, sed incolæ. Dat etiam Imp. Fridericus constitutione sua studiosis, ut ne vocentur ad aliud judicium, quam Episcopi aut Doctoris. Hodie habent Conservatorem. Et is cadit actione, qui studiosum ad alium judicem vocaverit. Præses igitur, vel præfectus in studiosos jurisdictionem non habet ex ea constitutione Friderici: Nam ex constitutione Justinianæa habuit una cum Episcopis & Doctoribus, in præfatione Pandect. Nam ibi primum constituit, ne libri juris scribantur per notas: deinde ne studiosi juris illicitos ludos exerceant, quos tum exercebant, existente maxime aliquo tyrone. Eos ludos vocabant cilistras, ut est scriptum in Syn. facta in Trullo can. 71. quo etiam nominatim damnantur cilistræ. Adjicit Justinianus, ut hæc observentur cura præfecti urbis Romæ, Constantinopoli, & Beryti: Nam in his tribus tantum urbibus jus civile docebatur. Recte autem Accurs. ad hanc Novel. Friderici,

ci, & constit. Justin. notat: in causa criminali eos non habere privilegium fori: quo etiam jure utimur: reatus omnem honorem excludit, *l.* 1. *supra, ubi senat. vel clarissimi, &c.* Male autem putat hanc cognitionem, quæ datur Episcopo & Doctori, posse alteri mandari ab Episcopo vel Doctore, Nam id specialiter datur constitutione Friderici, etiam privato, qualis est Doctor: non competit ergo jure Imperii: Igitur secundum principia juris civilis non potest mandari, *toto titu. de officio ejus, cui mand. est Juris. l. nec mandante, D. de tut. & cur. dat.*

AD TITULUM XIV.

AN SERVUS PRO SUO FACTO, &c.

FActum in hoc titulo significat contractum, aut delictum. Duo sunt tractanda hic, primum, an servus domino teneatur post manumissionem de antefacto: deinde an teneatur extraneo. De domino est hæc regula; Servus ex contractu aut delicto domino non obligatur: & ideo post manumissionem non tenetur etiam domino ex antefacto, cum obligatio non cœperit ex antefacti tempore, *l. servus, de furt. l.* 1. *sup. de nox. act. l. ult. hic, l.* 1. §. 1. *ff. si quis testam. lib. esse jus. fuer.* Excipiuntur quatuor casus. Primus est, si dominus consilio servi circumscriptus eum manumiserit, vel vendiderit ei, a quo manumissus sit: hoc casu in manumissum ex antefacto competit actio de dolo, vel in factum Prætoria. Illa intra annum: hæc post annum; illa in scientem: hæc in ignorantem, *l. & eleganter, D. de dolo, l. verum, D. de minor.* Secundus casus hic est, si servus domino aliquid promiserit pro capite, id est, ut manumitteretur, pactione scilicet: quo casu in manumissum est actio in factum, ut præstet quod promisit, ut ait *l.* 3. *hic.* Verum quænam est hæc actio in factum, quæ datur *l.* 3. Eadem sane, quæ datur superiori casu, decepto domino consilio servi. Est igitur actio in factum prætoria actioni de dolo subsidiaria: & ideo hoc etiam casu in scientem agetur de dolo, *d. l. & eleganter*, §. *servus*. Dices, imo in hoc casu l. 3. est actio in factum civilis, id est, præscript. verb. Nam negotium ita gestum fuit, dabo ut manumittas. Nam licet dominus prior manumiserit, tamen non ideo mutatur forma conventionis, quæ ita inita est, dabo ut facias. Constat autem ex articulo do ut facias, dari in factum civilem actionem, id est, præsc. verb. *l. jurisgentium*, §. 1. *D. de pact.* At hoc casu non dabitur, quia ille servus fuit cum contraxit, & regula juris non patitur, ut ex contractu facto cum servo, in eum post manumissionem actio sit. Hujus rei est argumentum *l.* 1. §. *pen. de except. rei vend.* servus emit res peculiares, necdum domino tradidit, sed retinuit in peculio quasi peculiares, non domini: postea manumissus est testamento, & peculium est ei legatum; venditor repetit eas res: An repelletur exceptione rei venditæ civili? Non: quia servus fuit cum contraxit. At repelletur exceptione in factum prætoria: sic etiam ex pactione libertatis post manumissionem servus domino tenetur, non in factum civili, sed actione in factum prætoria decretali. Tertius casus proponitur in *tit. si quis testam. liber esse jussus fuerit*. Veteres putabant hereditati fieri furtum, Tullio teste 7. *Epistolarum*. At obtinuit sententia novorum Jureconsultorum, hereditati jacenti furtum non fieri: Item rei hereditariæ nondum ab herede apprehensæ furtum non fieri: quia furtum est possessionis interversio: hereditatis autem nulla est possessio. Ergo non fit furtum, *l.* 1. §. *Scævola, inf. eod. tit. l. in eo quod, de acquir. rer. dom. l.* 2. *D. de crim. expil. hered.* At is, qui rem hereditariam surripuit, licet non teneatur furti, tenetur tamen extra ordinem proprio crimine expilatæ hereditatis. Est etiam actio dupli in hac specie. Servus hereditarius testamento manumissus jacente hereditate aliquid ex ea surripuit, aut dolo malo corrupit adita hereditate, atque ita factus liber ex testamento, tenebitur actione dupli ex illo edicto, ne illius improbitas impunita sit: quæ actio dupli dicitur a Græcis rerum amotarum, ad *l. Titia*, §. *pen. D. de manumiss. testam.* 48. *Basilicon*, quia proprie furtum hereditati non fit, cum nullus sit possessor. Hodie moribus Galliæ hereditati furtum fit, secundum sententiam veterum Jurisconsultorum, quoniam hereditatis possessio nunquam vacat: heredis & defuncti possessio continuatur, *le mort saisit le vif.* Ultimus casus est, si servitutis & libertatis actus sint connexi, id est, si quod egit in servitute pro domino actum administrans, id pergat agere post manumissionem. Actus libertatis trahit ad se actum servitutis, & tenetur eo nomine, *l. eum actum, l. Proculus, & l. atqui natura, D. de neg. gest.* Pertinet etiam eo *l. ult. sup. de petit. hered.* quoniam in specie hujus legis post libertatis justum tempus servus in eodem actu perseveravit. Sequitur, an servus post manumissionem ex antefacto teneatur extraneo, cum prius expositum sit de domino? Et ex delicto quidem obligatur, non tamen ita, ut manente servitute possit conveniri. Constat inter servum & liberum judicium non consistere, fori servum non esse capacem. Ideoque servitute manente, ex delicto cum eo non agitur, sed dominus noxali actione convenitur, quæ actio servi manumissione extinguitur, & tum in servum transferetur recto jure: directa dabitur, non utilis. Igitur post manumissionem ex delicto cum servo agetur actione directa. Et hoc est quod dicitur, Noxa caput sequitur, *l.* 4. *hic*: Ubi recte ait, manumissum extraneo teneri actione furti ex antefacto. Non solæ actiones noxales caput sequuntur. Actio furti est noxalis: condictio furtiva non est noxalis. Manumissus igitur non tenebitur condictione furtiva, nisi post manumissionem contrectarit rem, *l. quod ab alio, D. de condict. furt.* tenebitur tamen actione furti. Igitur ex delicto & noxa servus extraneo obligatur naturaliter & civiliter, & manumissus potest conveniri directo: Ex contractu a. servus extraneo obligatur naturaliter, non civiliter, *l. servi, D. de obligat. & act.* Proinde manumissus non potest conveniri ex contractu, cum non sit civilis obligatio; ut si quis rem deposuerit apud servum alienum, servus post manumissionem depositi actione non tenebitur, nisi post manumissionem rem teneat. Sed & si rem non teneat, tenetur de dolo, si quem admiserit in re deposita, *l.* 1. §. *si apud servum, l. si apud filium, D. depos.* Nam actio de dolo est noxalis, *l. si quis adfirmavit*, §. *pen. D. de dolo*: & ideo caput sequitur. Et ita si dolo servi circumscripto extraneo servus ad libertatem pervenerit, in manumissum extraneo competit actio de dolo, *l. & eleganter*, §. *servus, D. de dolo*. Constat etiam ex negotio gesto post manumissionem servum extraneo teneri, si extranei actum in servitute gesserit, & in eo actu post manumissionem perseveraverit, actus libertatis trahet ad se actum servitutis, *l. si cognati, sup. de neg. gest.* ut diximus de domino, in quo eandem regulam posuimus, ut scilicet quemadmodum extraneo, ita domino servus obligetur ex contractu naturaliter, non civiliter. At in delictorum causa est differentia inter dominum & extraneum. Extraneo servus obligatur ex delicto naturaliter & civiliter, *d. l. servi*: domino naturaliter tantum. Et ideo ex causa delicti dominus habet retentionem & deductionem de peculio, *l.* 10. §. *sive autem, D. de peculio*: cum manumisso ex delicto actionem nullam habet, quia nec orta est ante manumissionem. Ex his intelligitur servum esse capacem naturalis obligationis, servum cuilibet obligari naturaliter, *d. l. servi, l. atqui natura, D. de neg. gest. l. naturaliter; D. de condict. indeb. l. eo tempore*, §. *etiam, ff. de pecul.* At duo obstant valde. Primum §. *præterea, Inst. qui. mod. tol. oblig.* & ei similis *l. in persona*, §. 1. *ff. de pact.* in eis locis ostenditur, interventu servi novationem non fieri, maxime si extra rem peculiarem pro alio intervenerit. Ergo servus

expro-

expromittendo non obligatur naturaliter: Nam si naturaliter obligaretur fieret novatio, *l. 1. D. de novat.* Obstat etiam *l. 20. D. de fidejuss.* quæ lex docet domino dari condictionem indebiti, si servus pro alio fidejusserit extra causam peculii, & solverit: vel servus ipse ex peculio, vel dominus. Ergo servus ille ex fidejussione naturaliter obligatus non fuit. Nam si fuisset naturaliter obligatus, soluti condictio non esset, quæ tamen est. Duo igitur obstant, quorum unum est de servo expromissore: alterum de servo fideiussore: uterque generali verbo dicitur intercessor. Inde igitur generaliter ita definiamus: servum pro alio intercedentem extra causam peculiarem non obligari naturaliter. Hujus sententiæ effectus hi sunt: ut soluti condictio sit. Item ut in dominum non sit actio de peculio, quæ tamen in dominum competit, semper servo obligato naturaliter, seu ex causa peculii, seu extra causam peculii. Putem etiam (& hic est 3. effectus) fidejussores datos a servo intercessore, non teneri, idque sic confirmo. Comparatur omnino servus intercessor servo judicio condemnato, *l. 3. §. si filius, & §. si servus, D. de pecul.* Ex causa judicii, quod cum servo non consistit, fidejussor a servo datus jure non tenetur, quia nec judicium consistit, *l. quoties, D. si quis caut.* Ergo etiam ex causa intercessionis, quæ non consistit, fidejussor a servo datus non tenebitur. Denique servus intercedens pro alio, non obligatur naturaliter. Igitur non est verum quod concedit Theophil. in *d. l. §. præterea*, servum expromittentem obligari naturaliter. Fateor hac in re dissensionem fuisse inter Sabinianos & Proculejanos. Et hoc est quod ait *d. l. 3. §. filius, ff. de pec.* de hac re fuisse tractatum. Obtinuit tamen sententia Sabini & Cassii, hac in re differentiam esse constituentium inter servum & filium: ut scilicet pater obligetur de peculio, quacumque ex causa filius intercesserit pro alio; dominus non item, nisi in re peculiari; vel in re domini servus intercesserit, *d. l. 3. §. sed si filius*, & in *l. quoties, §. 1. eod. tit.* Eam sententiam probarunt Julianus & Jabolenus, qui fuerunt etiam Sabiniani, *l. 19. & 20. de fidejussor.* in *d. l. in persona, §. 1. D. de pact.* Eandem sententiam ex diversa schola probavit etiam Celsus, ut refert *d. l. 3. §. si filius.* Et ita etiamsi servus compromiserit in arbitrum, vel si foret in judicio sit condemnatus: vel si in judicio actori jusjurandum detulerit, his etiam casibus dominus non tenetur de peculio, quasi ex his causis non sit constituta naturalis obligatio. Sed in filio diversum est, *d. l. 3. §. si filius, §. si servus, §. sed & si filius, & §. idem scribit*, & in *l. depositi, §. 1. eod. tit.* quæ differentia est etiam ex Sabinianorum sententia, quam & diversæ scholæ Nerva filius probavit. Vulgo tamen proculejani ex his etiam causis censebant servum obligari naturaliter: & tam in dominum, quam in patrem dabant actionem de peculio. Et ob id in *l. quidam, D. de jurejur.* quidam ajunt, inquit, ex proculejanis scilicet; qua de re aliquid diximus in *l. 4. sup. de reb. cred.* Conclusio hujus quæstionis hæc sit. Sabiniani, quorum sententia obtinuit, in his quatuor causis: si servus pro alio intercesserit, si compromiserit, si judicio condemnatus fuerit, si in judicio jusjurandum detulerit, obligationem naturalem, quæ tamen subesse videtur, non agnoverunt, & ideo de peculio in dominum actionem non dederunt. Nam nec naturali nec civili jure servum idoneum intercessorem, aut compromissorem, aut litigatorem idoneum, idoneam personam in judicio esse censuerunt. Ex aliis causis indistincte, seu e re peculiari essent, seu extra, in servum naturalem obligationem admiserunt, & actionem de peculio in dominum. Est etiam alius casus, quo post manumissionem cum servo est actio ex antegesto, *l. 2. hic.* Species est: Servo est credita pecunia: servus obligatur naturaliter, non civiliter: dominus autem tenetur de peculio, quacumque ex causa sit credita. Manumisso servo, dominus, vel etiam si testamento sit manumissus, heres de peculio tenetur intra annum ex illo edicto *quando de peculio, &c.* At hoc ita est, si servo peculium legatum non sit: Nam si servo peculium sit legatum, dubitatur quis teneatur creditæ pecuniæ nomine. Et videtur potius danda actio in manumissum, qui peculium habet extincta actione annali de peculio: id probat *l. 1. §. per contrarium, ff. de dote præleg.* Et ideo hæc l. 2. ait: Servus non tenetur, maxime si peculium ei legatum non sit: maxime sic est accipiendum, quasi idem prorsus non sit, peculio legato. Nam eo legato videtur manumissus teneri debere. Obstat *l. si servo, de pecul. leg. & l. 1. §. item heres, quando de peculio actio an.* quæ leges servo testamento manumisso, & peculio ei legato dant actionem de peculio in heredem intra annum, non in manumissum. Breviter ita dicendum est. Actio de peculio non quemlibet peculii possessorem sequitur nisi sit dominus, vel fuerit. Quo tamen casu actio de peculio est annalis: vel nisi sit heres domini, vel successoris, cui legatum est peculium sine servo, servus manumissus cum peculio, emptor peculii sine servo non tenetur de peculio, nisi ex causa, licet peculium possideant. In specie hac igitur heres primum si habet peculium, tenetur de eo. Idem est, si id servo præstiterit ex causa legati, quia id potuit retinere, non cavente servo de indemnitate; imo vero & post cautionem omissam, vel etiam peculium condicere incerti, *l. quod in herede, §. si servo, D. de tribut. act.* Verum etiamsi cautionem exegerit heres a servo, tenebitur de peculio: at tum liberabitur cessa actione in manumissum, vel etiam manumissus tenebitur utili actione de peculio, quam æquum est etiam dari, si heres non sit solvendo. Et ita est accipiendus *d. §. per contrarium*. Et recte hæc *l. 2.* ait *maxime*, quia si sit legatum peculium, res non eget dubitatione. Præterea statuliberi non sunt a servis separandi, *hac l. 1. id est*, seu contrahas cum servo, seu statulibero, id est, eo, qui libertatem sperat, non habes cum eo ullam actionem, in delictis secus est. Comparantur enim statuliberi liberis, ut mitius puniantur, *l. statuliberi a ceteris, D. de statuliber.*

AD TITULUM XV.

QUANDO FISCUS, VEL PRIVATUS, &c.

Explicui hunc titulum *sup. l. 3. de obligat. & act.*

AD TITULUM XVI.

DE HEREDITARIIS ACTIONIBUS.

A DEFINITIONE est incipiendum. Actiones hereditariæ sunt personales actiones, quæ heredibus, aut in heredes successionis jure competunt. Hypothecariæ vel reales non sunt hereditariæ: personales item non sunt hereditariæ, nisi heredibus aut in heredes dentur. Nam illæ etiam dantur extraneis, sed in heredes tantum ex duodecim tabul. vel in eos, qui sunt heredum loco, ut in fideicommissarios universales ex Senatusconsult. Trebell. In legatarios non competunt, *l. ult. hic.* Hypothecariæ dantur etiam in legatarios, & condictio indebiti soluti legatariis post mortem testatoris, videlicet si prius ratio sit habita legatariorum, quam æris alieni a defuncto contracti; quod quidem legatis præfertur: Nam ea non debentur, nisi ære alieno deducto etiam in testamento militis. Solvi prius æs alienum oportet, deinde legata. Igitur si heres prætulerit legatarios, creditores in legatarios habent hypothecariam, aut condictionem indebiti, licet ipsi non solverint, sed alius, *l. ult. §. sin vero creditores, de jure deliber.* Sed hæ actiones non sunt hereditariæ, hypothecaria

non eſt hereditaria, condictio illa indebiti non eſt hypothecaria. In donatarios etiam non competunt actiones hereditariæ, *l. æris, de donat.* Item non competunt in debitores hereditarios, id eſt, creditor hereditarius, veluti uxor defuncti, quæ dotem repetit, agit in heredes, non in debitores hereditarios, ne utili quidem actione, *l. 3. hic*, quæ negat mulieri eſſe decernendam actionem in debitores hereditarios: utiles decretales ſunt, non edictales: ideoque negat dari utilem. At hodie uxor dotis nomine aget non tantum in heredes mariti, ſed etiam in debitores jure tacitæ hypothecæ, quam habet ex conſtit. Juſtin. ſecundum ea, quæ ſunt tradita in *l. 3. de oblig. & action. ſup.* ſed hæc actio hypothecaria hereditaria non eſt: dantur etiam hereditariæ actiones in extraneos, ſed heredibus tantum, non aliis. Denique hereditariæ actiones ſunt perſonales, quæ heredibus vel in heredes jure ſucceſſionis dantur. Heredes ſunt debitores & creditores hereditarii. Et ſic in *l. 4. hic*, debitor hereditarius videtur ſignificare heredem, cum dicitur ob ætatem pupillarem debitoris hereditarii, id eſt, heredis, creditorum actionem non differri in tempus pubertatis, ſed ſtatim agi licere in heredem defuncti, etiam ſi ſit pupillus. Extranei quoque poſſunt ſimul eſſe debitores & creditores hereditarii, quæ omnia definitio illa complectitur. Non exigimus in hac definitione, ut actiones incipiant a defuncto: Nam quæ ab herede inceperunt ſunt etiam hereditariæ, ut legatorum actiones, *l. hereditariarum, de obl. & action.* vel ſi cum defunctus moreretur, ſe daturum aliquid promiſerit: quo caſu videtur actio incipere potius ab herede, quam a defuncto, quanquam momentum illud moriendi vitæ tribuatur. *Lex hereditariarum, ff. de bon. auct. jud. poſſ.* ait, *cum moreretur*. Nam ſi defunctus poſt mortem ſuam ſe daturum promiſerit, non valet ſtipulatio, niſi ex conſtitut. Juſtinian. *ſup. ut act. ab hered.* Igitur hodie ſi quis promiſit ſe daturum poſt mortem ſuam, hujus ſtipulationis actio incipiet ab herede, & nihilominus erit hereditaria. Jus ſucceſſionis has etiam actiones complectitur. Illud autem notum eſt, iſtas actiones hereditarias inter heredes dividi pro portionibus hereditariis, ut ſcilicet pro eis portionibus eas vel excipiant, vel dictent, *l. 2. hic*, ſi modo ſint certi condictiones, qua de re dixi *l. 1. ſup. ſi cert. petat.* Ad hæc notandum de confuſione, quod heres creditor hereditarius dici poteſt dupliciter: vel quod ei debeatur ab eis, qui defuncto debuerunt, vel hereditati, vel quod ei debeatur, quaſi extraneo, ut ſi defunctus heredi aliquid debuit ante teſtamentum contracto negotio. De hoc genere ita conſtituendum: ſi quid heredi defunctus debuit, id eſt, ſi creditorem ſcripſit heredem, debitum non confunditur ſi ei coheredem adjecerit, niſi pro qua parte debitori heres extiterit, reſidui ſalva actio eſt, ut ſi creditor debitori pro triente heres extiterit, pro triente confuſione ſolvitur & extinguitur obligatio, *l. 1. hoc titul.* pro beſſe manet, & competit actio adverſus coheredes, quibus bes eſt relictus, *l. ſi ab eo, de neg. geſt. l. pen. hic*. Et ideo quod ait *l. 1. huj. titul.* heredem, quod ſibi defunctus debuit a coheredibus petiturum pro parte ſibi competenti, id non eſt accipiendum pro parte hereditaria, pro qua heres eſt, ſed pro parte debiti, quod obſervavit Accurſ. Tanta autem eſt pars debiti, quanta eſt pars coheredum, & peti poteſt ea pars a coheredibus ea actione, qua ageretur cum defuncto ſi viveret, *l. ult. infr. de contr. jud. tut. l. 2. infr. de evict.* At quærit Accurſ. in *d. l. 1.* quid fieri oporteat in eadem ſpecie ſi defunctus heredi debuerit ſervitutem, quæ dividi non poteſt. Et ideo non poteſt percipi, quæ hu. debiti pars ſit confuſa, vel non, ſed hoc (quod idem Accurſ. dixit) æſtimatio explicabit, ut fit in l. Falc. *l. pure, §. 1. ff. de dol. & ex l. Falcidia interveniente, ff. ad leg. Falc.* Ergo heres conſequetur partem æſtimationis ſervitutis ſibi debitæ a coheredibus. Male Jacob. de Aretio diſceſſit ab Accurſ. quem & co-

A natur Fulgoſius defendere, cujus ratio hæc eſt, quod res inciderit in eum caſum, a quo incipere non poteſt .i. quod videatur ſervitus pro parte conſtituenda, quod fieri nequit: quæ ratio fallax eſt ſæpiſ. & maxime in hac ſpecie ceſſat: Nam difficultas præſtationis ſervitutis non facit inutilem obligationem, cum æſtimationibus factis res poſſit expediri, *l. 2. §. ex his, D. de verb. obl.* Ex his igitur apparet confuſionem eſſe modum tollendæ obligatonis pro rata parte, qua quis debitori heres extitit, *l. 5. hic*. Nam confuſio habet ſpeciem ſolutionis. Nam ipſa hereditas videtur heredi ſolvere pro rata, *l. ſi debitori creditor, ff. de fidejuſſ.* Ideoque ſi creditor debitori heres exiſtat pro triente, ei actio perit pro triente: pro beſſe in coheredes actio ſupereſt. Similiter jusjur. tollit obligationem, quia ſpeciem ſolutionis habet, *l. jus-*
B *jur. & l. duob. §. 1. ff. de jurejur.* Imo & acceptilationis, *l. jusjur. a debitore, ff. eod.* Verum nec confuſio, nec jusjur. refertur inter modos tollendæ obligationis in *tit. quibus modis toll. oblig.* Cur ita? quia non plane tollunt obligationem. Jusjurandum non tollit, niſi de eo certiſſime conſtet, *l. nam poſtea, de jurejur.* Confuſio etiam plane non tollit obligationem: Nam ſupereſt retentio & deductio. At quod diximus, pro parte coheredum actionem heredi ſupereſſe, pro ſua autem parte confundi, ita procedit, niſi creditorem heredem inſtitutum teſtator vetuerit quicquam exigere a coheredibus ſuis, *l. pen. h. t.* Nam eo caſu heres ſi agat pro parte coheredum, repelletur exceptione doli, vel in factum: putat Accurſ. *d. l. pen.* his verbis (*ne quid exigatur a coheredibus*) teſtatorem præcepiſſe videri, ut de-
C bitum heres compenſet cum hereditate, quam ei confert, *l. ſi compenſandi, inf. de hered. inſtit.* Sed inter hæc duo eſt magna differentia. Primum .n. ſi teſtator voluerit debitum compenſari cum triente, ex quo creditorem inſtituit heredem, & uſus ſit his verbis, & ſufficiat triens debito, nil petetur: ſi non ſufficiat, reliquum petetur a coheredibus, arg. *l. quod bonis, §. cum fideicomm. D. ad leg. Falcid.* Verum ſi teſtator vetuerit quicquam exigi a coheredibus crediti ſui nomine, ſeu triens ſufficiat debito, ſeu non, nil petetur a coheredibus. Hoc vero appellatur etiam compenſatio, *l. cum pater, §. Titio, D. de leg. 2.* Sed hoc modo compenſatur triens quamlibet minimus cum magnæ pecuniæ debito. Igitur debet eſſe contentus illo triente, quantus quantus ſit. At illo modo non fit compenſatio, niſi pro mo-
D do concurrentis quantitatis. Additur in *d. l. pen.* creditorem heredem inſtitutum pro parte, imprudenter quærere viam evertendi teſtamenti, ne ei pereat debitum, cum non poſſit ei perire niſi pro parte, qua heres eſt. Nam ceteri coheredes adeundo hereditatem ſe obligant coheredi quaſi ex contractu, & ceteris creditoribus hereditariis pro ſuis partibus: At ſi non ſit ſolvendo, quid fiet? Ut finge: habent proprios alios quoſdam creditores nedum hereditarios, qui ſi miſceant ſe non omnibus ſufficiunt bona, quid fiet? Ait l. hoc caſu poſtulata ſeparatione bonorum, creditores hereditario periculo liberari, *l. ſi uxori, inf. de bonis auctor. jud. poſſ.* quæ eſt eadem l. hæc ſeparatio poſtulatur a præſide, aut prætore .i. ut ſeparentur bona defuncti a bonis coheredum, & ea deputentur creditori-
E bus hereditariis defuncti, hæc autem creditoribus coheredum propriis: nam fieri poteſt, ut bona hereditaria ſufficiant creditoribus hereditariis, quæ non ſufficerent, ſi miſcerentur coheredum proprii creditores. Confuſione autem non omnino tollitur debitum: perit quidem actio creditori, qui debitori ſucceſſit, ſed crediti retentionem habet, & deductionem, ſi inventarium fecerit ex conſtitut. Juſtinian. *l. ult. §. in computatione, de jure deliber.* Facto inventario heres non tenetur ſupra vires hereditatis. Finge hereditatem vix ſufficere creditoribus, deducent ex bonis creditores pro rata quiſque quod ſibi debebitur, inter quos & heres æs ſuum deducet. Idem etiam fiet in ſeparationis beneficio, quod datur neceſſariis heredibus .i. ſervis, *l. 1. inf. D. de*

ſepa-

separat. Idem fiet in ponenda ratione leg. Falcid. Nam prius deducetur æs alienum, etiam quod heredi defunctus debuit: id legatariis reputabitur, & eo minus ex legatis ferent, *l. in imponenda, inf. ad l. Falcid.* Idem fiet cum heres ex Trebelliano restituet hereditatem, nam deducet sibi debitum, *l. cum pater*, §. *Titio*, *D. de leg.* 2. Idem fiet hereditate vendita, si heres vendat hereditatem. Nam retinebit quod sibi defunctus debuit, *l.* 2. §. *pen. D. de hered. vend.* Idemque si hereditas ei evincatur ab exheredato, instituta querela inofficiosi: Nam retinebit etiam quod sibi defunctus debuit, *l. si maritus*, *sup. de inoffic. test.* Ergo confusione non prorsus tollitur obligatio. Actiones hereditariæ aliæ sunt ex contractu, vel quasi contractu, de his diximus: aliæ sunt ex delictis, vel quasi delictis, de his dicetur in tit. seq.

AD TITULUM XVII.

EX DELICTIS DEFUNCTORUM IN QUANTUM HERED. CONVEN.

HIC tit. est etiam de hereditariis act. quia non tantum ex contractibus, sed etiam ex delictis actiones hereditariæ sunt, exceptis quibusdam, de quibus inferius. Delictorum a. appellatione, non tantum comprehenduntur privata delicta, quæ sunt 4. ex quibus ordinariæ actiones dantur; ut furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & legis Aquil. sed ea etiam comprehenduntur, ex quibus restitutoriæ actiones dantur, id est, quæ rem nobis in integrum restituunt, ut metus & dolus: quæ etiam delicta dicuntur, *l. ex contract. D. de oblig. & act. l.* 1. §. *si apud servum*, *D. depos.* Comprehenduntur etiam quasi delicta. Item pleraque facta, quæ lege aut jure prætorio coercentur propositis actionibus. Quæ ex hujusmodi delictis aut factis actiones dantur, vel pœnam persequuntur, vel rem nudam, vel utrumque simul. Hoc posito duo sunt explicanda. Primum, an hæ actiones dentur in heredem, deinde an dentur heredi. Quod ad primum attinet, constat has actiones in heredem non dari, etiamsi rem nudam persequantur, nisi quatenus ad eum pervenit. In heredem non dantur in solidum, sed in id quod ad eum pervenit, ut actio quod judicii mutandi causa, &c. quæ rem tantum persequitur, id est, id quod interest, non datur tamen in heredem, quia ex delicto esse videtur, *l.* 7. *D. de alien. jud. mut. caus. fac.* sic etiam condictio rerum amotarum non datur in heredem, nisi in id quod ad eum pervenit, *l. ult. inf. rer. amotar.* Item actio de dolo, quæ etiam persequitur tantum id quod interest, in heredem non datur, nisi in id quod ad eum pervenit, *l. si plures*, *l. in heredem*, *D. de dolo*. Sola condictio furtiva datur in solidum in heredem, etiamsi nihil pervenerit ad heredem furis, *l. in cond. de condict. furt.* §. *ult. Instit. de obligat. ex del.* Igitur est gravior furti executio, quam doli, vel amotionis rerum, cum heres furis teneatur in solidum, etsi rem non teneat, nec tenuerit. Actiones, quæ utrumque persequuntur, in heredem non dantur, nisi in id quod ad eum pervenit ex re, cujus persecutio actioni etiam inest, ut actio servi corrupti, quæ est mixta actio, arborum furtim cæsarum. Hæ actiones non dantur in heredem, *l.* 13. *D. de serv. corrupt. l.* 7. §. *pen. arbor. furt. cæs.* Item actio legis Aquiliæ non datur in heredem, nisi ex eo sit factus locupletior, *l. inde Neratius*, §. *hanc actionem*, *ff. ad leg. Aquil.* Item actio quod metus causa, *l. quod diximus*, §. *ult. D. quod met. caus.* de qua actione accipio hanc constitutionem. Eadem est actio ex edicto de incend. ruina, naufr. Nam non datur in heredem, nisi quatenus ad eum pervenit, *l. Pædius*, §. *ult. D. de incend. rui. & naufr.* Item actio in factum ex edicto de calumniat. quæ etiam datur in id quod ad eum pervenit, *l. in hered. D. de calumniat.* quæ actio mixta est,

A eo scilic. agente, qui dedit alteri pecuniam, ne sibi negotium fieret, non etiam agente eo, cui ut negotium fieret, vel non fieret, alter pecuniam dedit. Quo casu mera est pœnalis, *l. si quis ab alio, eod. tit.* At actio vi bonor. raptorum, quæ est etiam mixta, non datur in heredem, ne in id quidem, quod ad eum pervenit, *l.* 2. §. *ult. ff. vi bonor. rapt.* Et hæc adfertur ratio, quia de eo, quod pervenit ad heredem, est propria actio eo casu, id est, condictio furtiva. Itaque non est necesse in heredem dari actionem ipsam vi bonorum raptorum, cum sufficiat condictio furtiva. At obstat quod diximus de actione in factum de calumniatoribus, quæ datur in heredem in id quod ad eum pervenit: cum tamen eo casu sit propria actio, scilicet condictio ob turpem causam, *l. in heredem*, §. *ult. de calumn.* Differentiæ ratio est,
B quia actio vi bonorum raptorum famosa est in eum, qui vi rapuit: in heredem autem ejus ipso quidem jure non est famosa, sicut nec de dolo actio; sed tamen habet nomen famosum, & ideo non est data in heredes, cum esset alia actio, condictio furtiva, qua ratione usi sunt Græci in libro 60. Basilicῶn tit. 17. *ἵνα, μὴ ἐξ ὀνόματος αὐτοῖς ἀτιμία προστρίβηται*, id est, *ut ne ex ipso nomine actionis ipsis irrogetur infamia*. Actio in factum non est famosa: imo omnis actio in factum est honesta, qui vult honeste agere, agit in factum. Sed color hic est potius, quam necessaria ratio, ut scilicet excusetur prætor. Nam hæc differentia orta est ex edictis, ut inquam, excusetur prætor, qui in heredem raptoris actionem non dedit, in heredem concussoris actionem dedit, cum tamen utroque casu con-
C dictio sufficeret. Meram autem pœnalem actionem nusquam invenies dari in heredem, ut furti, quæ in eum nullo modo datur, *l.* 1. *ff. de privat. delict.* Et ideo puto actionem in factum de calumniatoribus, eo casu, quo est mera pœnalis, non dari in heredem. Conclusio hæc sit. Ex delictis actiones in heredem non dari, nisi in id quod pervenit, si sit actio mixta, vel rei persecutoria, excepta condictione furtiva, quæ in heredem datur, etsi nil ad eum pervenerit. Item excepta actione vi bonorum raptorum, quæ nullo modo datur, quamvis aliquid pervenerit. Idem dicendum in quasi delictis, *l. Julianus*, *D. de judic. l. ult.* §. *hæc judicia*, *D. naut. caup. stabul. l.* 5. §. *hæc autem*, *ff. de his qui dejec. vel effud.* Nunc videndum an dentur heredibus regulariter ex delictis, vel quasi delictis rei
D persecutoriæ. Mixtæ heredibus plerumque dantur, ut condictio furtiva, & rerum amotarum, quæ sunt rei persecutoriæ, & vi bonorum raptorum, & legis Aquiliæ, quæ sunt mixtæ. Item furti, quæ est mera pœnalis. Excipitur primum actio in factum ex edicto de calumniatoribus, quæ heredi non datur, *l. heredi*, *de calum.* Ratio autem nulla est necessaria, nisi quia prætor eo casu existimavit heredi concussi sufficere condictionem ob turpem causam, & noluit eidem etiam heredi dare executionem pœnæ: quod tamen in edicto vi bonorum raptorum, & in edicto de fur. non ita censuit. Nam datur actio vi bonorum rapt. heredi, atque etiam furti, licet suppetat condictio furtiva, *d. l.* 2. §. *ult. vi bonor. rapt. l.* 1. *ff. de priv. del. l.* 4. *ff. si famil. furt. fec. & l.* 1. §. *Prætor*, *ff. si quis testam.*
E *liber esse jussus sit*. Itaque ex eis edictis est gravior criminum executio, quam sit ex edicto de calumniatoribus, cum liceat heredi pœnam persequi: quam non licet persequi ex edicto de calumniat. Excipiuntur etiam actiones, quæ solius vindictæ causa dantur, ut actio injuriarum, §. *non autem*, *Instit. de perpet. & temp. action.* Injuria non minuit patrimonium, sed honorem, cujus ulciscendi causa datur actio nobis tantum, non heredibus nostris, ad quos ob id non venit minor hereditas. Ejusdem juris est actio de moribus, *l. ult. C. Theod. de incest. nupt.* Et actio, quæ competit de ingratitudine donatarii, *l. iis solis*, *inf. de revoc. donat.* habet ea effectum vindicationis, id est, vindictæ, quia heredi non datur. Item actio in factum, quod libertus

patronum in jus vocaverit sine venia. Hæc etiam heredi non datur, quia id factum liberti rem patroni non minuit, sed honorem tantum, cujus vindicatio ad nos solos spectat, non ad successores nostros, *l. pen. D. de in jus voc.* Excipiuntur etiam actiones populares, veluti albi corrupti, & similes: hæ non dantur etiam heredibus jure hereditario, sed jure populi, *l.* 5. §. *hac autem, D. de his qui dejec. vel effud.* Postremo excipitur actio in factum, quæ datur prohibito mortuum inferre: hæc actio videtur esse ex delicto, quod injuria prohibeamur supremum officium præstare defuncto, eumque inferre in locum nostrum. Hæc actio non habet pœnæ persecutionem, aut vindictæ, sed rei tantum. Nam actor persequitur, quod ejus interest se non esse prohibitum. Verum hæc actio non datur heredi, nec in heredem, *l. liberum, D. de religios. & sumpt. fun.* ubi Jurisconsultus ait, se mirari, id constare inter omnes, hanc actionem nec heredi, nec in heredem dari. Constat tamen ita. Et sic est judicandum. Et male supplet Accursius imperitis. Nam constare est semper in libris nostris, constare apud omnes Jurisconsultos. Sic Græci hanc legem interpretantur. Hæc actio nec heredi, nec in heredem datur, quamvis rei persecutionem tantum habeat. Nec moveri debemus *l. si filiusfamilias, eodem tit.* quia non loquitur de ea actione, quæ datur in eum, qui prohibuit mortuum inferre, sed de actione funeraria, quæ datur heredi; quaque repetuntur sumptus funeris. Nec debemus etiam moveri *l. 7. eodem tit.* quæ non loquitur etiam de ea actione, sed de ea, qua is tenetur, qui mortuum intulit in alienum locum, quæ heredi datur, at illa, de qua agitur in *l. liberum*, heredi non datur; & Jureconf. miratur constare inter omnes. Hæc autem omnia, quæ diximus, sunt de actionibus non contestatis: Nam contestatæ actiones ab heredibus continuantur, & in heredes qualescumque sint, seu pœnales, seu vindictæ, seu pecuniæ causa dentur. Actio injuriarum contestata transfertur in heredem, *l. injuriarum*, §. 1. & 3. *ff. de injur.* Plautus in Querulo: *jura parasito consuli ita voluerunt, ut si vulneribus adflictus contestata lite defecerit, heredibus ejus paterni laboris, ac meriti præmia non negentur, &c.* Idem ostenditur in *l. pœnalia, de regul. jur. l. omnes, l. constitutionibus, l. sciendum, de obl. & act.* Rursus hæc dicuntur de actionibus civilibus: Nam criminales actiones etiam contestatæ ad heredes non transeunt, exceptis quibusdam, *l. judiciorum, ff. de accus.* Proponitur hoc loco tantum quæstio de actionibus civilibus. Accurs. itaque non satis apte hic tractat de criminalibus. Id forte fecit, quia putabat in specie hujus legis actum fuisse criminaliter, quod est falsum: Alioqui nec contestatione litis pœna transmitteretur in heredem, quam tamen lex dicit transmitti. Male quoque Accurs. vim pro rapina accipit: quo casu competeret actio vi bonorum raptorum, quæ in heredem nullo modo datur: vel condictio furtiva non contestata, eo casu in heredem competeret: vis hoc loco est coactio, non ereptio, *ut tit. de his quæ vi metusve causa*. Concussio autem hic est metus, terror, vel calumniosa vexatio. Idem Accursius male interdictum unde vi negat in heredem dari de eo quod ad eum pervenit, quod falsum est: eum arguit *l. in honorariis, ff. de obl. & act.* quæ aperte ait, Interdictum unde vi dari in heredem, ut lucrum ei extorqueatur, & *l. 2. inf. unde vi*. Nec eum juvat *l. 1. §. ult. ff. de vi & vi arm.* quæ lex dicit, actionem in factum dari in heredem ejus, qui vi dejecit aliquem de possessione, de eo, quod pervenit, non dicit dari interdictum unde vi. Ergo in heredem non dabitur, sed actio in factum. Dicendum est utrumque idem esse, interdictum unde vi, & illam actionem in factum: ut si quis dolum fecerit, ejus heres tenetur de dolo. Hoc est verum; sed hæc actio est in factum potius, quam de dolo, quia nec infamat, & calculi subducendi gratia tantum datur: Sic in heredem ejus, qui vi dejecit, est interdictum unde vi: sed id est potius in factum, quia ipse heres vim non facit.

A Sic in *l. prætor*, §. *nonnulli, ff. de novi operis nunc.* In heredem ejus, qui fecit contra nuntiationem, non est interdictum proprie, sed actio potius in factum.

AD TITULUM XVIII.

DE CONSTIT. PECUNIA.

QUOD ipse debeo, aut alius debet, aut promitto me soluturum, aut recipio, aut constituo. Inter hæc verba differentia est constituta a veteribus Jurecon. Si promitto, est stipulatio, ex qua jure civili nascitur actio ex
B stipulatu: si recipio me daturum, aut facturum, receptum est, ex quo jure civili datur actio, quæ dicitur receptitia. Si constituo me daturum, curaturum, soluturum, constitutum est, ex quo datur actio jure prætorio, quæ dicitur constitutoria, vel constitutæ pecuniæ actio. Receptum & constitutum fit nudo consensu sine stipulatione. Ex recepto soli argentarii obligantur, qui ad se recipiunt aliena debita: Ex constituto obligantur omnes jure prætorio, *l. 2. hic*. Theophilus in §. *in personam, Instit. de actio.* In constitutum veniunt pecuniæ tantum, id est, nummi, atque etiam ea, quæ pondere, numero, vel mensura constant: & inde titulus *de constituta pecunia*: in receptum autem veniunt res omnes, & pecuniæ & corpora. Plenius est receptum, si res spectes; plenius est constitutum si personas spectes: utroque ple-
C nior uberiorque est stipulatio. Nam ea omnes personæ obligantur, & omnes res in eam veniunt: sunt & aliæ differentiæ inter receptum & constitutum, seu actionem receptitiam & constitutoriam. Actio receptitia est perpetua: constitutoria est etiam perpetua, *l. 1. hic*, sed certis casibus est annalis, *l. 2. hic*. Qui casus quales fuerint ignorantur, quia delevit Justinianus omnes has differentias ex libris prudentum, & constitutoriam omni casu perpetuam actionem esse voluit. Rursus receptitia est civilis, ut ait initio *l. 2.* solemnibus verbis, id est, civilibus & directis composita: actio constitutoria est prætoria, §. *de constitut. Instit. de act.* Præterea recipiebant in se etiam indebita argentarii, verbi gatia, ut pro eo, qui esset empturus rem aliquam, recipiebant se pretium daturos hoc modo; *vendas illi licet:*
D *namque recipio pretium me tibi soluturum*. Atque ita recipiebant, quæ non debebantur. Eo modo & fidejussor intervenit recte per stipulationem: futuræ obligationis recte accipitur fidejussor. At præsentia debita tantum constituebantur. Quinimo dubitabatur an debitum sub conditione, vel in diem posset constitui, quia non videtur deberi, quod nondum peti potest. Neutrum peti potest, nec quod sub conditione debetur, nec quod in diem, *l. 1. de condict. ex lege*, de hac re agitur in *l. 3. §. ult. l. id quod, ff. hoc tit.* Præterea receptum fiebat in diem, vel etiam pure: constitutum in diem tantum, *l. sed & si alia, l. item illa, ff. de constitut. pec.* & verbum constituendi id per se significat: Constitutum significat diem condictum. *Cic. ad Marium, & ad Atticum lib.* 12. Et ideo maxime dubitabatur
E olim, an pure, id est, sine die factum constitutum valeret: nec enim videtur esse constitutum die non posito, qua de re est *l. promissor*, §. 1. *ff. de constit. pec.* Hæ sunt differentiæ inter receptum & constitutum. Utrumque Græci comprehendunt verbo ἀντιφωνήσεως & ἐπιφωνήσεως; responsionis verbo Galli utuntur, quo videntur usi Latini eodem sensu, *l. libertus*, §. *ult. ad municip.* secundum Florent. scripturam, sed eo verbo comprehendimus etiam fidejussiones. At ἀντιφωνήσεως verbo, numquam significatur fidejussio. Et receptum quidem argentariorum etiam constitutum dicitur, nisi si quid mutavit Tribonian. *l. si quis ex argentariis*, §. *rationem, ff. de edend.* Ob eam causam sæpe olim argentarii interveniebant, & novatione non facta alienas obliga-

tiones

tiones suscipiebant. Nam nec recepto, nec constituto fit novatio, ut nec fidejussione. Adhibitos sæpe fuisse argentarios in hanc rem ostenditur Novell. 116. *& edict. Justiniani 9. de Argentar. contractib.* Est etiam de constituto Novell. 115. §. ult. in qua hoc cavetur de constituto, ut obligetur ex constituto, qui ita dixerit, constituo me soluturum pro me, vel pro alio: vel etiam si dixerit, satisfacio: quo verbo etiam contrahitur constitutum: non etiam si dixerit *ἀπρωσώπως*, scilicet, satisfiet: tunc enim nil aget: quo genere etiam stipulationem factam dicimus non valere. At si ita dixero, satisfiet tibi a me, ego teneor in solidum ex constituto. Idem est, si ita dixero, satisfiet tibi a me, aut ab illo: Nam id agitur his verbis, ut constituantur duo rei debendi: & ideo ego teneor in solidum, nec habeo beneficium divisionis, ut tenear pro parte, quod tamen Justinianus dedit reis debendi, cum sciam adjectionem Titii supervacuam esse, & jure non valere; Itaque in solidum teneor, & condemnabor. Diversum est si ita dixero, satisfiet tibi a me & a Titio conjunctim: quoniam tunc id non agitur, ut fiant duo rei, & ideo pro parte tantum tenebor, & Titii adjectio inutilis non auget meam obligationem. Idem prorsus est in stipulatione: Nam de se tantum quis utiliter stipulatur, non de alio, *l. inter stipulantem, D. de verb. oblig.* Itaque quod attinet ad illum §. ult. Nov. illius, nulla est constituenda differentia inter constitutum & stipulationem. Nunc videamus de l. 2. quæ sustulit differentiam inter receptum & constitutum. Tollit Justinianus actionem receptitiam, & eam transfundit in actionem constitutæ pecuniæ, ut alibi Pegas. Senatusconsultum transfudit in Senatusconf. Trebel. & actionem rei uxoriæ in actionem ex stipulatu de dote: Et ideo in Pandectis nil reperies de actione receptitia, & de actione rei uxoriæ, & de Pegasiano, de quibus tamen Jureconsulti plurima scripserunt. Quod erat amplius in receptitia, quam constitutoria, scilicet ut omnes res in receptum venirent, & esset perpetua in omni casu, idem transtulit in actionem constitutoriam, quæ ideo est perpetua omni casu, id est, 30. annis durat: Item in eam omnes res veniunt: nec id est novum, ut dicatur pecuniæ constitutæ: Nam pecuniæ verbo omnes res continentur, etiam in antiqua prudentia, id est, in XII. tabul. ut in eo loco, *super tutela pecuniave ejus*. Nec mirum, inquit Theophilus, cum pecunia res omnes æstimentur, *in §. constituitur, de usufr.* Id quoque definit Justinianus, constitutum pure fieri posse, & pro quocumque debito, etiam conditionali, vel in diem: & actionem constitutoriam dari heredibus, & in heredes, ut & *l. 1. hic*. Qua de re videntur Jurisconsulti veteres dubitasse, *l. item illa, §. de re autem, D. de constit. pec.* quia illo edicto de constituta pecunia prætor videatur proposuisse pœnalem actionem in eum, qui ad condictum fefellisset, qui ad constitutum non venisset, fraudis & perfidiæ coercendæ causa, his verbis: si pareat eum, qui constituit, neque solvisse: comminari videtur pœnam: sed verius est ea actione rei persecutionem contineri. Et ideo dabitur heredibus, & in heredes quasi ex contractu, & solvente eo, qui constituit, liberabitur reus principalis, *d. l. item illa, §. ult.* Denique Justinianus constituit l. 2. eandem esse vim constituti, atque stipulationis, ut æque pateat una obligatio, atque altera, id est, stipulatio est uberrima, seu res spectes, seu personas: ejusmodi est constitutum. Supersunt tamen differentiæ quædam, alioqui frustra titulis separarentur. Propria quædam habet constitutum, quæ non habet stipulatio, ut scilicet debita tantum constituantur, quod & olim obtinuit: in stipulationem autem indebitum deducitur, & est actio ex stipulatu, *l. fideicommissum, D. de condict. indeb.* Non debetur legatum si locus sit Falcidiæ, quoniam Falcidia ipso jure minuit, consumitque legatum: Debetur tamen si in stipulationem deductum sit. Præterea hoc est constituti proprium, ut pure factum non statim exigatur, sed tantum post 10. dies: constituto puro tacite insunt dies 10. alioquin non est constitutum, *d. l. promissor, §. 1.* In stipulatione secus. Nam ex stipulatione pura statim agitur, *l. liber homo, §. decem, D. de verb. obligat.* Adiicit in fine Justin. ut ea, quæ argentarii constituerint, pro aliis scilicet indefense, id est, ita ut nulla exceptione se tueri possint, & defendere valeant secundum pristinum morem constituta. Quam partem Accursius male accipit de decretis argentariorum, si constituerint argentarii, inquit, id est, si corpus argentariorum leges quasdam sibi fecerit, ut omnia corpora solent habere, quæ male putat appellari constituta. Et eodem errore male accipit *§. ult. Novellæ de fidejuss.* Cujus sententia est explicanda ex Novel. 136. ut scilicet argentarii, qui pro aliis constituerint, conveniri possint inexcusso reo, contra regulam illius Novellæ 4. nisi aliud convenerit; cum tamen si quid quis eis constituerit, non possit eum conveniri inexcusso reo. Itaque quod alii habent in argentarium constituentem, idem non datur argentario in alios. Postrema constitutio Justiniani est, ut beneficium divisionis, quod datur pluribus ejusdem pecuniæ fidejussoribus, vel mandatoribus ex Epistola D. Adriani, pertineat etiam ad reos constitutæ pecuniæ, videl. si solvendo sint litis contestatæ tempore: dividetur tunc actio, & pro parte sua tantum quilibet tenebitur, licet singuli in solidum teneantur ipso jure, *l. ult.* Et hac ratione Justinianus utitur: æquitatem .n. divisionis species actionis excludere nullo modo debet. Ita .n. legendum. Idque est ex Papiniano in *l. fidejussores, D. de fidejuss. tut.* quæ æquitas divisionis valet in actione ex stipulatu, qua tenentur fidejussores, in actione mandati, qua tenentur mandatores: eadem valeat in actione constitutæ pecuniæ, species actionis ne mutetur æquitas divisionis: verum idem Justinianus postea Novella *99.* idem beneficium dedit pluribus reis debendi. Itaque hodie hoc beneficium datur, non tantum accessionibus, sed etiam principalibus debitoribus. Datur autem non ipso jure: Nam ipso jure non dividitur obligatio, sed opposita exceptione Epistolæ D. Hadriani, quam qui non opponit, condemnatur in solidum, quæ exceptio est peremptoria, & ideo opponi debet ante sententiam, *l. fidejussor, infr. de fidejussor.* Hoc tamen quidam negant, & affirmant eam posse opponi post sententiam. Moventur *l. fidejussores, §. ult. D. de fidejussor.* Quæ lex non loquitur de beneficio divisionis, sed de beneficio cessionis. Moventur & *l. inter eos, §. ult. D. eod. tit.* In qua lege damnatum fidejussorem accipere oportet, non ex causa fidejussionis, sed ex delicto, & bona ejus fuisse confiscata: fiscum autem ex ejus persona habere beneficium divisionis una cum ceteris confidejussoribus. In ea tamen opinione memini me alias legisse Franciscum Connanum fuisse. Memini etiam eundem in hac quæstione non callide satis emendare *l. si Titius & Seja, D. de fidejussor.* dicens pro (si postea) esse legendum, si sponte. Etiam hæc duo faciens adversa, sponte facere, & dolo deceptum facere: quæ nego esse adversa. Nam & qui dolo captus facit, sponte facit, & ideo eget restitutione. Nego etiam mutandam scripturam, quam nec Græci mutant *libr. 26. βασιλικῶν tit. 1.* quod ex specie illius legis liquebit statim: Mulier si fidejubeat pro alio, frustra fidejubet, quia juvatur Senatusconsulto Vellejano. Finge; Ego & mulier pro alio fidejussimus: mulier non tenetur, an teneor in solidum? Lex ait me teneri in solidum, nec habere beneficium divisionis, quia sciebam mulierem frustra fidejubere, aut id non poteram ignorare: Ideo videor abjecisse beneficium divisionis, & videor solus fidejussisse. Itaque cessat Epist. D. Adriani, quæ est de pluribus fidejuss. utiliter acceptis. Minor etiam frustra pro alio fidejubet, quia potest restitui in integrum ex edicto prætoris. Finge igitur: ego & minor pro alio fidejussimus: minor non tenetur cum effectu. An ego teneor in solidum? Distinguendum est. Aut separatim fidejussimus, ego qui-

quidem prior, deinde minor: aut simul. Si prior fidejussi, deinde minor, teneor in solidum, quasi solus solidam obligationem ab initio receperim. Et ideo Græci inquiunt: Tunc obligor in solidum, cum prior fidejussi, vel, ut ea lex ait, cum postea minor fidejussit, quod idem est: at si simul fidejussimus ego & minor, teneor pro parte tantum, quia potui ignorare ætatem illius, qui mecum fidejubebat, vel etiamsi scivi minorem, incertum erat an prætor esset daturus restitutionem in integrum, quam non dat temere, nec nisi causa cognita. Itaque minor non inutiliter accedit: nam forte non restituetur. Itaque si ego & minor fidejussimus pariter, ego teneor tantum pro parte: Si ego & mulier, in solidum.

AD TITULUM XIX.

DE PROBATIONIBUS.

IN judiciis frequens est quæstio, quis probare debeat, actor an reus, ad quam pertinet totus hic titulus. De ea vero nil possumus absolute definire: Nam pro actionis, vel exceptionis genere, & conditione rei, de qua quæritur, modo reus probat, modo actor, modo uterque. Sunt hic leges, quæ probationem exigunt a reo, aliæ, quæ exigunt ab actore: quia omnes ad idem judicium non pertinent, sed ad varias actiones exceptionesque. Et in hoc potissimum versatur utilitas hujus tituli, quod sit tractandum de variis actionibus & exceptionibus. L. I. hujus tituli pertinet ad actionem creditæ pecuniæ. Creditor cum dicit sibi deberi ex mutuo, vel ex stipulatu, reus negat se accepisse, & opponit exceptionem non numeratæ pecuniæ: actor debet probare se numerasse, ille inficiator nil probat. Idem est, si ob causam non numeratæ pecuniæ, utatur reus exceptione doli, hoc modo si non dolo facis, qui petas, quod non numerasti, *l. 3. inf. de non num. pec.* Qui habet exceptionem non numeratæ pecuniæ, habet & exceptionem doli. Certum est enim exceptionem doli concurrere cum exceptione in factum: hujusmodi autem est exceptio non numeratæ pecuniæ. Et male putat Accurs. aliud esse exceptionem doli, aliud exceptionem non numeratæ pecuniæ. Convincitur *l. cum ultra, inf. de non num. pec. l. apud Celsum, §. adversus, D. de doli exc.* Verum qui alia ex causa utitur exceptione doli, probare debet dolum, ut si quis promiserit ob turpem causam, & conveniatur, defendet se exceptione doli, ita tamen ut necesse habeat probare turpitudinem. Id dixi supra in *tit. de condict. ob turp. caus.* Is autem, qui excipit de non numer. pec. vel eo nomine de dolo, ideo non probat, quia hæc exceptio mera est negatio, cujus vix ulla probatio dari potest, *l. 8. l. actor, hoc tit. l. 2. D. eod. l. asseveratio, inf. de non numer. pecun.* Moribus Biturigum præscriptum est eum, qui excipit de non numerata pecunia, rationem aliquam reddere, probare debere: alioqui inanem esse exceptionem, ni probet non fuisse numeratam pecuniam: quod videtur contrarium juri, & plerisque ita videtur: verum hoc omnino congruit cum jure nostro, id est, cum *l. generaliter, inf. de non num. pec.* Nam id ita procedit, si agatur ex chirographo debitoris, quo scripserit se debere ex causa, puta emptionis, vel mutui, & neget reus eam causam processisse, se emisse, vel creditum accepisse: hoc nisi probaverit, condemnabitur ex proprio chirographo, hoc est, nisi docuerit rem aliter gestam fuisse, aut cœptam peractam non fuisse. At finge: Nullum emissum est chirographum, petitur tamen pecunia; reus excipit, non numeratam: tum absolvetur, nisi probet actor, nec a reo exigetur probatio: At in casu *l. generaliter* exigetur probatio a reo negante. Neque hoc novum videri debet. Pleraque enim sunt negantia, quorum ratio seu probatio exigitur. Si nego testatorem sanæ mentis fuisse, id probare debeo, *l. nec codicillos, inf. de cod.* Si nego emancipationem solemniter factam, id probare debeo, *l. 5. eod.* Si nego me Biturigibus fuisse cum cædes est facta, *l. pen. de contrah. stipul.* Si nego adversario procuratorem dare licere, *l. in exceptionibus, D. de probat.* Additur in *l. 1. hic*, eum qui affirmat se solvisse, quod non est excipere, sed actionem esse negare; eum probare debere solutionem, quam allegat, *l. quingenta, D. de probat. l. ult. inf. de solut. d. l. asseveratio*: idque probari debet apocha, vel testibus: Nam non sufficit sola redditio chirographi, aut sola chirographi inductio, ut videatur debitor solvisse. Quærunt interpretes, an is, qui dicit solvisse, videatur confiteri de intentione actoris: quod magni interest scire, quoniam si habeatur pro confesso, & deficiat probationibus, id est, si nequiverit probare se solvisse, in ea lite actor potior habebitur, etiam nulla probatione pro sua parte præstita: Ita vero videtur Dyno, ut habeatur pro confesso. Et ideo nec ipso probante solutionem, nec actore probante quicquam, eum esse condemnandum. Si verum hoc est, alia igitur est ratio exceptionis: nam qui opponit exceptionem, non videtur confiteri actoris intentionem, nisi palam confiteatur. Et ideo hoc primum exigitur opposita exceptione, ut actor probet intentionem suam, deinde reus exceptionem suam. Si reus non probet exceptionem, non ideo condemnabitur, nisi & actor etiam probaverit suam intentionem, *l. si quidem, inf. de except. l. emptor, inf. de præscript. long. temp. l. non utique, D. de except.* Eadem debet esse ratio allegationis solutionis: Nam si cum actionem esse non nego, quod fit dum excipio, actori onus probandi incumbit, multo magis cum actionem prorsus esse nego, id est, cum solutionem affirmo, probationis munere debet fungi actor, ut ostendat sibi esse actionem, & se jure agere.

Ad L. II. Possessiones, quas ad te *Pertinere dicis, more judiciorum persequère. Non enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere: cum te in probatione cessante, dominium apud eum remaneat.*

Ad L. IV. Proprietatis dominium *non tantum instrumento emptionis, sed & quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur.*

PErtinent hæ ll. ad rei vindicationem, in qua munus probandi est actoris, non rei, id est, is, qui agit, probare dominium debet, non possessor, cum quo agitur: Nam non cogitur docere esse dominum. Imo non cogitur etiam dicere titulum suæ possessionis: cogitur quidem interrogatus, dicere an rem illam possideat, de qua est lis, non tamen qua ex causa possideat: Igitur nec docere, nec dicere debet causam possessionis suæ: actore non probante dominium, absolvetur quacumque ex causa rem possideat, etiam injusta, vel nulla, *l. cogi, sup. de pet. hered.* Cui opponitur *l. civile 1. de furt.* cujus hæc species est: rem furto amisi, ea ad te pervenit, & possides eam. Ego abs te peto, ut mihi venditorem seu auctorem exhibeas, a quo rem meam habes: Dicis te emisse a transeunte quodam & ignoto, te venditorem nescire: hoc non expurgat suspicionem furti. Itaque debes liquido dicere quis tibi vendiderit. Igitur cogitur quis dicere tit. suæ posses. eumque exhib. Respondeo in ea specie non cogi possessorem dicere tit. suæ possessionis, nec lex hoc dicit, sed dicit, re furto ablata, possessorem rei incidere in suspicionem furti, nisi probet unde & a quo emerit. Et species ita ponenda est: Dominus agnita re furtiva eam vindicat a possessore, vel eam condicit quasi furi: probat se esse dominum furti facti a possessore: multa profert argumenta: condemnabitur possessor ut fur, nisi hanc suspicionem possessor expurgaverit, exhibito vendito-

ditore. Eadem est ratio *l. sive possidetis hic*: cujus duæ sunt partes: prima nil obstat. Pater filiis emancipatis quædam donavit: ea possident heredes patris: vindicant filii ab heredibus: probare debent titulum dominii sui: in vindicatione actor probat. Secundæ partis species hæc est. Heres vindicat rem hereditariam a possessore: probat rem defuncti fuisse, & se esse heredem, & ita probat suam intentionem. Igitur rem evincet, nisi possessor probaverit sibi a defuncto donatam, aut ex alia causa acquisitam. Et ita possessor probat titulum suæ possessionis. Idem etiam fiet, si ego rem vindicavero, & probavero me eam emisse a domino: possessor autem non probaverit se usucepisse, vincam. At si probarit possessor se usucepisse, vincet. Conclusio sit. Non cogitur solus possessor probare causam dominii, sui seu possessionis, exonerato petitore: sed petitore probante dominium, rei necessitas contrariam probationem potioris dominii a possessore exigit, alioqui vincetur. Male autem in *d. l. possidetis*, putant interpretes legem probare, quod præsumptio faciat pro actore: Alioquin possessionis commodum auferret quælibet præsumptio, quod iniquum est. Non igitur quod præsumptio sit pro actore, sed quod probaverit dominium, ideo tum cogitur possessor titulum potiorem exponere, aut vincitur, & ideo ibi male tractant de præsumptionibus: nam de præsumptionibus nihil. Non est omittendum quod est in *l. cogi, sup. de pet. hered.* regulariter possessorem non cogi proferre titulum suæ possessionis, sed si agatur petitione hereditatis, aliud quodammodo dicendum videtur. Hæc actio non datur nisi adversus eum, qui possidet pro herede, vel pro possessore. Qui agit, potest interrogare possessorem an possideat pro herede, vel pro possessore ne non bene agat: Et cogetur possessor id dicere. Sed hi tituli non sunt veri: pro herede possidet, qui putat se heredem esse, licet non sit heres; pro possessore possidet prædo, qui interrogatus nullam affert causam, nisi quia possideo. Hos cogitur exponere, ne petitor frustra agat. At si neget se possidere pro herede, vel pro possessore, an cogetur dicere verum titulum? non. In *l. 4.* quam alii faciunt tertiam, ostenditur probari dominium sine instrumento, puta, testibus, qui dicant rem tibi venditam, & tibi traditam, & te pretium numerasse, *l. cum re 5. inf. hoc tit.* Et sane si dominium mutatur etiam sine instrumento, quod certum est, probabitur etiam recte sine instrumento: quæ sine instrumentis non fiunt, ea non probantur nisi instrumentis. Ait lex 4. *proprietatis dominium*: aliud est, dominium possessionis, *l. 2. C. Theod. de ma. bon. & l. 1. C. Greg. si sub alt. nom. res em. sit.* Et ita dominium accipere oportet in *l. 1. de bon. poss.* dominium possessionis. Nam prætor possessorem facit, non dominum. Et ita sæpe dominus accipitur pro possessore. Aliud est dominium usufructus, quod dicitur etiam proprietas redituum, *l. jubemus, §. pen. de sacros. eccles.* Est igitur triplex dominium, proprietatis, possessionis, & usufructus: tertia pertinet ad actionem tutelæ, quæ competit finita tutela. Sciendum est officium tutelæ esse individuum, & periculum commune sive mutuum: Et ideo si tempore finitæ tutelæ ex tutoribus quidam solvendo non sint, horum inopia onerat ceteros collegas idoneos ad solvendum, vel heredes eorum, videlicet si culpa eorum arguatur, quod durante tutela collegam non removerint. Idem servatur in curatoribus, & in iis, qui honorem & munus publicum gerunt, *l. Imperator, D. ad Municipal.* At si in diem finitæ tutelæ omnes tutores idonei fuerint, tunc tenetur quisque pro rata tantum parte administrationis suæ, non in solidum, *l. Æmil. de administ. tut.* Quis autem hoc probabit, omnes tutores fuisse solvendo? Is nimirum, cum quo agetur in solidum ex sua & collegarum persona, idque ostenditur hac lege. Ratio hæc est, quia hæc divisio actionis, ut quisque pro parte teneatur non fit ipso jure, sed opposita exceptione, hac scilicet, si non omnes in diem finitæ tutelæ solvendo fuerint: is, cum quo agitur in solidum sic excipiet. Atque ita evitabit condemnationem in solidum. Sed hanc exceptionem ipse debet probare, qui eam opponit. Nam reus in exceptione pro actore habetur regulariter. Sic etiam fit in actione in factum subsidiaria, qua tenentur magistratus municipales, qui pupillo a tutoribus idonee satisdari non curaverunt. Nam si dicant acceptos fidejussores idoneos fuisse, debent dicti sui, & defensionis probationes afferre, *l. non est, de probat. l. 1. §. sed etsi satis, D. de magist. conven.* Hoc ita, non quod præsumptio faciat pro actore (qua ratione quidam utuntur male, etiam in specie hujus legis, ut & in *l. sive possidetis*) Non igitur ob eam rem, sed quia reus exceptionem suam, veluti intentionem probare debet.

Ad L. V. Instrumenta domestica, *seu privata testatio, seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola non sufficiunt.*

Ad L. VI. Rationes defuncti, *quæ in bonis ejus inveniuntur, ad probationem sibi debitæ quantitatis solas sufficere non posse, sæpe rescriptum est. Ejusdem juris est, & si in ultima voluntate defunctus certam pecuniæ quantitatem, aut etiam res certas sibi deberi significaverit.*

Ad L. VII. Exemplo perniciosum est, *ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Unde neque fiscum, neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere posse oportet.*

HÆ tres leges pertinent potissimum ad actionem creditæ pecuniæ, in qua plerumque quæritur, an creditoris rationes domesticæ fidem faciant. Olim fidem faciebant, cum rationes diligenter conficiebantur a patribusfamil. Et ideo inter genera probationum, expensilationem Gell. refert *l. 14. c. 2.* ubi recenset hæc genera probat. expensilat. id est, privatas rationes, & mensæ rationes, & chirographi exhibitionem, & tabularum obsignationem, & testium intercessionem. Ergo expensilatio fuit probatio legitima: hodie fidem non facit, ut ostendunt hæ leges, ne fisco quidem agente, id est, etiamsi fiscus agat ex suis breviariis rationibus, vel etiam ex breviariis rationibus confiscati, *l. 7. l. ult. de conven. fisci debitor.* Additur in l. 5. nisi rationes domesticæ adjuventur aliis probationum adminiculis. Egent igitur adminiculo probationum: per se nullius momenti sunt: quod & ita traditur de testatione privata & nuda, quæ obsignatores non habet, *l. 3. inf. de testib. Lex 5. hoc tit.* est de scripturis, quibus quis sibi debitorem constituit, non de syngrapha, ut Accursius accipit: Nam syngrapha fidem facit, ut diximus in *l. ult. sup. si cert. pet.* Eadem l. 5. de rationibus expensi: hæ fidem non faciunt: non est de rationibus accepti. Nam ex rationibus accepti ab actore confectis, reus potest sumere probationem solutionis, id est, si creditor in brevibus suis pecuniam acceptam retulerit: ex eo reus ducet certissimam probationem solutionis, *l. 5. sup. de edendo.* Idem etiam sumet ex rationibus fiscalibus, *l. 6. eod. tit. l. illata, inf. de fid. inst. l. 2. inf. de conven. fisci debitor. l. 2. de discus. lib. 10.* Verum an ex rationibus accepti confectis a debitore sumere poterit creditor probationem crediti? Probatio soluti, ut dixi, sumitur recte ex rationibus accepti confectis a creditore. Videtur etiam ex iisdem rationibus a debitore confectis sumi posse probationem crediti, cum etiam olim rei ex suis tabulis damnarentur. Veruntamen non coguntur rei actori edere rationes suas, ut ex eis scilicet confirmet intentionem suam, ut probet sibi deberi, etiamsi contendat debitorem pecuniam suam retulisse in brevia; nisi officio judicis, ubi æquitas eum moverit, & in causa civili tantum, *l. 1. sup. de eden. l. pen. §. ult. D. ad leg. Falcid.* Et nisi fiscus agat civiliter: non etiam si criminaliter. Nam ei reus cogetur edere suas rationes, ut ex eis suam actionem confirmet

& com-

& comprobet, *l.* 2. §. *item Divi*, *D. de jure fisci*. Ex quo loco apud Harmenop. *lib.*1. *Epitom. tit.* 2. ita generaliter scriptum est, tunc reum cogi instrumenta in se proferre, cum causa est civilis, non criminalis: quod falsum est, nisi id ad fiscum restringas, cui soli hoc tributum est. Atque ita est accipienda sententia Harmenopuli, quia sumpta est ex *d. l.* 2. Item regulariter reus actori non cogitur edere rationes suas, vel brevia contra se: actor tamen cogitur reo exhibere suas rationes, *l.* 4. & *l. ult. sup. de eden.* At dubitatur an quis cogatur adversus alium edere rationes suas: & placet adversus alium cogi posse quemlibet rationes edere alii profuturas, ita tamen ut ex eo non capiatur occasio litis in eum instituendæ. Et ita aperte definitur Justiniani *Edicto* 9. *de argent. contractib.* in quo refert se id etiam antea constituisse. At ea constitutio non extat: videtur esse Græca, quæ desideratur in titulo de edendo, cujus summa ex 24. Basilicῶn titulo 2. Harmenop. refert in supradicto loco: & valde notandum est primum in ea, hoc est, ut nemo cogatur contra se edere instrumenta sua, aut rationes; ut contra alium cogatur, si modo ex eis ipse non lædatur, modo is, cui editæ sunt rationes, iis non abutatur contra eum, qui eas exhibuit, item, ut in quem quis invitus testimonium non dicit, ut puta in agnatum vel adfinem, in eum etiam non cogatur instrumenta sua edere, vel rationes. Additur in l. 6. debiti probationem non sumi probe ex eo, quod testator in testamento adscripsit sibi deberi. Hæc etiam testatio postrema defuncti fidem non facit, ne postrema quidem manus defuncti fidem facit: quod putant confirmari Nov. 84. *de jurejur.* Sed ea non loquitur aperte de testatore, qui scripsit sibi deberi, sed de testatore, qui scripsit bonorum suorum modum: quæ descriptio non nocet creditoribus, quo minus, si qua sint alia bona defuncti, ea possint persequi. Itaque Novella opitulatur creditoribus, cum testator minus dixit se habere in bonis, cum plus habeat: l. autem 6. opitulatur debitoribus, id est, quos heredes dicunt esse debitores hereditarios, ipsi autem inficiantur, ut scilicet non convincantur scriptura testamenti, sicut nec breviculis convincuntur: Hoc tamen fateor recte colligi posse ex ea Novella: quod si testator in recensione bonorum testamento facta scripserit, Titium sibi debere centum, qui debeat 200. ut non possint heredes ab eo petere, nisi centum, videlicet si cum religione jurisjurandi id scripserit. Nam jusjurandum est argumentum enixæ voluntatis, & remissæ obligationis pro parte, *l. cum pater*, §. *filius*, *D. de legat.* 2. Id ea l. probat: Summa hæc est: Testatoris bonorum descriptio jurata creditoribus non nocet, heredibus nocet, debitoribus prodest. Item disputationis superioris summa hæc est: neque ex breviariis rationibus creditoris, neque ex scriptura testamenti sumi probationem debiti. In libris nostris rationes domesticæ sæpe dicuntur brevia, quæ alii etiam dixere brevicula. Adiiciam veluti ὀδὸν πάρεργον, eam vocem fuisse male repositam in titulo *de sentent. ex breviculo recit.* Sic legit Haloander & multi. Vetus lectio est, *de sentent. ex periculo recit.* Cavetur in eodem titulo, ut sententiæ non pronuncientur memoriter, sed ex scripto, ex libello & tabella .i. ex periculo. Periculum significat libellum, instrumentum, documentum. Habeo librum Notarum juris antiqui, in quo hæ literæ D. L. sic sunt expositæ, de libello; & sequuntur aliæ, D. P. id est, de periculo, quæ sunt conjunctæ, quasi utrumque idem sit. Marcus Tullius loquens de Mario, id est, de libello quodam sive poemate quod Marium inscripsit, *Faciunt*, inquit, *imperite*, *qui in eo periculo non ut a Poeta*, &c. *In eo periculo*, id est, in eo libello: in 5. in Verrem, *Scribis*, ait, *comiti pericula magistratuum*, id est, *libellos*. Æmilius Probus in Epaminonda: *Epaminondas*, inquit, *petiit ut in suo periculo inscriberent*, id est, in sua sententia. Sic vocat periculum, quod Plutarchus eadem de re dicit στήλην, id est, titulum suæ condemnationis: quod idem Prob. pilam in Alcib Asconius in Divinatione. *Periculum*, inquit, ἀπὸ τῆς πείρας, πεῖρα autem documentum significat.

Ad L. IX. Cum te minorem *quinque & 20. annis esse proponas: adire præsidem provinciæ debes, & de ea ætate probare.*

QUæ pertinent ad legem 9. pertinent ad restitutionem in integrum: quam qui petit, debet probare ætatem, *l. intra*, & *l. minor. l.* 4. *sup. de in integrum restitut.* Minoris ætas probatur variis modis, quos exposuimus *ad l.* 13. *D. de probat.*

Ad L. X. Neque natales tui, *licet ingenuum te probare possis, neque honores, quibus te functum esse commemoras, idoneam probationem pro filiæ tuæ ingenuitate continent: cum nihil prohibeat & te ingenuum, & eam ancillam esse.*

Ad L. XIII. Non epistolis necessitudo *consanguinitatis, sed natalibus, vel adoptionis solemnitate conjungitur: nec adversus absentem hereditatis dividendæ gratia, velut contra fratrem, pro ancilla petitus arbiter, substantiam perimit veritatis. Sive itaque quasi ad sororem, quam ancillam te posse probare confidis, epistolam emisisti, sive familiæ erciscundæ, quasi pro coherede petitus arbiter doceatur; fraternitatis quæstio per hæc tolli non potuit.*

Ad L. XIV. Non nudis adseverationibus, *nec ementita professione (licet utrique consentiant) sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solemni filii civili jure patri constituuntur. Si itaque hunc, contra quem supplicas, alienum esse probare confidis: per te, vel per procuratorem adfirmationem ejus falsam detege.*

Ad L. XV. Vis ejus, qui se dominum *contendit, ad imponendum onus probationis, servo minime prodest. Cum igitur aufugisse te de domo Severi profitearis, verum nec ab illo justo initio, sed per violentiam adseveras te esse detentum, inquisito prius, an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sis, tunc etiam onus probationis quis debeat subire, per hujusmodi eventum declarabitur.*

Ad L. XVII. Matrem tuam consecutam *libertatem, ac te post editam, ut ingenua probari possis, ostendi convenit. Quod enim fratribus tuis nulla moveatur quæstio, ad defensionem tuam nihil prodesse potest.*

Ad L. XX. Si de possessione servitutis, *emptionis instrumentis subtractis, in libertatem proclamat Eutychia, cum petitori probationis onus incumbit, intentione sua defecta, his juvari minime potest. Nam si in servitutem petatur, ad emptionis probationem non est indiciis aliis opus, sed instrumentorum furtum monstrare sufficit.*

Ad L. XXII. Ad probationem servitutis *Glyconis, matrem ejus ac fratrem servilia fecisse ministeria non sufficit: cum neque ingenuorum conniventia conjunctis necessitudine præjudicet, neque de servis eadem matre natis libertatem unus adipisci prohibeatur.*

HÆ leges pertinent ad actiones præjudiciales, quæ sic dicuntur, quod plerumque eas aliæ actiones sequuntur, quibus eæ præjudicium faciunt. Recte autem Thalelæus ad *l. eam quæ*, *inf. de liber. causa*, omnem actionem de statu præjudicialem esse definit. Est autem triplex tantum: an quis sit servus, an libertinus, an filiusfamil. Quæstio an sit uxor, non est quæstio status. In tit. *de statu hom.* ostenditur, alios esse servos, alios liberos: item alios esse ingenuos, alios libertinos. Item alios esse sui juris, alios alieni: ut alios esse filiosfam. alios emancipatos. Triplex est divisio de statu, sic & triplex præjudicium, §. *præjudiciales*, *de action.* Non ponitur quarta divisio, alios esse cælibes, alios matrimonio junctos: quia nihil hæc ad statum hominum. Nec nos movet *l.* 3. *de lib. agnosc.* in qua dici videtur, præjudicio locum esse, si disceptetur

tur an sit uxor: nam id ita est accipiendum, non quasi sit unum quoddam præjudicium speciale, in quo quæratur an sit uxor, sed quod in præjudicio an sit filiusfamilias, vel de partu agnoscendo, de eo disceptetur an sit uxor: quoniam non est filiusfamil. nisi sit ex uxore. Itaque triplex tantum est. Nunc de probationibus duo sunt videnda: primum in præjudiciis quomodo probetur status, deinde quis probet. Primum, si quæratur, an quis sit ingenuus, an ex patris ingenuitate recte probabitur? minime: quod ostendit *l.* 10. Nam fieri potest ut matrem Latinam, vel ancillam habuerit. Ex ingenuo autem & Latina, Latinus nascitur, non ingenuus, ut ex libero & serva servus. Aliud est, si probetur matrem ingenuam, vel liberam fuisse, *l.* 17. *hic*, quia qui nascitur libera matre, ingenuus nascitur, licet pater servus fuerit. Qui igitur probat matre ingenua natum, ingenuum se esse probat, & præjudicio vincit, nisi ex diverso probetur postea eum in servitutem incidisse. Probatio probationem evertit, exceptio exceptionem: atque ita, qui probatur serva matre natus, servus probatur: nisi ex diverso probet, se postea libertatem adeptum, *l.* 22. *hic*: In qua hoc etiam recte additur, dissimulationem matris liberæ nil nocere natis, si quo tempore concepit & peperit, in servitute fuerit, non serva. Ut autem ex ingenuitate patris, ita ex ingenuitate fratrum, vel eorum libertinitate non recte quis se esse liberum colligit, cum ex pluribus fratribus alii possint esse liberi, alii servi, *d. l.* 17. *l. multis*, *inf. de liber. cau.* Hæc igitur argumenta ad fidem faciendam nil valent. Et hæc quidem de modo probandi; quoniam hoc continetur tantum hoc titulo. Nunc dicamus de personis, quis probare debeat, qui servitutem, an qui libertatem asserit? qui libertinitatem, an qui ingenuitatem? Hujus rei generalis definitio est in *l. generaliter*, *de except.* quæ lex male est a Triboniano collocata eodem titulo, quia non pertinet ad exceptiones præjudiciales, sed ad actiones præjudiciales: Ideo in ea *lege in præjudiciis*, significat, in actionibus, quod liquet ex *l. ult. si ingenuus esse dicatur*, &c. quæ est ex eodem libro. Ait *lex generaliter*, in præjudiciis actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit. Sic speciem pone ex *d. l. ult.* unus dicit se esse liberum, alius dicit se ejus esse dominum. Par videtur omnium causa. Unus asserit libertatem, alter servitutem: uterque videtur actor. Itaque, sicut in duplicibus omnibus, ita etiam in præjudiciis quæritur, quis actoris partes sustineat, ut scilicet is subeat onera probationum. Lex ait eum esse actorem, secundum cujus intentionem actio data est & concepta, ut si ita datur actio: Si paret Lucium Titium dominum esse, Lucius Titius actoris partes sustinebit: at si ita, si paret Cajum liberum esse, Cajus erit actor, & ab eo exigetur probatio libertatis, in qua si deficiat, vincetur, etsi adversarius suam intentionem non impleverit. Est etiam *in eod. tit. de except. l. sed si ante* ab eodem Triboniano male conjuncta legi fundum. Lex *fundum* loquitur de exceptione præjudiciali: *lex sed si ante* ei conjungitur, quasi etiam intelligatur de exceptione præjudiciali, quod est falsum. Nam illa *l. sed si ante* pertinet ad exceptionem rei judicatæ, non ad exceptionem præjudicialem. Hoc probat inscriptio: nam Paulus 70. ad edictum de ea tantum exceptione rei judicatæ tractavit. Id quoque probat ratio legis. Lex ait non nocere exceptionem, quia diversa corpora sunt, & causæ restitutionum dispares. Et hac ratione utimur negantes exceptionem rei judicatæ, non dum negamus exceptionem præjudicialem, *l. cum quæritur*, *& l. eandem*, *de except. rei judic.* Postremo si *l. sed si ante* accipiatur de exceptione præjudiciali, pugnabit omnino cum *l. fundum*. Conclusio sit: In præjudiciis actor est, qui ex libertate in servitutem agit, id est, qui eum, qui est in possessione libertatis, servum suum esse petit. Est etiam actor, qui ex servitute in

A libertatem agit. At videtur in servitute esse, qui dolo malo est in possessione libertatis. Et contra videtur in libertate esse, qui vi ereptus est ad servitutem. Sic etiam actor est, qui ex libertinitate in ingenuitatem, vel ex ingenuitate in libertinitatem agit. Et in libertinitate & ingenuitate esse, eandem habet definitionem, quam in servitute vel libertate esse. Nam videtur etiam esse in libertinitate, qui dolo malo se gerit pro ingenuo, *l.* 15. *&* 20. *hic*. Qua in re est inspicienda conceptio petitionis. Sic accipe *l. eam quæ*, *inf. de lib. causa*. *Legis* 15. *hoc tit.* hæc est species: Cajum, qui erat in possessionem libertatis sine dolo malo, Titius vi rapuit in servitutem: deinde Cajus aufugit de domo Titii: Gerit se pro libero. Titius contendit se esse dominum: Cajus contendit se esse liberum: hoc casu dabitur actio secundum intentionem Titii, non secundum intentionem Caii, qui est in possessione libertatis sine dolo malo, quæ nec fuga vitiata est, nec injusta detentione interrupta. Itaque in hoc præjudicio exigetur probatio dominii a Titio, non libertatis a Cajo. L. 20. sententia hæc est: Ex servitutis possessione agitur in libertatem: hoc casu actor est, qui contendit se esse liberum, & ideo si non probarit libertatem suam, secundum possessorem pronuntiabitur, etiamsi nequeat ostendere instrumentum emptionis mancipii, quod ei servus ille furto abstulerat. Nam nulla dominii probatio a possessore exigitur. Quin etiam, ut eadem lex ostendit, si servus ille instrumento emptionis domino surrepto gerat se pro libero, videtur dolo malo esse in possessione libertatis. Itaque a domino servum repetente non exigetur probatio dominii, sed furti: quo probato plane probabit servum dolo malo esse in possessione libertatis. Ex quo sequetur, servo libertatis possessionem probandi onus incumbere, servum pro actore habendum in hoc præjudicio. Conclusio hæc sit. Qui dicit dolo malo quem esse in possessione libertatis, dolum probare debet: quo expleto, qui est in possessione libertatis, libertatem probare debet. Nam qui est in libertate dolo malo, videtur esse in servitute. De tertio præjudicio tractandum est, scilicet an quis filius sit, de quo præjudicio quæritur in *l.* 1. §. *per hanc*, *D. de rei vindic.* Filiusfamilias præjudicio petitur hoc casu, si filiusfamilias vixit ut paterfamil. bona fide, non dolo malo, patri onus incumbit probandæ patriæ potestatis, *l. Titiæ*, *D. sol. matrim.* si vixit ut filiusfamil. filio onus incumbit probandæ emancipationis: vel etsi omnino neget pater eum suum esse filium, *l.* 14. *hoc tit.* cujus species hæc est. Titius Cajum filium suum esse asseveravit, vel etiam in censu habendo, Cajus se filium esse Titii professus est, consentiente Titio. Hæc asseveratio filium non facit, neque hæc professio censualis filium facit: filios natura tantum, aut adoptio facit, *l.* [illegible] *de adopt.* At hæc asseveratio, vel professio id efficit, ut [illegible] habeatur pro filio, quoad is, qui se patrem dixit, probaverit non se, sed alium patrem esse: probabit se non esse patrem, indicato vero patre. Constat nominatione & censu servum liberum fieri: nominatione & censu filius alienus, filius noster non fit: idem dicendum de cognatis & agnatis. Cognatos sola natura facit, agnatos etiam adoptio, ut avunculum sola natura facit: E fratrem & natura & adoptio facit, non quod quis possit adoptari fratris loco, *l. nec apud*, *inf. de hered. instit.* sed quod adoptato filii loco sint fratres per adoptionem alii adoptatoris filii, *l. qui in adoptionem*, *de adopt.* Fratrem igitur ita adoptio facit. Epistola fratrem non facit: ut si quis ad aliquem scribat quasi fratrem. Nominatio etiam alia quælibet fratrem non facit, ut si quem provocem judicio familiæ erciscundæ, quasi fratrem consortem. At hoc etiam casu qui habet hæc argumenta fraternitatis, eam quidem non probat, sed transfert onus probandi in eum, qui negat fratrem eum esse, *l.* 13. in qua l. quod initio dicit, consanguinitatem, postea dicit fraternitatem, & sic consanguinitas in libris nostris semper accipitur. Consanguineus fratrem significat.

Ad

Ad L. XI. Si ſcriptum heredem *ab amita tua, vel de teſtamenti vitio, vel quacumque aliá ratione non poſſe obtinere hereditatem probari a te poſſe confidis: de hac hereditate apud rectorem provinciæ agere potes.*

LEx 11. pertinet ad petitionem hereditatis, qua qui agit contra heredem ſcriptum, probare debet vitia teſtamenti.

Ad L. XVIII. Cum precibus tuis ſignifices *ignorante te prædium eum, cujus meminiſti, ſibi velut a te donatum inſtrumentis inſeri feciſſe, ſi vera ſunt, quæ precibus indidiſti, nec ad nomen factæ donationis fundus iſte pervenit: unde adito judice competenti, probare te oportet contra* B *voluntatem tuam hunc fundum inſtrumento adverſarium tuum ſibi adſcribi laboraſſe, ut ſecundum tenorem reſcripti noſtri poſſis conſequi ſententiam.*

LEx 18. pertinet ad rei vindicationem. Ego fundum vindico, & probo dominium, profero titulum auctoritatis; tu, qui poſſides, allegas eum a me tibi donatum. Id ſi probas prolato donationis inſtrumento, viciſti, niſi contra id inſtrumentum donationis falſum demonſtravero. Atque ita probatio probationem evertit; ut in *l. ſive poſſidetis* diximus eſſe ponendam probationum colliſionem, non præſumptionem cum probatione, quod fit cum probatio probationem tollit.

C Ad L. XIX. Exceptionem dilatoriam *opponi quidem initio, probari vero, poſtquam actor monſtraverit quod adſeverat, oportet.*

PErtinet hæc l. ad exceptiones. Exceptionum aliæ ſunt peremptoriæ, aliæ dilatoriæ, *l. 3. ff. de except.* Peremptoriam ſtatim conteſtari initio ſatis eſt, nec eſt neceſſe eam ſtatim probari, *l. 8. inf. de except. l. emptor, de præſc. longi tem.* Quod ſi non fuerit initio conteſtata, id eſt, ſi fuerit omiſſa in litis conteſtatione, adhuc poterit opponi, & poterit probari ante ſententiam, vel etiam poſt ſententiam, ſi appellatum ſit, *d. l. 8. & l. 4. inf. de except. l. 2. inf. ſentent. reſcindi non poſſe*: ſi non ſit appellatum, non item. Peremptoria exceptio poſt D ſententiam, a qua non eſt appellatum, ſero opponitur, niſi qua ex cauſa impetratur reſtitutio in integrum, omiſſæ exceptionis opponendæ cauſa, *d. l. 2. l. 10. inf. de fidejuſſ.* Ergo peremptoria exceptio poſt condemnationem appellatione non reſciſſam non opponitur. Excipitur exceptio Macedon. & Vell. quæ opponuntur etiam poſt condemnationem. Idque eſt ex ſententia S. Conſultorum, *l. tamen, D. ad Maced.* Excipiuntur etiam exceptiones peremptoriæ, quæ competunt militibus: Nam eis milites ſe defendunt poſt condemnationem. Id eis datur reſcripto Antonini, *l. 1. ſup. de juris & facti ignor.* Excipitur etiam exceptio, quæ datur donatori ne conveniatur ultra quam facere poſſit; Hanc enim opponit vel ante, vel poſt condemnationem, *l. Neſennius, §. ult. D. de re jud. l. qui id quod, D. de donat.* E Item non datur ceteris, qui habent eandem exceptionem: latius ſuccurritur donatori, quam ceteris. Maritus eandem exceptionem habet ne conveniatur ſupra vires, ſed ea non utitur poſt condemnationem. Nam quod eſt in *l. ex diverſ. §. ult. D. ſol. matr.* non eſt de hac exceptione inopiæ ne conveniatur ſupra facultates, ſed de exceptione doli mali, cum maritus eſt condemnatus in ſolidum ignorantia judicis, qui allegatæ inopiæ rationem non habuit. Hæc exceptio doli opponetur actioni judicati, quaſi imperite judicatum ei cauſam dederit. Ceterum alia exceptio non opponitur actioni judicati; & generaliter quælibet peremptoria non opponitur actioni judicati. Quidam etiam excipiunt epiſtolam D. Adr. & male, ut oſten-

A dimus in *l. ult. ſup. de conſt. pec.* Dilatoria exceptio initio litis opponi debet, non poſtea pendente judicio, nondum ſententia dicta, id eſt, opponi debet tempore litis conteſtatæ, *l. 19. & l. pen. inf. de exc.* quæ coercet etiam advocatos, qui illas allegant poſt conteſtationem litis. Igitur dilatoria eſt opponenda initio litis, in ipſo limine quæſtionis. Symach. 1. Epiſt. loquens de procuratoria except. quæ eſt dilatoria, eam dicit opponendam in ipſo limine. Idemque de ea eſt proditum in *l. ita demum, & l. licet, ſup. de proc. l. filiusf. §. ult. l. Pomp. §. pen. D. de proc. l. & ideo, D. de nov. oper. nunc.* Idem eſt etiam in exceptione fori, quæ eſt dilatoria: Nam evitari poteſt mutato foro & judice. Hæc exceptio fori eſt opponenda in ipſo limine litis, *l. ult. inf. de exce. l. nemo, de juriſd. omnium jud.* B *l. ſed etſi ſuſ. in pr. D. de jud.* Hæ exceptiones, procuratoria ſc. & fori incompetentis, deſcendunt ex perſonis: procuratoria quidem ex perſona procuratoris qui agit: fori, ex perſona judicis incompetentis: ideo debent initio opponi. Judicium enim his perſonis conſtat, actore, reo, vel procuratoribus eorum, & judice. De eis initio ut conſtet, eſt neceſſe, & ideo has exceptiones initio allegari oportet: Puto igitur exceptionem dilatoriam, quæ deſcendit ex ea cauſa, in qua de perſonis, quibus judicium conſtat non quæritur, ut exceptionem pacti temporarii, quæ eſt dilatoria, etiam opponi poſſe quocumque tempore ante ſententiam: idque ex veteribus Interp. qui cenſent hanc legem tantum eſſe accipiendam de exceptionibus dilatoriis, quæ ex perſonis deſcendunt. Sic concludenC dum, quod eſt ex *l. licet ſup. de procurat.* de perſonis, ex quibus judicium perficitur, initio aliquid certi eſſe conſtituendum, veluti de judice, & de partibus. Id ſi omittatur initio, poſtea ſero in quæſtionem deducetur. Verum utraque exceptio ſeu peremptoria ſit, ſeu dilatoria probari debet poſtquam probavit intentionem ſuam actor. In oppoſitione differentia eſt quædam, quam dixi: In probatione autem non eſt differentia. Utraque probanda eſt poſtquam actor implevit ſuam intentionem, *l. 9. inf. de excep. l. emptor, inf. de præſc. longi temp. & hac l.* quia, ut diximus in *l. 1. hoc tit.* qui excipit, non videtur confiteri intentionem actoris. Ideoque probanda eſt primum actoris intentio, tum deinde probabitur exceptio allegata. Quod ſi reus palam confiteretur intentionem actoris, ſolius exceD ptionis probationem exigeremus: ut retro, ſi palam negaret intentionem actoris, tum ſolius intentionis probationem exigeremus; quia negationis nulla eſt probatio ob id ipſum, quia negatio eſſe non intelligitur. Additur huic l. 19. ſententia quædam ex Novell. de teſtibus ab Irnerio addita, ut quidam putant. Fuit Irnerius auctor adjungendarum Novell. C. Sententia ejus Novellæ hæc eſt, ut ſi quis ſemel, vel iterum, vel tertio teſtes produxerit, & productioni renunciarit, ut ſi dixerit ſe jam nolle ullos alios teſtes producere, non poſſit poſtea, mutato conſilio, ad aliam teſtium productionem admitti; videlicet ſi & priorum teſtium dicta didicerit & cognoverit, vel etiam eorum exceptiones. Non ſatis eſt renuntiaſſe productionibus, niſi & quæ producta ſunt teneat. Igitur ſi E nondum ea, quæ producta ſunt percepit, & cognovit, admittitur ad novam productionem, licet renuntiarit productioni, dummodo juret ſe priorum teſtium teſtimonia comperta non habere. Hæc eſt ſententia Novellæ. Non video autem cur ſit conjungenda Novell. huic *l. 19.* debuit enim potius rejici in finem tit. de teſtibus, quod & in quibuſdam libris habetur: niſi hoc modo conjungi dicatur; probata intentione actoris, reus debet probare exceptionem ſuam *l. 19.* probata intentione, vel exceptione, actor, vel reus non admittitur ad aliam teſtium productionem, ſi priorum dicta, vel eorum exceptiones cognitas jam habuerit, & productionibus renuntiarit. Et hoc eſt quod ait Novella: Et ita non male conjungentur hæ ſententiæ. At Accurſ.

in

in *l.* 19. male putat ex ea Novella colligi cognitis probationibus actoris reum non admitti ad probationem exceptionis suæ, quod est iniquum: & vero ea Novell. loquitur tantum de eo, qui produxit testes, & eorum dicta, vel exceptiones cognovit, & productionibus renunciavit, is non admittitur: adversarius, qui nil produxit, admittitur: Nec Novella id negat adversario, qui nihil produxit, sed ei, qui jam videtur satis superque produxisse, & productioni renuntiavit. Idem est error Accurs. in ea Novella, & in *l. offic. D. de rei vindicat.* Ad hæc quærit Accur. an locus sit Nov. si appellatum sit, id est, qui semel, iterum, aut tertio produxit, & renuntiavit productionibus, & producta cognovit, an in causa appellationis admittatur ad novam productionem. Respondissem statim non admitti ex Novellæ sententia, sed de hac quæstione cum nimis disputarent interpretes, tandem fuit B definita ab Alexandro in *cap. fraternitatis, de testibus, & a Clement. 2. cap. eod. tit.* ut si renuntiatum sit productionibus, in eandem speciem nova productio non admittatur, etiamsi sit appellatum, videlicet si & testimonia fuerint publicata: nam sola renuntiatio non sufficit, ut diximus.

Ad L. XXI. Ad probationem dominii, *aliena subtrahentes instrumenta, his uti minime possunt: quippe cum horum lectio non recitantem, sed quem tenor scripturæ designat adjuvet. Cum itaque nec cetera probationum indicia reprobentur, jure competenti, prædiorum, quæ in quæstionem veniunt, dominium ad te ostende pertinere: Nam res vindicantem, ab emptore suos numeratos nummos adseverantem, erga probationem laborare non convenit: si quidem hujusmodi, licet probetur factum, tamen intentioni nullum præbet adminiculum.*

PErtinet hæc l. ad rei vindicationem, in qua petitor probare debet, & ea dicitur regula jur. a Constantino, *l. 1. C. Theo. de fid. test.* Possessor, cum quo agitur vindicatione, non probat unde possideat, vel quo jure, quove titulo teneat, quod tamen Constantinus exigit in *d. l.* 1. ut & possessor exponat suum titulum: sed corrigitur a *l. cogi, de petit. hered.* quæ est etiam in *C. Theod. eod. tit. de fid. test.* Ex quo apparet *l. cogi* fuisse latam abolendæ constitutionis Constantini causa, quod adjici oportet iis, quæ diximus in *l. 2. sup.* Igitur solus petitor debet probare dominium: eo non probante possessor absolvitur, etsi nil ipse probet: dominium non solum probatur instrumento, sed etiam aliis probationum indiciis, *l. proprietatis, & l. cum res, sup.* instrumentis probatur, ut instrumento emptionis & donationis: Item instrumento auctoritatis dono accepto a domino. Nam donato instrumento auctoritatis res videtur donata, *l. 1. inf. de donat.* Qui mihi donat titulum suæ possessionis, id est, instrumentum, videtur mihi suam possessionem dare. Et sic probabo me hujus possessionis esse dominum. Diversum est si instrumentum auctoritatis domino surripuero: furto sublato non juvabor, *l.* 20. item dominium non probatur si quis ostendat suis nummis rem ab emptore fuisse comparatam. Nam quod mea pecunia emitur, non continuo meum fit, nisi sit meo nomine emptum, & mihi traditum. Certis tamen casibus rei emptæ utilis vindicatio domino pecuniæ datur.

Ad L. pen. Jubemus omnes, *qui scripturas suspectas comminiscuntur, cum quid in judicio promspserint, nisi ipsi adstruxerint veritatem, ut nefariæ scripturæ reos, & quasi falsarios esse detinendos.*

Ad L. ult. Sciant cuncti accusatores, *eam se rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis, & luce clarioribus expedita.*

LEX pen. conjungenda est cum fine *legis 1. inf. quando civil. act. crim. præju.* Pertinet utraque ad accusatio-

A nem falsi, ut indicat finis *d. l.* 1. Ex eoque apparet male Accursium putare in specie legis pen. damnari quem falsi sine accusatione, dum arguit fin. l. 1. in qua constituitur, ut qui suspecta instrumenta in judicio profert, vera ea esse probet, non adsimulata, alioqui falsi tenebitur, & quasi falsarius condemnabitur. Sed probatio etiam ab eo exigetur, qui falsa ea esse dicet: utraque igitur ex parte exigitur probatio, quod nominatim traditur in *l. 4. C. Theodos. de fide instrument.* quod in aliis etiam criminibus obtinet, *l. ult. in fine, inf. de abolition.* cum l. ult. est conjungenda *l. pen. infra de calumn.* & conjunctæ sunt in C. Theodos. Ea lex ult. in accusationibus exigit testes idoneos, & omni exceptione majores, instrumenta item apertissima. Nam instrumentis plerumque crimina probantur, maxime falsi: exiguntur indicia luce clariora: ut M. Tullius pro Cælio, *argumentis (inquit) agemus, signis omni luce clarioribus crimina refellemus.*

AD TITULUM XX.
DE TESTIBUS.

TRIA sunt probationum genera, quæ ab ipsa causa & litigatoribus deferuntur; Testes, Instrumenta, Indicia, *l. ult. sup. tit. prox.* Testes admittuntur si de facto quæratur; si de jure & qualitate quæratur, vix testes admittuntur, veluti justum ne sit aliquid, an injustum, utile, an inutile. Sic etiam si C de jure & statu personarum quæratur, vix tum testibus contenti erimus. Plus valebunt instrumenta, ut natales, vel censuales professiones, vel etiam indicia, quod ait *l. 1. hic.* In omni lite certa indicia maximi momenti sunt, *l. indicia, sup. de rei vindicat.* quod scilicet testes pecunia corrumpi possunt: indicia non item: Aristot. in fine Rethor. οὐκ ἔστιν ἐξαπατῆσαι τὰ εἰκότα, &c. Idem etiam in Græcorum libro, qui dicitur Ῥωμαϊκῶν, tit. 30. adnotatum est, potentiores cum tenuioribus agere debere tabulis vel instrumentis, non testibus; quia testes facile a vero possunt abduci, *Harmenop. 1. Epitom. tit. 6.* id ex eo retulit. Adversus scripturam quoque testes non admittuntur, si de fide scripturæ non dubitetur. Hæc testium probatio contra scripturæ testimonium non admittitur. Eadem de re Paulus 5. *Sentent. tit. de testib. & lib. 21. Basil.* D *tit. 1.* Credimus scripturæ, id est, instrumento contractus potius, quam testibus, nisi falsum dicatur: scriptum scripto plerumque refutatur, non testibus, nisi cum falsum dicitur, *Novel. de testib. l. pen. inf. de contrah. stipul. l. pen. inf. de non numerata pec. l. 3. sup. si minor se maj. dix.* At contra credimus testibus potius, id est, vivæ voci, quam testimoniis, defunctorum scilicet, *Novel. 73. l. 3. §. Item Divus, D. de testibus.* Exposui casus quosdam, quibus plus videntur valere instrumenta, quam testes: regulariter tamen in litibus, eandem vim obtinent instrumenta & testes, *l. in exercendis 1. tit. prox.*

Ad L. I. Etiam jure civili *domestici testimonii fides improbatur.*

E Et usque ad L. XIV.

QUemadmodum domesticæ rationes in re propria fidem non faciunt: ita nec domestici testes. *Etiam* heic ponitur, pro præterea, ut hæc conjunctio complectatur omnia testimonia, quæ jure civili improbantur: hoc sensu multa testimonia improbat jus civile, atque etiam domestica. Testes domestici ita definiuntur: qui in eadem domo nobiscum habitant, & quibus imperare possumus, ut testes fiant. *Theod. Bals. in Carthaginiensis Syn. can.* 132. hujusmodi est servus, colonus, conditionalis quilibet, conjux: Inquilinus autem non est domesticus, licet in domo nostra habitet, non nobiscum. Nam & mercenarius, cujus operas

conduximus, non est domesticus, nisi nobiscum habitet & degat, *l. respiciendum*, §. *furta*, *D. de pœn.* Si quem conduximus, non est domesticus, nisi una nobiscum habitet: non est etiam domesticus qui ædes nostras conduxit, puta Inquilinus, nisi una habitemus, id est, nisi sit cœnacularius, qui cœnaculum tantum conduxerit: verum si domestici testes fidem non faciunt, multo minus ipse faciam in re mea, *l. 9. inf.* quæ lex est pars *l. 1. sup. ne quis in sua caus.* Et ideo conjungenda ei, in qua cavetur ne etiam quis in re propria judicet. Verum Accurs. quærit in l. 10. an possit quis testis esse pro socio in re communi: id definitum est in eodem Ρωμαϊκῷ, ex quo etiam retulit id Harmenop. in d. loco, ut scilicet socius pro socio testimonium non dicat in re communi, quoad societas sit soluta. Nam & res communis propria est. Frater autem in re fratris nullo jure vetatur testimonium dicere, nec cognatus in re cognati. Nam quod reprobatur domesticum testimonium, eo dicto non est existimandum etiam reprobandum esse cognatorum testimonium: Vel quoniam cognati affines non sunt domestici, nisi nobiscum habitent. Sequenda est Theodori definitio. At pater in re filii etiam emancipati vetatur, & contra, *l. testis*, *D. h. t.* Hoc notandum: quod sicut nemo cogitur contra se rationes domesticas edere, *l. 5. de probat.* Ita etiam nemo cogitur contra se testes domesticos producere veluti conditionales suos, vel cœnacularios, *l. 6. h. t.* At contra sicut cogitur quis in alium domesticas rationes producere, alii profuturas, non sibi, ut etiam diximus in *d. l. 5.* ita etiam cogitur quis in alium testimonium dicere, vel testes e domo sua producere. Eadem ubique est ratio. Regulariter inviti citantur in testimonium. Hoc tamen olim videtur tantum obtinuisse in causis criminalibus, *l. 4. & 21. ff. hoc t.* verum constitutione Justiniani non tantum in criminalibus, sed etiam in causis civilibus cogitur quis adhibito jurejurando dicere quod scit, vel jurare se nescire. Cujus constitutionis fit mentio in *l. pen. inf. hoc t.* Ubi Accurs. vere scribit, eam constitutionem Græcam fuisse, quæ periit. Nam post legem 12. hujus tit. desiderantur duæ Justiniani constitutiones Græcæ, quas nobis conservarunt libri Basilic. Prima constitutio, id est l. 13. est de numero testium, ut scilicet, si desint instrumenta, ad probationem exigantur quinque testes, quod nulla alia lege certo definitum est. Hodie ex constitutione regia exiguntur decem in res singulas. Præterea ut in instrumentis sufficiant tres testes, quod congruit cum *l. ultim. sup. si certum petat. l. scripturas, inf. qui pot. in pig. hab.* ut in apocha, vel syngrapha sufficiant tres testes: Acta autem & instrumenta publica non egere testibus. Additur etiam, ut si quis testis sit adhibitus instrumentis, vel conventionibus scriptis, lite mota ea de re omnino cogatur judicio adesse, & exponere quæ scit, & testimonium dicere, nec uti fori præscriptione posse, alioqui læderentur partes, quæ illius testimonio indigent. Idque congruit cum l. 12. hic. Possunt ergo ab eodem judice coerceri, si deprehendantur varii vel falsi, licet eorum non sit competens judex: secunda constitutio hoc continet quod supra diximus, ut scilicet in omnibus causis, invitis testimonium denuncietur: ut scilicet jurati testentur, vel jurent se nescire. Verum excipiuntur eadem constitutione, vel qui legibus excusantur, ut affines, & cognati. Hi enim inviti testimonium non dicunt, *l. 4. D. de testib. l. Jureconsultus, D. de grad. & aff.* Excipiuntur etiam eadem constitutione viri illustres, & qui supra eos sunt: Hi nec in judicio, nec ex scripto, id est, neque præsentes, neque absentes testimonium dicere coguntur sine jussione sacra .i. principis. Alii coguntur inviti testimonium dicere in omnibus causis, & quidem si præsentes sint, viva voce: si absentes, mitti ad eos debent procuratores partium, ut coram eis dicant, quæ sciunt, vel jurent se nescire. Et hujus constitutionis partem hanc Justinianus intellexit in *l. judices, inf. de fide instrum.* dum ait, ea, quæ disposuimus, scilicet in *l. 14. de testibus*. Et recte Accurs. in *d. l. judices*, notavit Græcam constitutionem desiderari. De eadem fit mentio in *Novel. de testib.* Postremo additur ea constitutione, ut interlocutiones, quæ fiunt a judice, exhibendorum testium, & audiendorum causa: Itemque productiones fiant sine ullo testium impendio. Nam sumptus præstat qui producit testes: quod congruit cum *l. 3. §. Gabinio*, *D. de testib.* & cum *l. eos qui*, §. *si quis autem*, *infra*, *de appel. l. 10. hic*, & *l. ult. C. Theodos. de abolition.* quæ conjungenda est cum *l. 10. hujus tit.* cum sit utriusque eadem inscriptio & subscriptio. Igitur præstat omnes sumptus, & viatica, qui eos producit, & etiam, quod receptum est in Gallia, quantum quisque testis suo artificio sibi parare potuisset. Productiones autem hæ sæpe fiunt iterum atque iterum. Et inde quærunt interpp. qua ex re possit cognosci, utrum sit una productio, an plures: alii spectant vices, ut Azo: ut scilicet si aliquos produxero hac hora una sit productio, si alios sequenti hora, sit altera productio, licet fiat eadem die utraque. Alii spectant dilationes, ut si litigator jussus sit intra decem dies testes producere, quotquot sint producti intra eam dilationem, habeantur pro una productione: & sunt in eadem sententia *Albericus & Joannes*, quod refert *Accurs. in Novel. de testib.* At id longe aliter est definitum Novel. Leonis & Constantini novissimorum Imperatorum, ut scilicet spectetur dies. Verba hæc sunt: unaquaque productione unum diem accipiente. Jam igitur hac de re non disputandum, cum habeamus certum jus, ut scilicet ex diebus æstimemus productiones plures, non ex vicib. & dilationibus. Harmenop. eam Novel. retulerat *supra d. loco*, sed in excusis non est. Nunc tractemus de domesticis testib. Constat pro nobis interdictum esse testimonium domesticis testibus, sicut & nobis ipsis non cogimur etiam domesticos testes in nos producere. At quæritur, an ipsi domestici nostri cogi possint, ut in nos testimonium dicant: quod non quæritur de servis, qui quandoque, si alii testes desunt, audiuntur, adhibitis tormentis. Huic nationi hominum non creditur sine tormentis: in dominum tamen nunquam aut volentes, aut nolentes admittuntur, *l. 7. hic*: idemque est in libertis: hi etiam non possunt interrogari in patronum vel volentes, vel nolentes, *l. pridem*, *inf. de quæst. l. 11. hic*: cui conjunge *l. ult. inf. qui accus. pos.* Verum de conjuge quæritur, an ea adversus maritum cogi possit dicere testimonium, vel e contra. Joan. Papo refert, Lutetiæ pronuntiatum cogi posse: quod miror. Nam si affinis meus, id est, cognatus uxoris, non cogitur in me testimonium dicere, *l. 1. C. de grad.* multo minus cogetur uxor, quæ mihi est proximior, quam ejus cognatus. Item si in majestatis crimine hoc tantum est permissum, ut uxor contra maritum audiatur, Harmenop. lib. 1. tit. 6. in aliis sane causis non audietur. Rursus domesticorum exhibitio qualis est uxor, a nobis exigi solet, testimonii dicendi causa *l. 7. hic*. Id vero frustra exigitur, si potest trahi domesticus nobis invitis, si potest duci uxor, ut testimonium in nos ferat: igitur ex jure id potius est, ut nec uxor, quæ auctor est affinitatis, nec affinis cogatur in nos testimonium dicere. Puto etiam advocatum, qui nobis adest, & executorem litis, quem constat in ea lite non posse pro nobis testimonium dicere, adversum nos non posse etiam cogi, ut in me testimonium dicant, licet aliud sit judicium Accurs. *l. ult. ff. de testib.* Sed contra Accurs. judicatum fuisse idem Papo refert lib. 9. *senatusconsultorum*. Et hoc recte. Nam quibus interdicitur testimonii dictio, usquequaque interdicitur, ut nec pro nobis, nec in nos dicant. Ceterum testium aliis interdicitur, alii excusantur, alii refutantur & refelluntur, sicuti tutores alii sunt, qui prohibentur esse, ut minores & milites, alii, qui excusantur, ut septuagenarii: alii dicuntur suspecti, & removentur. Testes esse prohibentur

tur primum domestici, & advocati, & executores in ea lite, quam tractant, ut diximus. Item liberti, & servi: item parentes, & liberi adversus se, vel etiam pro se invicem esse testes prohibentur, *l. 5. hic*, *l. testis*, *ff. de testib.* Item mesitæ, id est sequestres ex *Novel. de test.* Item bestiarii, & arenarii, & prostibulæ, & damnati publico judicio, *l. 3. §. lege*, *l. 14.* & *15. D. de testib. l. 2. D. de senatorib.* Item damnati ob carmen famosum editum, *l. 21. D. de testib.* quod quidem refert Theod. Bals. Nomo. c. 2. Id ille refert quasi sit scriptum in hoc titul. falso. Nam ut in Basilicon, ita & in Pandectarum libris id est scriptum *tit. de testib.* c. 20. quod non animadvertentes duo interpretes Latini Balsam. lapsi sunt, dum καταδικασθέντα ἐπὶ τὸ ποιῆσαι ταραχώδη φλυαρίαν, *condemnatum ob editum carmen famosum:* hoc enim significat φλυαρία, vel Harmenop. teste, *lib. 6. tit. 7.* Unus tamen ex eis interpretatur, *condemnatum ob seditiosas, & turbulentas aliquas ineptias:* Alter ita: condemnatum ob tumultuosam petulantiam: Testes etiam esse prohibentur impuberes, *d. l. 3. §. lege*. Et in Synodo Carth. c. 132. Dicet aliquis, imo & minores 20. an testes esse prohibentur, *l. in testimonium*, *de testib.* Frustra igitur admouemur impuberib. non licere testimonium dicere, cum nec liceat puberib. ante ann. 20. Hæc videntur quodammodo pugnare. Sic dico. Sicut impubes judex esse prohibetur, *l. cum prætor*, *D. de judic.* minor 20. annis excusatur a munere judicandi .i. non cogitur judicare, *l. cum lege*, *D. de recept. qui arb. recep.* Ita prorsus impubes prohibetur esse testis. Minor 20. annis excusatur: Ex testibus ut dixi, alii prohibentur, alii excusantur. Eodem modo excusantur alii, videlicet, ne omnino inviti testimonium dicant, ut affines, & cognati, & viri illustres, ex constitutione Græca Justiniani, quæ est *l. 14. hic*. Eodemque modo illi non coguntur suas rationes reddere in affines, aut cognatos secundum constitutionem Græcam titulo de edendo: de qua dixi in *l. 5. de probat.* Alii aliter excusantur. Nam non excusantur quidem a dicendo testimonio, sed ne in judicium venire cogantur, veluti senes, valetudinarii, milites, magistratus absentes, publicani, *l. inviti 1. & 2. D. de testib.* Item Episcopi: Novel. 123. secundum quam est intelligenda *l. nec honore*, *de episc. & cleric.* ait, nec honore, nec legibus episcopus ad testimonium flagitatur: quid est nec honore, nec legibus? An nec jure civili, nec prætorio, ut Accurs. tentat: An vero, nec a judice, nec a lege? Neutrum placet. Rectius Græci: Nec volens honore prælato, si libet, nec invitus legibus, ut scilicet cogatur venire in judicium testimonii dicendi causa, sed ad eum domum mittitur. Alii sunt testes, qui nec prohibentur, nec excusantur, sed excipiuntur, & refelluntur ut suspecti gratiæ, & infames omnes, *l. 4. hic*: sic dico omnes infames recte refelluntur, non omnes tamen ipso jure interdicti, ut calumniæ damnatus est infamis, nec tamen ei testimonium interdicitur, *l. quæsitum*, *D. de testib.* Sed eo nomine refelli potest. Eadem ratione excipiuntur inimici nostri, vel etiam amici & familiares producentis adversarii: qua ratione etiam coloni & inquilini nostri refelluntur, licet ipso jure eis non sit interdictum testimonium: atque ita *Harmenop. lib. 1. tit. 6. §. 18.* Ubi etiam male interpretantur μισθωτὸν, mercenarium testem, cum sit colonus vel conductor prædiorum nostrorum. Colono nostro conditionali ipso jure est interdictum testimonium quasi domestico. Colono vel inquilino non conditionali ipso jure testimonium non interdicitur, sed per exceptionem. Dicimus exceptiones, & παραγραφὰς, Gallice, *reproches*, testium, *Novel. de testib. l. si quis testib. hic*, *l. pen. inf. de contrah. stipul. Socrat. lib. 1. c. 32. Ecclesiasticæ historiæ*, loquens de testibus: ut inimicos, inquit, excepi. Sic etiam libro 6. capite 2. & *l. si quis*, *de testibus*, hoc cavetur, ut si quis quosdam testes pro se produxerit, non possit eosdem in alia lite adversus se productos excipere, quasi suspectos, aut vitæ humilioris, vel deterioris, quia semel eorum fidem probavit. Duæ tantum exceptiones ei dantur, inimicitiarum, si quæ postea intercesserunt, & sordium. Potest etiam eos falsos dicere, si id potest probare, quod etiam cautum fuit Novella quadam Leonis & Constant. Ad hæc notandum ex l. 3. solam testationem fidem non facere, nisi aliis adminiculis adiuvetur: quod est explicandum ex *l. 3. sup. de prob. & l. apud eos*, *inf. tit. prox.* Sola testatio per se fidem non facit: debet enim fieri publice, *l. curent*, *D. de testib.* Debet fieri cum obsignatione testium, non quorumlibet, sed qui rem, de qua agitur, compertam habeant, ut si amisero chirographum, frustra in testationem redigam me amisisse chirographum vocatis testib. qui ignorent rem gestam, sive quod illo chirographo continetur, *d. l. apud eos* .i. testes vel vicinos, non apud judices: Hæc sunt adminicula, quæ in testationib. exigimus, quæ solæ non sufficiunt. Notandum etiam ex *l. 8.* testes injuratos non interrogari. Episcopi interrogantur adhibitis sacris Evangeliis, & sacris scripturis, quod quidam putant esse ex *c. ult. de juram. cal.* imo est etiam ex Novel 123. In Novella supra dicta Leonis & Constantini hoc ita explicatur, ut testes bis terve interrogentur a judice sine jurejurando: Et si quid ad litem afferre videantur, jurati id dicant. Additur quoque in *l. 8.* ut testibus honestioribus potius credatur. Honestiores plerunque jure civili æstimantur ex facultatibus. Et sæpe honesti .i. divites. Itaque testes non tam numerantur, quam ponderantur, *l. 21. §. ult. D. de testib.* Postremum est in eadem l. ut unus testis non admittatur, etiamsi *præclaræ curiæ honore præfulgeat*, id est, etiamsi sit Senator: videnda quæ de uno teste dixi in *l. 3. sup. de reb. cred.* At ex prima constitutione Græca, quæ hic desideratur, videntur etiam duo testes non admitti, quoniam in instrumento exiguntur tres: sine instrumento, quinque: erravi heri in disponendis constitutionibus Græcis. Prima constitutio Græca, quæ hic desideratur, est 12. & Zenonis, vel Anastasii, non Justiniani, quæ est de numero testium. Sequitur eam *l. nullum*, in qua continetur de præscriptione fori, quod diximus heri, non in 12. Sequitur 14. Justiniani *de test. cog.* At si ex prima constitutione Græca duo testes non admittuntur, quorsum monemur unum testem non sufficere? quorsum etiam pertinet l. *ubi numerus*, *D. de testib.* ubi dicitur duos testes sufficere, si numerus testium non addatur. Hoc videtur pugnare cum illa constitutione Græca, quæ tres aut quinque ait. Respondendum est ita. Lex ait si numerus testium non adiiciatur, duos sufficere. Quod eo pertinet, ut cum l. præcipit aliquid fieri præsentibus testibus, nec numerum exprimit, sufficiant duo testes. Si lex exprimit numerum testium, nil agitur, nisi tot adhibeantur, ut in testamentis, cum lex exigit 7. testes, & in divortiis lex Julia exigit 7. testes, *l. nullum*, *de divort.* At si non exprimat numerum testium, duo sufficient, id est, quod fit coram duobus valet: verum non ideo in qualibet productione etiam duo sufficiunt. In Apocha & syngrapha tres exiguntur: in depositione quinque, ad rei gestæ fidem faciendam ἐπὶ τῆς καταθέσεως, unus nunquam. Notant quoque Græci casus quosdam, in quibus unus etiam testis sufficit, ut tabellio, si manu ejus instrumentum scriptum negetur; si dicat se scripsisse, ei soli fides adhibetur, *Novel. 73.* Item exemplo tabellionis, argentarius, scripturæ mensariæ auctor, quia horum fides est publica, acta publica, scripturæ publicæ: notant etiam, si emphyteuta offerat canonem domino; satis esse, si offerat præsente uno teste: quod unde sumpserint, nescio. Item sufficit unus testis, si quis vice donatoris voluntate ejus subscribat donationi scriptæ; donatio valet, nec alii testes exiguntur, *l. vice*, *& l. in donationibus*, *inf. de donat.* Postremo inquiunt, uni creditur propter notissimam testis gravitatem & constantiam.

Ad L. XVIII. Testium facilitatem, *per quos multa veritati* con-

contraria perpetrantur, prout possibile est, resecantes: omnibus prædicimus, ut qui in scriptis a se debita retulerint, non facile audiantur, si dicant omnis debiti, vel partis solutionem sine scriptis se fecisse, velintque viles, & forsitan redemptos testes super hujusmodi solutione producere: nisi quinque testes idonei, & summæ atque integræ opinionis præsto fuerint solutioni celebratæ, hique cum sacramenti religione deposuerint sub præsentia sua debitum esse solutum: ut scientes omnes ita ea statuta esse, non aliter debitum, vel partem ejus persolvant, nisi vel securitatem in scriptis capiant, vel observaverint præfatam testium probationem: his scilicet, qui tam sine scriptis debitum, vel partem ejus solverint, a præsenti sanctione merito excipiendis. Sin vero facta quidem per scripturam securitas sit, fortuito autem casu vel incendii, vel naufragii, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his, qui perpessi sunt causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testes probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere.

SI debitum petatur ex scripto, id est, ex chitographo, dissolutio ejus probari debet etiam scipto, id est, apocha: quæ etiam in h. l. securitas dicitur, & plerunque scriptum scripto subruitur. An igitur solutio debiti scripti testibus non probabitur? Non quidem ex hac constit. nisi quinq; idoneis & juratis, qui solutioni præsentes adfuerint & qui id palam dicant, se solutioni præsentes fuisse. De auditione testimonium non valet, *Novel. de test.* Quod tamen valet in quæst. de finib. agrorum, aut de operib. *l. si arbit. ff. de probat.* Fuit olim receptum in omnib. causis testim. de auditione, quasi aliquod haberet momentum, ut Asconius oratione 3. contra Verrem. Igitur eo casu debent testari se vidisse debitorem solventem, non etiam se id audisse ex aliis, debitorem solvisse etiamsi tabularii sint: Nam & de auditione tabellariorum testimonium non adhibebitur, vel testari debent se audisse creditorem dicentem, sibi solutam pecuniam: idque in ea *Nov. de test.* Quod notandum est, cum ex eo e contrario colligatur creditum probari, si testes dicant se audisse debitorem dicentem, sibi creditos nummos. Sed hoc ita procedit, si non id audierint, aut viderint solventem, aut numerantem, ἐκ τοῦ παρήκοντος, id est, in transitu, sed si nominatim in eam rem rogati fuerint, ut solutioni interessent, aut confessioni in solutum, aut creditum acceptæ pecuniæ. Non rogatis ergo non creditur, licet id viderint, aut audierint, quod videtur pugnare cum *l. ad fidem, de test.* Lex ait ad fidem rei gestæ sufficere etiam non rogatos testes. Respondeo, id locum habere in fortuitis casib. Hi probantur per testes fortuitos, quos sors tum obtulit. Sic Harmenop. recte interpretatur ἐπὶ τῶν συμβεβηκότων καὶ περιστατικῶν. Non tamen ea lex locum habet in conventionibus, solutionibus, testamentis, quæ fiunt solemniter rogatis testibus. Et hæc quidem diligens observatio & solemnitas *l. testium:* in solutionibus exigitur si desit apocha. Nam si fiat apocha, vel sola fidem facit, sicut & chirographum: vel cum testibus tribus, secundum distinctionem *l. ult. sup. si cert. pet.* At quid fiet, si facta sit apocha, & casu majore perierit, vel amissa sit? Hoc explicatur in fine legis, ut scilicet amissa apocha, tum solutio probari possit per testes quoscunque, etiam non rogatos, qui in transitu viderint debitorem solventem, aut audierint creditorem dicentem, sibi pecuniam solutam. Et ita solutio probabitur per testes non rogatos: non quidem per duos, ut ait Accursius, sed per quinque, ex prima constitutione Græca. Sic etiam e contrario, quod usuvenit sæpe: amisso chirograp. & amissionis casu judici probato, recte creditum probabitur, si qui sint, qui in transitu viderint creditorem numerantem, vel audierint debitorem dicentem sibi creditam pecuniam: Nam eadem est causa liberandi & obligandi, *l. inter stipulantem, §. sacram, D. de verb. obl.* Et consequenter debet esse etiam eadem causa probandi debiti & crediti: Denique, & hæc sit conclusio, confessio facta extra judicium coram testib.

A quinque rogatis & juratis, valet tam ad obligandum, quam ad liberandum. Et hoc male Accurs. distinxit. Valet item ea confessio facta coram non rogatis testib. amissa apocha, vel chirographo: Alias nil valet confessio extra judicium facta, nisi fiat in jure aut judicio, ut diximus *sup. l. 9. de obligat. & act.* Et quod dicitur, confessum haberi pro judicato, id de confesso in jure tantum dicitur. Confessus extra judicium nondum habetur pro judicato, sicut qui apocham, aut chirographum scripsit, quæ scriptura dicitur ὁμολογίας, non est statim pro judicato: confessio illa facta coram testibus ex non scripto, comparatur apochæ, vel chiropapho, & eandem vim obtinet. Sicut igitur scriptor chirographi, ita & confessus nondum est pro judicato. Item, ut chirohrapho vel apochæ opponi potest exceptio non nu- B meratæ pecuniæ intra præstituta tempora, ita & ei confessioni puto posse opponi illam exceptionem, cum scripto comparetur h. l. qua de re quærunt interpretes.

Ad L. pen. Si quando invitos testes *in pecuniariis causis ex nostra lege aliquis trahere maluerit, si quidem sua sponte fidejussionem suæ personæ sine damno præstare velint, hoc fieri: sin autem noluerint, non carcerali custodia detrudi, sed sacramento eos committi censemus, &c.*

EX constitutione Græca Justin. etiam in pecuniariis causis inviti testes evocantur, qui ante Justinianum non inviti evocabantur, nisi in criminalibus: facit mentionem hujus constitutionis Justinianus in hac C lege, cum ait, ex nostra lege: unde Accursius collegit esse Græcam. Veniunt ergo inviti in civilibus causis: cum venerint, satisdant judicio sistendi causa, id est, se a judicio non recessuros, nulla pecunia data ad excipiendam satisdationem actorum nomine. Et hoc est quod ait hæc l. sine damno, id est, sine impensa, ut *l. sancimus, inf. de admin. tut. §. at ex contrario, Inst. quib. alien. licet, vel non, l. ult. §. pen. inf. de bonis auctor. jud. poss.* vel etiam si testes nolint satisdare, committuntur cautioni juratoriæ, carcere autem non continentur, inviti non satisdant, sed ut de re, ita de persona sua juratis creditur. Et ut l. ait, dies duntaxat 15. in judicio permanere debent sumptibus producentis: satisdant igitur vel jurati repromittunt 15. dies judicio sisti, intra quos a judice interrogandi sunt utraque parte D præsente, dum scilicet recipiuntur productiones, & receptiones testium fiunt utraque parte præsente. Imo possunt etiam fieri interdum μονομερῶς, id est, parte tantum, quæ testes producit, præsente, si altera pars ob contumaciam absit admonita per executorem, quod & continetur *Novel. de test.* Regulariter causæ non aguntur μονομερῶς, sed utraque parte præsente, id est, cognitionaliter, sive συστάδην, nisi causæ appellationis, hæ enim aguntur μονομερῶς, & ex contumacia alterius partis, *l. ult. ff. ad Trebell. l. ult. §. illud, de temp. ap.* Jusjurandum etiam quod delatum est parti, non præstatur μονομερῶς, nisi absit altera pars per contumaciam, *l. pen. sup. de reb. cred.* Productiones item testium non fiunt μονομερῶς, sed utraque parte præsente, & generaliter omnia edicta litis, Zonar. & Balsam. in *Can. 74.* Apo- E stol. Item Socrates *lib. 1. c. 17.* Quod autem diximus, productiones testium fieri utraque parte præsente, & receptiones, id ita accipiendum est, non ut utraque pars audiat testes respondentes interrogantibus, alioqui testimonia statim publicarentur, quod numquam ita fit, sed ut dum testes producuntur, & interrogandi admittuntur, utraque pars adsit: Hæsitant tamen hac in re interpretes. Additur in hac l. pen. post dies 15. testib. non dicto testimonio jus abeundi esse, nec iterum posse eos invitos evocari, qui re infecta abierunt, & si judex intra eos dies cessarit, nec interrogavit testes productos, læsæ parti tenetur damni nomine actione in factum, & causam suam facit. Et hæc quidem hac lege constituuntur in causis civilibus. In causis crimi-

nalibus

nalibus hoc argumentum est, testes diutius detineri posse, & carcere etiam contineri: Nec illos jurejurando committi, ut fit in civilibus causis. Hic quærunt interpp. An testes produci possint ante litem contestatam, quod in foro dicitur examen ad futurum .i. an futuræ litis testes recipiantur? Jure constat non recipi hæc testimonia: dicuntur testimonia litis, *l.4. ff. de testib.* Testimonia judicialia, *l. pen. sup. de hæret.* Ergo nunquam recipiuntur, nisi sit lis aut judicium: Est etiam titulus hac de re in jure Pontificio, *ut lite non contest. non proced.* At hoc jure civili verum non esse puto, quanquam alio jure utamur *ex cap. quoniam, supradict. tit.* ut etsi metus sit, ne testes, qui nunc sunt, non sint litis tempore, id procedat, veluti si sint senes, aut valetudinarii: Nam & hoc casu si volumus testes recipi, litem oportet instituere statim, & summatim causam agere: Et ita loquitur *lex in lege*, quam perverse accipiunt, *ff. ad leg. Aquil.* Male & ex §. *pen. Novel. de testib.* putant probare ante litem posse testes produci, cujus sententiæ nullum est vestigium in eo §. Nil quoque pertinet ad hoc *lex laudabile*, §. *quotiescunque, supra, de advocat. diversi. judic.* Nam non loquitur ea lex de testibus futuræ litis, sed de actis, seu monumentis, quæ fiunt apud patronos fisci, juris sui conservandi causa. Et verbum *allegationes* in ea lege non significat probationem, sed vel exceptionem, vel defensionem, vel protestationem quamlibet δικαιολογίαν, quæ fit apud acta: Ut si scripsero me accepisse mutuam pecuniam, potero contestari apud acta, me non accepisse, & postulare ut ea de re acta conficiantur. Vel etiam si amisero chirographum, idque sciant quidam, potero apud acta id redigere in testationem: vel etiamsi funus fecero, non pietatis causa, sed ea mente & animo, ut sumptus repetam, potero id testari apud acta, *l. atqui, ff. de religios. & sumpt. fun.* Sed hoc non est producere testes futuræ litis.

Ad L. ult. Cum apud compromissarios *judices testes fuissent producti, variatum erat utrum deberet eorum depositionibus in judicio litigator uti, an non esset audiendus. Sancimus igitur, si quidem in compromissis aliquid pro hujusmodi causa statutum est, hoc observari. Sin autem nihil conventum est in hujusmodi casibus: Si quidem superfint testes, licentiam habere eum, contra quem depositiones eorum proferentur, si eas recusaverit, concedere testes iterum adduci, & non opponi eis, quod jam testimonium suum dederint. Vel si hoc concedere minime maluerit, depositiones eorum, quasi factas accipere: omni jure legitimo, quod ei competit, adversus eas servato, &c.*

JUre civili semel producti testes, & interrogati, iterum non interrogantur. Cujus argumentum est *h. l. ultima*, quæ est exceptio illius definitionis. Alio quidem jure utimur, sed jus civile ita se habet, nec immerito, ne scilicet retractentur toties testimonia. Est exceptio in hac lege. Finge: Duo compromiserant in arbitrum, jamque unus testes produxit apud arbitrum, postea relicto arbitro, transierunt ad judicem ordinarium: is, in quem producti sunt testes apud arbitrum, non patietur eos iterum in judicio interrogari, quia obstat regula juris. Sed ex hac constitutione non poterit testimonia, id est, depositiones rejicere, nisi id patiatur. Debet igitur illa testimonia admittere in judicio, salvis exceptionibus, si quas habet: aut debet pati testes iterum produci, & interrogari si sint superstites. Nam si sunt defuncti, eorum testimonia sunt recipienda omnino in judicio, quæ scilicet dixerunt apud arbitrum, vel etiam si alii sunt superstites, alii defuncti, defunctorum testimonia sunt recipienda: superstitum item nisi malit is, in quem producuntur, testes potius ipsos iterum produci. Additur tamen *h. l.* legem compromissi judicem sequi debere, si de testibus lex aliqua in compromisso contineatur. Hæc lex est conjungenda cum fine *l. pen. sup. de recept. arbitr.* In qua generaliter traditum est, professionibus, & at-

A testationibus factis apud arbitrum, postea apud judicem ordinarium uti licere: atque hoc casu iterum producentur, & audientur. Quo casu suadet Bartolus, ut qui iterum interrogantur, ne quidquam mutent, postulent sibi edi exemplum prioris testimonii, in *l. eos, ff. ad leg. Cornel. de fals.* ubi & multa alia addit, quæ jure civili decisa non sunt.

AD TITULUM XXI.

DE FIDE INSTRUMENTORUM.

B MULTÆ sunt leges in hoc titulo de amissione instrumentorum, & de his, quæ sine scriptura fieri possunt, quibus ostenditur, amissionem instrumentorum, si aliis probationibus res probari possint, nihil officere veritati: ut creditori nihil noceat amissio chirographi, si aliunde probare possit, *l. 1. & 5. hic*. Debitori nihil nocet amissio apochæ, *l. 4. hic*, de qua diximus *l. 5. sup. de probat.* Ingenuo nil nocet amissio professionis natalis, *l. 6. hic*. Profitebantur olim natos apud acta. Veterano honesta missione dimisso nil nocet amissio testimonialis, *l. 7.* Literæ, quæ dabantur dimissis, dicuntur testimoniales, *l. ult. inf. de prof. & medicis. Veget. lib. 2. Per testimoniales ex more dimissis*. Domino item nil nocet amissio instrumenti auctoritatis, *l. 8. 9. 10. & 12.* Actorum etiam amissio emancipatis nil nocet, *l. 11.* quæ lex
C est accipienda de emancipatione legitima, quæ fit ex duodecim tabulis, etiam sine actis. Anastasiana & Justiniana emancipatio non fit sine actis: & generaliter ubi amissio instrumentorum vel actorum non nocet, nec omissio eorum nocebit. At quæritur an casum amissionis probari oporteat. Et quidem ubi non est necessaria scriptura, ejus amissionem probari non oportet, si aliæ probationes suppetant negotio: nec hoc exigit l. 5. ut amissio probetur. Nam non hoc significat, casum amissionis esse probandum, sed ait creditoris casum conquerentis petitioni non esse statim credendum, nisi aliis argumentis probet sibi deberi. Et in ea l. 5. ita est legendum, *vel aliis argumentis probari fidem, &c.* Vel etiam eo casu, quo non est necessaria scriptura, si tamen intervenerit, & perierit, amissione pro-
D bata, nil agitur, nisi aliæ probationes suppetent. Et huc pertinet l. 13. hic, quæ ostendit testationem habitam de amisso instrumento nil prodesse, nisi habita sit apud eos (puta vicinos) qui rem gestam, id est, tenorem amissi instrumenti mente teneant, & sciant facta ea esse instrumenta, quæ periisse dicuntur, & quæ in eis fuerit δύναμις. Igitur non satis est probare amissionem, nisi & cetera probes. At cetera probare satis est, id est, rem gestam, etiamsi amissionem non probes. At ubi scriptura est necessaria, ea si intervenerit, & perierit, amissionem probari oportet, etiamsi aliæ probationes suppetant; quas quidem probata amissione etiam omnino exigimus; ut si scriptura testamenti perierit, duo probanda sunt, peremptio, & tenor testamenti, quod ex scripto constabat. Item in specie *l.*
E *testium in fin. sup. de testib.* Ubi solutio debiti scripti, si non adfuerint quinque testes rogati, non probatur nisi scripto, quo amisso, ut illa lex ait, amissionis casum probari oportet; deinde solutionem per quoscunque testes. Et hæc de amissione instrument. De fide instrument. etiam sunt multæ leges: primum in litibus eandem esse vim instrumentorum, & testium, *l. 15.* quod diximus *l. 1. sup. de testibus*, ut dicimus testimonia litis, *l. 4. ff. de testib.* ita & instrumenta litis, *l. si quis aliquid*, §. *si quis instrumentorum, ff. de pœn.* Et ut jure nostro instrumenta ante litem non producuntur, sic nec testes, sicut diximus in *l. pen. sup. de testib.* Præterea, ut testium productio potest fieri peregre missis procuratoribus partium, si testes absint, ex constitutione Græca Justiniani, quæ est *l. 4. de testib.* ita & instrumentorum pro-

productio, receptio, & discussio, si non sint in præsentia, potest fieri peregre, *l.* 17. *hic*, quam vulgo male sic accipiunt, ut testes possint proferri ad reprobationem instrumentorum: quod fit raro, nisi arguantur instrumenta falsi, ut dixi in *l.1. de testib.* Verum hæc non est sententia legis 17. sed quod Justinianus constituerat de testib. peregre producendis & audiendis ex sententia & interlocutione judicis, id *in l.*17. similiter constituit de instrumentis peregre producendis & recipiendis, præsente utraque parte, aut eorum procuratoribus; si ita judex decreverit. Testibus variis & secum pugnantibus fides non adhibetur, *Novel.de test.* quæ loquitur non tantum de testibus, qui sibi ipsis contrarii sunt; sed & de testibus, qui invicem sunt contrarii, id est, alii aliis, ut Harmenop. libro primo, tit.6. Aliud est in ea Novel. sibi ipsis esse contrarios, aliud invicem esse contrarios: omnes tamen rejiciuntur. At additur in ea Novel. honestiorib. & omni exceptione majoribus fidem adhibendam, ut *l.8. sup.de testib.* Quo exemplo adjici potest *ad d.l.* 14. *hic*, ut diversa instrumenta, & secum invicem pugnantia ab una eadem parte prolata fidem non faciant, nisi si quæ momenti judici videantur esse majoris. At si omnia sint paria, & testes varios, & instrumenta varia rejiciemus. Notandum etiam de fide instrumentorum: in lite non recipi instrumentum, quo adversarius apud acta testatus est non usurum, id est, eo non poterit uti mutata voluntate, *l.3. hic*. Videtur enim id improbasse, & habuisse pro falso. Denique in ea lite habebitur pro falso. Nunc quæro, quid si instrumentum, quo adversarius utitur, ab alio in alia lite prolatum, falsum pronuntiatum sit, an etiam in hac lite pro falso habebitur? Non utique, nisi & in hac lite probetur falsum. Nec res inter alios judicata, præjudicium adfert, *l.2. hic*. Fieri enim potest, ut inique falsum sit pronuntiatum. Nec tamen idem dici potest de testibus, si in alia lite sunt damnati quasi falsarii, *l.Cornelia de falsis*, quia damnatis publico judicio testimonium amplius dicere non licet, *l.3. §.lege, ff.de testib.* Tractant interpretes in *d. l.2.* quomodo sit hæc regula accipienda, rem inter alios actam, vel judicatam alii non nocere, de qua est proprius *tit. inf.de re judic.& l.sæpe, D.de re judic.*

Ad L. XVII. Contractus venditionum, *vel permutationum, vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum, vel alterius cujuscumque causæ, quas tamen in scriptis fieri placuit: transactionum etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata, & si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremo a partibus absoluta sint: ut nulli liceat prius, quam ita hæc ita præcesserint, vel a scheda conscripta (licet literas unius partis, vel ambarum habeat) vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum, vel absolutum, aliquod jus sibi ex eodem contractu, vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in hujusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id, quod emptoris interest, ei persolvere. Quæ tam in postea conficiendis instrumentis, quam in his, quæ jam scripta, nondum autem absoluta sunt, locum habere præcipimus: nisi jam super his transactum sit, vel judicatum, quæ tractari non possunt: exceptis emptionalibus tantum instrumentis, jam vel in scheda, vel in mundo conscriptis, ad quæ præsentem sanctionem non extendimus, sed prisca jura in his tenere concedimus. Illud etiam adjicientes, ut in posterum si quæ arræ super facienda emptione cujuscunque rei datæ sunt, sive in scriptis, sive sine scriptis: licet non sit specialiter adjectum quid super iisdem arris non procedente contractu fieri oporteat: tamen & qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus est, ab emptione recedens, datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda* (†).

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.2. cap.3.*

IN contractibus non exigimus scripturam, nec acta, exceptis donationibus, quæ plerunque negotium aliquod in se habent, id est, fiunt certa lege, ac tum proprie dicuntur contractus. Hæ donationes apud acta insinuari debent, si sint majores ducentis aureis ex jure antiquo: si sint majores trecentis, ex jure medio: si sint majores quingentis, ex jure novo. Minores ergo quingentis hodie ex jure novo sine actis valent. Ex Constitutionibus regum nostrorum omnes donationes cujuscunque summæ insinuantur, quod & olim probavit Constantinus, *l.1. C.Theod. de spon.* Quoniam in hac l. ait, donationes, quas intimari non oportet, id est, insinuari. Strictius semper sunt habitæ donationes, & non cum summa ratione eas Justin. latius accipiendas censuit: solo consensu non perficiebantur, sine traditione, mancipatione, vel cessione in jure. Hodie perficiuntur ex constitutione Justiniani. Non valebat donatio omnium bonorum infinite, cum tamen valeret venditio: imo non valebat etiam donatio dimidiæ, vel tertiæ partis bonorum, specialiter rebus non designatis. Sed ex constitutione Justiniani valent: dationes etiam arrarum nullam scripturam exigunt: quæ etiam contractibus adnumerantur, & a Græcis dicuntur Arrabonici contractus. Sunt quædam negotia, de quibus dubitari potest an sint contractus. Hujusmodi sunt *arrarum dationes*: esse tamen constat, ut hæc *l.* indicat, si modo in ea legatur *dationis*, non *dationes*, & postea, *transactiones*. Dubitatur etiam de datione dotis, sed hæc est etiam contractus, *l.contractus, ff.de reg.jur. l.exigere, de judic.* Item de divortio; sed divortium etiam est contractus, *l.si uxor, ff.de judic. l.jurisgentium, §.ut puta, ff.de pact.* Transactiones autem non sunt contractus, & in hac lege separantur a contractibus duobus locis, & jure merito: nam vel fiunt pacto, aut acceptilatione, *l.2. ff.de transact.* Acceptilatio autem distractus est, non contractus: pactum nec est contractus, nec distractus, quia nec obligat, nec liberat: at ut contractus, ita & transactiones nullam scripturam exigunt: cum autem dicimus in emptionib. & permutationibus, transactionibus, donationibus, & arris scripturam non exigi, id ita procedit, nisi convenerit, ut de eis scriptura fieret: hæc conventio scripturæ necessitatem inducit: ut non intelligantur perfecta hæc negotia sine scriptura; & hæc conventio in iis tantum donationibus est utilis, quæ actorum insinuationem non desiderant. Nam in aliis, quæ desiderant, inane est hoc cavere, ut fiat scriptura, quia id ipso jure ita se habet. Igitur contractus, vel transactiones conficiuntur non *sine scriptura*, si ita convenerit. Scripturam quomodo fieri oportet, ostendit hæc l. nec enim quævis scriptura perficit contractus, quos ex scriptura fieri convenit. Primum enim contractus redigentur in schedam, quæ sic dicta est ἀπὸ τῦς χίζειν, vel a scindendo. Schedæ sunt veluti adversaria, deinde rediguntur contractus in mundum, ut ait *hæc*. Novella de *tab.* ait in chartam puram. Hieronym. in purum, adversus Rufin. deinde mundum subscribi a contrahentibus oportet; vel si instrumenta sint publica, id est, si a tabellione conficiantur, antequam contractus in scriptis habiti perfecti intelligantur, oportet mundum compleri, & partibus edi a tabellione: sic ex conventione scriptura perficitur contractus, non aliter, nec quælibet admittetur. Itaque antequam eo modo sit perfecta scriptura, locus erit pœnitentiæ, quasi nondum perfecto contractu: interim etiam periculum erit venditoris, §. 1. *de empt. & vend. Instit. l. ult. de contrah. empt.* & ideo recte *l. 2. D. de contrah. empt.* ait, solo consensu perfici venditionem sine scriptis habitam: nam si fiat ex scripto, eam scripturæ formam exigimus, quam Justin. hic præscribit. Accurs. & interpretes putant schedam in *Novella de tab.* appellari protocollum: qui error etiam fora occupavit. Sunt juris nostri pleræque voces: quæ quod sint male ab interpretibus nostris acceptæ, accipiuntur & male in foro. Sequitur al-

tera pars legis de Arris. Arras dat emptor venditori: non perfecto contractu culpa venditoris, reſtituit venditor arras in duplum condictione ex hac lege, ut opinor; nam hæc pœna eſt legitima: non perfecto contractu culpa emptoris, emptor arras perdit, quas dedit. Non eſt diſpar emptoris & venditoris conditio, ſive pœna: nam & emptor quod de ſuo dedit, perdit; & venditor tantundem de ſuo dat, alterum non dat de ſuo, ſed reddit. Ita in ſponſalibus ſponſus arras dat ſponſæ, ſponſus arras amittit, ſi per eum ſtet, quo minus ſequantur nuptiæ: ſponſa tenetur in duplum, *l. 3. §. ult. inf. de ſponſ.* quæ pœna etiam eſt legitima. Et hoc ita procedit, ſi venditio nondum perfecta fuerit, ut ſi eam ſcriptis mandari convenerit, & ſcriptura in mundum nondum digeſta ſit. At quid fiet de arris, ſi venditio ſit perfecta, nec ab ea recedatur? immutabuntur arræ venditori in pretium, ſi in nummis conſiſtant, *l. ult. ff. de fideicommiſſ.* vel ſi in aliis rebus conſiſtant, pretio ſoluto repetentur, ſicut pecunia credita ſoluta, pignora repetuntur. Arræ ſunt veluti pignora. Neque nummi tantum dantur arrarum nomine, ſed etiam aliæ res, ut annuli, *l. ex empto, §. is qui vina, de act. empt. l. 5. §. item ſi inſtitor, de inſtit. act.* In libr. Geneſ. cap. 30. ſic in ſponſalibus arræ nomine, non nummi, ſed monilia dantur, ut apud Capitol. in Maxim. juniore. Repetuntur autem arræ actione ex empto, vel condictione ſine cauſa, *dict. §. is qui vina*: non vindicantur ait *l. 3. inf. de act. empt.* ex arrali pacto perſonalem duntaxat actionem paciſcentibus parari: non paratur ergo realis. Ea l. pactum arrale vocat: at heri contractum eſſe diximus. Reſpond. eſt, non eſſe novum, ut idem ſit pactum & contractus, *l. ſi unus, §. pactus, D. de pact. l. pacta, D. de contr. empt.* Pactum, inquiunt, proficit ad novum contractum: ſic pactum arrale, quod datione arrarum ſumpſit effectum, & pactum, & contractus eſt: & ideo ex eo datur actio perſonalis, non realis, ut ex venditione docet *l.* 1. ejuſdem titul. dari perſonalem actionem, non realem: & ita pactum diviſionis, vel permutationis, quod traditione ſumpſit effectum, & pactum, & contractus eſt: Item quod ſtipulatione ſumpſit effectum, & pactum, & contractus eſt, *l. 3. inf. de rer. perm. l. diviſionis, ff. de pact.* Nec tamen ideo minus dicitur nuda, *tit. de do. prom. vel nuda poll. inf.* item pactum, quod adjicitur contractui ex continenti, nudum dicitur, *l. juriſgentium, §. ſed cum nulla*, juncto *§. quinimo, D. de pact.* Nam cum in *§. ſed cum nulla* dixiſſet J.C. nominatim, pactum nudum actionem non parere, exceptionem parere, & pactum nudum nominatim appellaſſet, ſubjicit in *§. quinimo*, imo & interdum format ipſam actionem, veluti ſi adjiciatur contractui ex continenti. Igitur aperte legem contractus vocat pactum nudum: nec nos movet *l. ult. infr. de rer. per. l. 1. inf. de pactis convent.* quarum ſententia eſt. Rebus donatis certa lege, ex ea l. actionem dari: atqui non eſt ex pacto actio. Reſpondeo, hoc ita procedere, ſi ſit tantum pactum nudum; at ſi ſit pactum, & contractus, ex eo datur actio; non quidem plane, quia pactum eſt, cum & id nudum ſit, ſed quia contractus, *d. l. diviſionis*. Nunc quæramus quid ſit juris, ſi vinditio perfecta ſit, & ab ea recedatur. Diſtinguo: aut mutuo conſenſu ab ea receditur, aut ex una tantum parte: ſi mutuo conſenſu, arræ repetentur actione ex empto, vel condictione ſine cauſa, *dict. §. is qui vina, & l. 2. inf. quando lic. ab empt. diſc.* ſed ſi ex una tantum parte recedatur ab emptione jam perfecta, ut ſi rem venditor tradere nolit, an tenebitur in duplum nomine arrarum? Minime: nam dupli præſtatio pœna eſt non perficientis venditionem, at hic perfecta eſt, nec eam imperfectam reddit mora venditionis: ceſſat igitur dupli præſtatio, ſed competit actio ex empto in venditorem, ut cogatur rem tradere: nam cogi poteſt diſtricte ut tradat: vel etiam agetur in id quod intereſt: dabitur etiam repetitio arrarum: nam culpa nulla emptoris intercedit: itaque non eſt, cur arras amittat, non eſt etiam cur debeat compenſare id quod intereſt cum ar-

A ris, ut Hugolinus cenſet recte, cum ſeparatam cauſam habeat: igitur utrumque feret, arras, & id quod intereſt; ſed ſi emptor ſit is, qui nolit implere contractum, id eſt, pretium ſolvere, agetur in eum ex vendito: cui actioni ſi ſatisfecerit, reddentur ei arræ, niſi res l. commiſſoria venierit, id eſt, ut inempta fieret, pretio ad diem non ſoluto. Nam eo caſu, pretio non ſoluto, finitur venditio, nec redduntur arræ, quoniam culpa emptoris committitur venditio, & fit irrita, *l. de lege, & l. 4. de lege commiſſ.*

Ad L.XIX. Plures apochis vel redituum, *vel uſurarum perceptis, ſi quando ſuper his fuerit dubitatio exorta, eas habere ſe negando, jus agentium faciunt vacillare, cum coloni*
B *adverſus dominum certantes, & ſibi iniquam forte libertatem vindicantes, vel debitores creditoribus ſuis temporalem præſcriptionem opponere cupientes, ad eaſdem inficiationes perveniunt. Quod reſecantes, jubemus, ut in præfatis caſibus, vel aliis privatis ſimilibus, ſi voluerit is, qui apocham ſuſcepit, ab eo accipere, vel antapocham ſuſcipere: omnis ei licentia hoc facere concedatur, neceſſitate imponenda apochæ ſuſceptori antapocham reddere: ita tamen, ut ſi hoc is, qui apocham conſcripſerit, facere neglexerit, vel non curaverit: nullum ei præjudicium ex eo, quod antapocham recepit, generetur, cum hoc, quod pro quibuſdam introductum eſt, inferre eis jacturam minime rationi convenit æquitatis. Datum* XII. *Calend. Octob. Chalcedone, Decio v. c. Conſſ.*

C EST de antapochis faciendis. Apocha eſt profeſſio ſolutæ pecuniæ: dicitur etiam ſecuritas in Novel. *ἀπόδειξις, ἀμεριμνία, ἀσφάλεια*: dicitur & a quibuſdam evacuatoria, ab evacuanda obligatione: dicitur etiam *ἀκυρωσία*: dicuntur etiam apochæ Recauta, *Novell.* 130. Græci vertunt *ἐκτρεπείσματα*, non minus male, quam in eadem Novella delegatores *μηνυτὰς*. Sic D. Auguſtinus *lib. de cur. pro mort. ger.* ubi ait eſſe recautum. Debitor creditori chirographo cavet, creditor debitori apocha recavet. Antapocha autem quid eſt? An ſcriptura, qua confitetur debitor ſe ſolviſſe creditori data? Minime, non ita concipiebatur antapocha. An eſt ſcriptura, qua debitor fatetur ſe debere antapocham? minime. Antapocha eſt exemplum apochæ, quod habet ſubſcriptionem debitoris, qui habet apocham: at-
D que id hac lege oſtenditur: nam quod initio hic vocat exemplum apochæ, poſtea vocat antapocham: hæc verba ſunt delenda: *vel antapocham ſuſcipere*. Et ſic recte definierunt antapocham Jacobus & Fulgoſius. Sic in *Novell. de reis*, *ἀντισβιλος* eſt exemplum libelli petitionis. Apocha datur debitori, ut ex ea probet ſe ſolviſſe. Antapocha datur creditori, ut ex ea probet ſibi ſolutam annuam penſionem, vel canonem annuum emphyteuticarium, vel annuas uſuras. Atque ita ut ſummoveat præſriptionem temporis, vel ut quam aliam defenſionem ſibi paret. Et hoc certum eſt uſuræ annuæ præſtationem tolli præſcriptione triginta annorum, & cum principalis actio tollatur: uſurarum obligatio eſt ſequela ſortis, *l. eos, in princ. inf. de uſur. l. ſi quis emptionis, §. ult. de præſcr. 30. annor.* verum cre-
E ditor, cui debentur uſuræ, hanc præſcriptionem ſummovebit, probando ex antapocha ſibi ſolutas uſuras, & ob id antapocham flagitare poteſt. Quod ſi dominus petat a colono, vel emphyteuticario annuum vectigal: hæc lex non dicit ei opponi præſcriptionem triginta annorum, cum hæc obligatio per ſe conſiſtat, nec ſit alterius ſequela. Et ideo non niſi ex ſingulis annis, quibus ſingulis actio naſcitur de annua penſione, vel annuo vectigali, præſcriptio 30. annorum opponi poteſt, *l. cum notiſſimi, §. ult. de præſcript. 30. annor.* Et ſic conſtituenda eſt differentia inter uſuras, & alios reditus annuos. Et ita Martinus accepit recte eum §. *ult.* nulla habita differentia inter ſtipulationes & legata, ut & ille §. ait non eſſe habendam: nec Martino obſtat hæc lex noſtra,

ſtra, quæ dicit, præſcriptionem temporalem opponi uſurarum annuæ præſtationi, id eſt, ſi per triginta annos ceſſatum ſit ſolvi uſuras: non autem dicit eam opponi annuæ redituum præſtationi. At ſæpe fit, ut coloni, & aſcriptitii noſtri capite cenſiti ſe in libertatem vindicent, & dicant ſe propria poſſidere, non noſtra, & requirant a nobis titulum, dicant ſe ἰδιοκτήτορας: idque oſtendit *l. litibus*, *inf. de agric. & cenſ. lib.* XI. quæ huic l. eſt conjungenda: verum coloni repellentur, ſi probaverit dominus eos reditus & penſiones quaſi colonos diu perſolviſſe: quod quidem probabit antapocha, id probant papyro terreo, ut ajunt. Quare apochis datis, utile eſt antapochas viciſſim accipere, quas & reddere, id eſt, dare cogitur is, qui apocham ſuſcipit. Igitur hæc lex, cujus ſententiam expoſui, eſt de antapochis faciendis, nulla eſt in hoc tit. de apochis faciendis: itaque legendus ſic hic titulus, *De fide inſtrumentorum, & amiſſione eorum, & de antapoch. fac.* male vulgo *de apochis*. Ceterum ſi creditor non curaverit ſibi dari antapocham, quid fiet? cogitur debitor dare, idque datur hac l. creditori, ut poſſit debitorem cogere, ſed ſi id negligat, hæc omiſſio antapochæ nil nocebit ei ſi poſſit aliis rationibus probare ſibi ſolutum, id eſt, non eſt neceſſe, ut probet antapocha ſibi ſolutum: Nam & aliæ probationes admittuntur. Quod introductum eſt cauſa creditoris, puta ut ei ſcilicet fiant antapochæ, non debet converti in ejus perniciem, *l. quod favore*, *ff. de leg.* & hoc proponitur in fine legis.

Ad L. XX. Comparationes literarum *ex chirographis fieri, & aliis inſtrumentis, quæ non ſunt publice confecta, ſatis abundeque occaſionem criminis falſitatis dare, & in judiciis, & in contractibus manifeſtum eſt. Ideoque ſancimus non licere comparationes literarum ex chirographis fieri, niſi trium teſtium habuerint ſubſcriptionem, ut prius literis eorum fides imponatur, vel ex ipſis hoc deponentibus, ſive cunctis, ſive omnimodo duobus ex his, ſine comparatione literarum teſtium producente: & tunc ex hujuſmodi chartula jam probata, comparatio fiat: aliter etenim fieri comparationem nullo concedimus modo, licet in ſemetipſum aliquis chartam conſcriptam proferat, ſed tantummodo ex forenſibus, vel publicis inſtrumentis, vel hujuſmodi chirographis, quæ enumeravimus, comparationem trutinandam. Omnes autem comparationes non aliter fieri concedimus, niſi juramento antea præſtito ab his, qui comparationem faciunt, fuerit affirmatum, quod neque lucri cauſa, neque inimicitiis, neque gratia tenti, hujuſmodi faciunt comparationem, & hoc obſervari tam in omnibus ſacris noſtris ſcriniis, quam in apparitione omnis ſublimiſſimæ præfecturæ, necnon magiſteriæ poteſtatis, ceteriſque omnibus judiciis, quæ in orbe noſtro conſtituta ſunt, his omnibus in poſterum obſervandis. Comparationes etenim jam antea factas retractari, extra periculum minime eſt. Datum* XIV. *Kal. Aprilis, Lampadio & Oreſte Conſſ.*

INſtrumenta, aut ſunt privata, aut ſunt publica: privata ſunt, veluti chirographa, apochæ, & antapochæ, & quælibet ſcripturæ non confectæ a tabellione, dicuntur αὐτόχειρα & ἰδιόχειρα, *l. ſcripturas, qui pot. in pign. hab. Novell.* 49. & 142. Publica inſtrumenta ſunt, quæ a tabellione conficiuntur, quæ & forenſia dicuntur in h. lege: & ἀγοραῖα, in dictis Novell. addita *Novell.* 52. & 73. Quæſtio autem l. hæc eſt, an comparationes literarum fieri poſſint tam ex privatis, quam ex publicis ſcripturis, id eſt, collationes ſcripturarum, *l. ubi*, *ad l. Cor. de fal.* quæ in Nov. a Juſtiniano παραθέσεις & συγκρίσεις dicuntur: ut ſi quis neget ſuam eſſe ſcripturam, ex qua cum eo agitur, quæritur an ea ex ſimilitudine conferri poſſit cum alia, & an ſola collatio fidem addat ſcripturæ. Et quidem ſi collatio fiat ex publico inſtrumento, fidem faciet: an & ſi fiat ex privato inſtrumento fidem faciet? Ita videtur ſecundum

A jus antiquum, quod in hac l. tollit Juſtinianus; propterea quod, ut ipſe ait, plerique hac occaſione utebantur ad imitanda aliena chirographa. Et conſtituit Juſtinianus, ut non fiat collatio ex privato inſtrumento, niſi illud privatum, quod ad comparationem confertur, habuerit ſubſcriptionem trium teſtium, ex quibus duo ſaltem teſtes ſuam manum recognoſcant, vel negantes, collatione ſuarum literarum convincantur: idque procedit, ut ait, etiamſi privatum inſtrumentum, quod quis ad comparationem profert, contra eum, qui profert faciat, vel in ea cauſa, vel in alia: nam ex eo etiam non fiet collatio, niſi habuerit ſubnotationem trium teſtium. Ab hac conſtitutione Juſtiniani duo excipiuntur caſus in *Novell.* 49. Primus caſus eſt: ſi ego agam ex privata ſcriptura non habente ſub-
B ſcriptionem trium teſtium, & tu defendas te ejuſdem manus alia ſcriptura: hanc ſcripturam, qua tu te defendis, ſi negem eſſe ejuſdem manus, fiet comparatio cum ea, qua ipſe utor, licet non habeat ſubſcriptionem trium teſtium: Nam ejus fidem probaſſe videor, cum ex ea intentionem meam confirmaverim, ut teſtes non excipio, quibus utor, vel ſum uſus, *l. ſi quis teſtibus*, *ſupra, de teſt.* ita nec inſtrumenta. Alter caſus eſt, ſi privata ſcriptura, quæ non habet ſubſcriptionem trium teſtium, proferatur ex publicis tabulariis, in quibus pleraque privatorum deponuntur, vel ex arca præfecti prætorio, in qua deponebantur rationes fiſcales, & quæcunque ad fiſcum pertinebant, quæ dicitur etiam menſa: hæc ſcriptura, quæ ex illis locis profertur valet ad comparationem, licet non habeat ſubſcriptionem
C trium teſtium, nec ſit a tabellione facta, quia publicum teſtimonium habet, quia pro publica habetur cum e publico eruatur. Et hæc quidem de Novella 49. nunc explicanda *Novella* 73. *de fide inſtr.* quam plerique putant hanc legem abrogare. At id falſum eſt, nam illa nil huic l. abrogat, ſed id tantum conſtituit, ut ſola literarum per ſe comparatio non ſufficiat, etiamſi fiat ex publico inſtrumento, vel etiam ex privato habente ſubſcriptionem trium teſtium: ſed ex ea Novella eſt neceſſe, ut inſtrumentum privatum, vel publicum, cujus fides comparatione literarum probatur, munitum etiam ſit tribus teſtibus: etſi forte teſtes illi aliud dicant, aliud literarum comparatio ſuadeat, teſtibus eſt potius credendum, niſi aliud judici videatur. At teſtibus mortuis, quid fiet? ſi privatum fuerit inſtrumen-
D tum, ſola comparatione neceſſario contenti eſſe cogimur. Item ſi publicum fuerit inſtrumentum, & teſtes mortui ſint, & tabellio, & miniſter ejus, ſive diſcipulus tabellionis, & pecuniæ numerator; nam ſæpe in contractibus adhibetur pecuniæ quidam numerator, ut argentarius: hi omnes ſi mortui ſint, tum etiam ſola comparatio ſufficiet: comparatio inquam, non tantum literarum tabellionis, ſed & contrahentium, & teſtium, qui ſubſcripſerunt. At vivo tabellione, teſtibus vivis, aut mortuis, non utemur comparatione, quia tabellionis jurati teſtimonium ſufficit, & quidem ſolius, quaſi publicum teſtimonium. Quod adnotatum eſt ab Harmenop. *lib.* I. *tit.* 6. non ſatis recte, videlicet hoc modo, ut ſolius tabellionis teſtimonium ſufficiat in comparatione collatorum inſtrumentorum.
E Quid enim opus fuit adiici in comparatione? cum tabellione inſtrumentum recognoſcente nulla fiat comparatio. Itaque ad illum locum Harmen. in regio Codice hoc aliter adnotatum eſt, ἡ παρασημείωσις δεῖ ἐξετάσεως, *hæc adnotatio eget examinatione*. Quod diximus, ſolius tabellionis teſtimonium ſufficere, hoc ita procedit, niſi & contractus numeratorem pecuniæ habuerit, & niſi tabellio per miniſtrum ſuum inſtrumentum ſcripſerit. Tabellio ſemper inſtrumentum complet, non tamen id ſcribit ſemper, ſed dat ſcribendum diſcipulo: qui ſi ſuperſtes fuerit, & numerator pecuniæ, hi etiam interrogandi ſunt una cum tabellione, ut fides addatur inſtrumento publico ſine comparatione. At tabellione mortuo, tum literarum tabellionis comparatio-

ne utemur, si dubitetur de scriptore instrumenti; sed sola non sufficiet, si testes superstites sint, vel numerator pecuniæ, vel a manu tabellionis, nam & hi sunt interrogandi, sola comparatio sine his adminiculis fidem non addet instrumento. Est hæc sententia *Novell.* 73. quæ eo distat ab hac l. quod ea agit de instrumento vel de instrumenti solemnitate, cujus fides comparatione alterius scripturæ confirmatur: quam solemnitatem exigit in civitatibus tantum, & in contractibus, qui excedunt libram auri. Nec ea Novell. abrogat legem ultim. *sup. si cert. pet.* ut ibi diximus. In hac a. l. agitur de instrumento, cujus comparatione alteri fides adjungitur; in ea Novel. exigit Justinian. ut & is, qui profert instrumentum, & is, qui id comparatione approbari postulat, uterque juret de dolo & de calumnia: In hac a. l. exigit, ut collatores etiam literarum, quorum interventu, & arbitrio fit literarum collatio, ut scriniarii, præfectiani, urbaniciani, & magisteriani, & omnium judicum apparitores: hi erant literarum peritissimi, edebant namque omnia acta, & excipiebant, conferebant etiam scripturam cum scriptura, quoties de fide cujusdam in judicio dubitabatur. Hi, inquam, collatores scripturarum debent jurare se nec sordide, nec inimice, nec gratiose quicquam in ea re admissuros, sed ex bona fide se literas collaturos, & quod videbitur judici relaturos. Et addit in h. l. ut hæc constitutio servetur in omnibus judiciis, in judiciis præfecti prætorio, in judiciis magistri officiorum, in sacris cognitionibus, in sacris scriniis, puta memoriæ, epistolarum, libellorum, dispositionum, ut scilicet in eis non fiat literarum comparatio, nisi eo, quo constitutum est modo. Accurs. inquit, scrinio, id est, pectore, scrinia sunt κιβώτια, ἀρχεῖα, *l. omnium, inf. de test.* quam citat: ait Imperator se habere jus omne in scriniis, memoriæ puta, & dispositionum, quæ sunt veluti ἀρχεῖα, & quædam tabularia principis. Sunt & multa alia errata Accurs. primum, putat alia esse forensia instrumenta, alia publica: hoc falsi arguunt tres dictæ Novell. idem enim sunt: nam licet dicat hæc l. Forensibus, vel publicis, non ideo est ea constituenda differentia: vel enim est sæpe ἑρμηνευτικόν, ut in *tit. de opt. vel elect. legata*. Errat etiam, dum putat in agris, & in contractibus non excedentibus libram auri secundum Nov. 73. duos testes sufficere: unde enim hoc sumpsit? imo vero & in contractibus non excedentibus 50. libras duo sufficiunt, vel potius nulli exiguntur, *l. ult. sup. si cert. pet.* & sola comparatio fidem faciet, si fides instrumenti in dubium vocetur, etiamsi desint testes. Et hæc est mens Novell. 73. Errat etiam Accurs. dum putat Novell. 49. abrogare hunc locum hujus *l. Licet in semetipsum aliquis chartam proferat*. Merito reprehenditur a Paulo Castrensi: nam in ea Novel. ponuntur tantum speciales duo casus & exceptiones, quas supra dixi. At non abrogatur. Verum ea Novella ait, se corrigere hanc l. nominatim, sed qui excipit, & aliquid supplet, corrigere dicitur: & hoc sensu etiam prætor emendat jus civile, dum quid supplet, §. 1. *Inst. de bon. poss.* Errat etiam, dum putat privatum cum publico, vel publicum cum privato conferri non posse, sed privatum cum privato, publicum conferri cum publico; verior est sententia Joannis, ut possit & publicum cum privato conferri, & privatum cum publico, in quo sit subscriptio ejusdem manus: idque hæc etiam l. significat. Postremo errat, dum putat Novell. 73. quæ scilicet exigit, ut juret is, qui postulat comparationem fieri, id tolli per *Novell.* 49. aut pugnare cum §. *ult.* quia initio litis id semel jurari satis habet. At de alio genere jurisjurandi agitur in Nov. 49. quo scilicet quis jurat initio litis se probationes ab adversario non petiturum differendæ litis causa. Et dicitur jusjurandum dilationis: id initio semel præstari satis est. Alia est forma jurisjurandi, quod jurat is, qui comparationem fieri petit: nam non solum de calumnia jurat, sed etiam de dolo, id est, se nihil dolo fecisse in eo instrumento, quod ad comparationem profert, & iis similia quædam diximus in *l. 9. sup. de reb. creditis*. Exigitur eodem modo speciale quoddam jusjurandum de calumnia in specie legis ult. hic, quod Accurs. eo loco mutari non putat Nov. 49. propterea quod illa Nov. loquitur de civilibus causis. In specie l. ult. id jusjurandum præstari putat in causa criminali. Hoc totum est vitiosum: nam in specie l. ult. non præstatur jusjurandum in causa criminali. Item ex Novell. 49. jusjurandum, quod requirit l. ult. hodie non requiremus: initio enim semel præstitum sufficiet: id ex specie l. ultimæ constabit.

Ad L. ult. Cum quidam instrumentum *protulerit, vel aliam chartulam, eique fidem imposuerit, postea autem persona, contra quam ista chartula, vel instrumentum prolatum est, quasi falsum hoc constitutum redarguere nitatur: ne diutius dubitetur utrum necessitatem ei, qui protulit, imponi oporteat repetita vice hoc proferre, an sufficiat fides jam approbata: sancimus, si quid tale eveniat, eum, qui petit iterum eam chartam proferri, prius sacramentum præstare, quod existimans se posse falsum redarguere, quod prolatum est, ad hujusmodi veniat petitionem. Quid enim si cum nosset deperditam esse chartam, vel forte concrematam, vel alio modo deminutam, hanc requiri adsimulans, & ad difficultatem productionis respiciens, hujusmodi faciat petitionem? Et postquam hoc ab actore, vel petitore fuerit juratum, & inscriptionum pagina apud competentem judicem deposita: tunc necessitatem imponi ei, qui protulit chartam, de qua quæritur, iterum eam apud judicem criminis proferre, quatenus possit apud eum crimen falsitatis ventilari. Sin autem dicat non esse sibi possibile eam ostendere, quia per fortuitos casus hujus copia ei abrepta sit: tunc subeat sacramentum, quod nec habeat eandem chartulam, nec alii eum dederit, nec apud alium voluntate ejus constituta sit, nec dolo malo fecerit, quo minus appareat ea, sed revera ipsa chartula sine omni dolo sit deperdita, & productio ejus sibi impossibilis sit: & si tale subeat sacramentum, ab hujusmodi necessitate relaxetur. Quod si prædictum jusjurandum subire minime maluerit: tunc quasi falsa chartula nullas habeat vires adversus eum, contra quem prolata est, sed sit penitus evacuata. Neque enim ulterius pœnam produci contra eos, qui non juraverint, volumus: cum forsitan quidam subtili reverentia tenti, nec verum sacramentum præstare patiuntur. Eandem autem copiam ei præstamus, donec causa apud judicem ventilatur. Si enim jam plenissimum finem accepit, & neque per appellationem suspensa est, neque per solitam retractationem adhuc lis vivere speratur: tunc satis durum est hujusmodi querelæ indulgeri: ne in infinitum causæ retractentur, & sopita jam negotia, per hujusmodi viam iterum aperiantur, & contrarium aliquid nostro eveniat proposito. Datum v. Kalend. Mart. Lampadio & Oreste vv. cc. Conss.*

QUæstio hæc est. An instrumentum, quod quis semel in judicio approbavit sine controversia, postea ab adversario quasi falsum impugnari possit: & constituitur in hac l. ut possit. Et ideo ejus instrumenti productionem iterum fieri debere, postulante adversario, præstito jurejurando de calumnia, se non petere instrumenti iterum productionem fieri, vexandi adversarii, & negotii differendi causa, & inscriptione in crimen falsi facta. At quid fiet si is, qui jam instrumentum semel protulit, dicat se nunc id amisisse? Si juraverit se amisisse, judex sequetur fidem semel instrumento datam: sed si id nolit jurare, quod dicit se amisisse, fides abrogabitur instrumento quasi falso, ipse tamen pœnam falsi non sustinebit. Potuit enim superstitione quadam imbutus nolle jurare. Et ideo liberatur, & excusatur a pœna falsi: ceterum instrumento fides abrogatur. Et hæc ita procedunt pendente lite: nam finita lite nemo cogitur producere iterum instrumenta litis finitæ. Finitur autem lis sententia, si appella-

pellatione suspensa non sit, vel retractatione, quæ loco appellationis est, §. *pen. Novell.* 82. *de judic.* Atque retractatio est accipienda in fine hujus legis: jungitur enim appellationi, quia est ejus loco. Atque ita etiam in *l. ult. inf. de tempor. appellat.* §. *illud etiam*. Quæ traduntur initio de appellatione, deinde trahuntur ad retractationem, quæ illius est loco. A sententia præfecti prætorio non est appellatio: retractatio est ex principis rescripto. Nunc sic dico: lite per appellationem, vel per retractationem suspensa, adhuc quis cogitur instrumentum semel judici probatum, quod nunc dicitur falsum, iterum judici exhibere: lite autem appellatione, vel retractatione non suspensa, non cogitur iterum proferre, quia lis est finita: Poterit tamen accusari falsi, etiam post finem litis: si doceatur falsarius in lite usus falso instrumento, non ideo statim lite finita aget ex integro, nisi probetur judicem falsi instrumenti fidem secutum, dixisse sententiam, ut ostendi in *tit. si ex fals. instr. &c.* Denique post sententiam, appellatione, vel retractatione non suspensam, non cogitur quis instrumentum iterum producere, potest tamen accusari falsi, & ita recte Cynus conjungit hanc l. cum *d. tit.* rejectis duabus Accursii interpretationibus. Idem etiam Accursius male putat hic jusjurandum de calumnia præstari in causa criminali: præstatur enim ante accusationem falsi ab eo, qui petit instrumentum iterum exhiberi: ergo præstatur nondum cœpta criminali causa coram judice civili. At vero nunquam legitur, in criminali causa jusjurandum de calumnia præstari: nam inscriptio sufficit: hæc alligat talioni, & calumniam satis coercet, & cohibet, & continet. Hæc fuit sententia Martini, a qua male discedit Acc. *l. 1. sup. de jurejur. propt. cal. &c.* Nec moveor constitutione quadam Imperat. Henrici secundi dicti Claudi, quæ extat in *lib. 2. legum Longobard. tit. de advoc. &c.* Et de ea etiam loquitur Honorius in *cap. 1. de juramento calum.* verum ea constitutio non dicit clericos neque in civili re, neque in criminali causa jurare de calumnia, sed nullo modo eis licere in causa jurare. Et Martiani constit. quem Henricus & Honorius appellant Marcum in *l. cum clericis, sup. de episc. & cler.* quæ lex loquitur de clericis Constantinopolitanæ urbis: illam inquam l. Martiani ad omnes omnium civitatum clericos pertinere constat. Hæc est sententia illius constitutionis. Itaque nullus est locus, qui dicat jusjurandum de calumnia præstari in causa criminali.

AD TITULUM XXII.

PLUS VALERE QUOD AGITUR, QUAM QUOD SIMULATE CONCIPITUR.

PErtinet etiam hic titulus ad instrumenta. Quælibet res geri potest sine scriptura, nisi aliud convenerit. Hæc est sententia tituli superioris: rerum veritas scripturis obscurari non potest: hæc est sententia hujus tituli: ut igitur per se rerum veritas constat sine scriptura, ita non potest labefactari scriptura simulata: Plus enim valet veritas, quam simulatio; nec plus quicquam tribuitur scripturæ, quàm rerum veritas concedat. Cujus sententiæ hic sunt tria exempla. Si emero fundum meo nomine, & in instrumento emptionis uxoris nomen inscripsero, ut fraudarem creditores, vel alia ex causa, dummodo non in fraudem legum. Si ita res gesta sit, mihi competit actio ex empto, & mihi dominium acquiritur, & creditoribus meis hypothecariis ejus fundi nomine datur actio in possessorem hypothecaria: Plus enim valet veritas, quam simulatio: ejus est fundus, qui emit, non ejus, quem scriptum est emisse, *l. 2. & 4. hic*, & quis emerit quæstio est facti, id est, quæ sit rerum veritas, quæstio est facti, cujus definitionem Jurisconsulti non præstant, sed judices. At quid dicemus, si uxoris meæ nomine emero, non meo, & instrumento uxoris nomen inscripsero, mihi autem tacite negotium gessero? Constat etiam hoc casu idem juris esse ex Justiniani edicto 7. *Forma Pragmatica de argentariorum contractibus*, §. *penult.* Et hac de re plenius dicemus in *l. multum, inf. si quis alteri, vel sibi*. Nam hic casus proprie non pertinet ad hunc titulum, cum res gesta videatur consentire cum scriptura: Nam & emit uxoris nomine, & ejus nomen inscribit. Alterum exemplum est ex l. 3. hic. Simulata emptione facta pignoris gratia, pignus valere, emptionem non contrahi. Et ideo pretii petitio non est, cum aliud sit actum, aliud scriptum, id est, contractum, pignus, emptio scripta, & sic in *l. cum ea quæ, sup. de transaction.* simulata emptione transactionis causa facta transactio valet, emptio nulla est. Tertium exemplum est ex *l. ult. hic*, cujus species est: rem meam, quam tibi mandaveram ut locares Titio, contra fidem mandati eam Titio vendidisti, instrumentum venditionis conscripsisti: Ego instrumentum venditionis quasi locationis subscripsi per errorem. Lex ait neque venditionem esse contractam, quia ego vendere nolui: neque locationem, quia Titius conducere noluit: nec subscriptio plus valet, quam voluntas mea, & rerum veritas. Verum est, me noluisse vendere, & ideo falso scriptum est me vendidisse. Et ob id vocat instrumentum falsum. Igitur hæc scriptura nil valet, rerum veritas potior est; quæ tamen non efficiet, ut videatur ulla contracta obligatio, cum nec in venditione, nec in locatione uterque consenserit. Ego locare volui, Titius noluit conducere. Et ita dissensus noster impedit utrumque contractum: scriptura simulata non conciliat voluntates nostras diversas. Unum est in l. ult. notandum. Haloander ita legit; *subscribenti non relecto, sed fidem habenti suasit*: vulgo aliter: & rectius: mutandum tamen illud *subscribenti*, & legendum, *subscribere te*, deinde, *non relecto, sed fidem habenti*: id autem dictum est Græcorum more. Nam est repetendum illud: *Tibi scilicet non relicto, sed fidem habenti*, id est, cum relegisses instrumentum. Terent. ait, *Non sit peccato mihi ignosci, æquum*. Cicero: *cui errato nulla venia, ei recte facto*, id est, erranti & recte facienti.

AD TITULUM XXIII.

DE COMMODATO.

INcipiamus a definitione. Commodatum est, si quis rem suam alteri gratuito utendam dederit, certo fine modove eandem recepturus. A Græcis dicitur χρῆσις, ab usu: a Latinis commodatum, a beneficii gratia, *l. in commodato*, §. *sicut, ff. com.* Qui locat, rem quoque suam utendam dat, sed mercede, non gratuito, *l. si ut certo*, §. *nunc videndum, commod.* Qui dat mutuum, rem suam quoque utendam dat, sed aliam ejusdem generis, non eandem recepturus, *l. 2. in princip. D. de reb. credit.* Agrœtius Grammaticus: *commodamus amico pro tempore rem, hanc ipsam recepturi*: Præterea qui precario dat, rem quoque suam utendam dat: sed non certo fine modove, nam precarium repetitur quoties libet, *l. 2. ff. de prec.* At commodatum non repetitur nisi tempore expleto vel modo: Precarium quotiescunque libet. Sic recte Isidorus 5. *Etymol.* inquit, *commodatum est id, quod juris nostri est, & ad alios temporaliter translatum est*. Et ita in specie *l. 2. hic*. Temporalis ministerii causa ancilla commodatur, & ministerio finito est actio commodati: qua qui agit, probare debet commodatum, quod allegat, secundum regulam juris exigentem ab actore probationem; & in *l. 3.* alteri res datur pignoranda, id est, commodatur, ut in ea causa sit, quoad ille creditorem suum absolverit, & ita certo modo certove fine datur, quo expleto, id est, absoluto creditori est

actio

actio commodati. Hæc indicant, quid sit commodatum, & quid a similibus negotiis distet. Nunc restant duæ quæstiones, quarum prima est, an in actione commodati sit locus compensationi. Quod negat lex ultima hic. *Prætextu debiti*, id est, sub obtentu compensationis debiti ex alia causa *restitutio commodati non probabiliter recusatur*. Ergo ait, agenti ex causa commodati compensationem opponi non posse. Id vero Accursius in hunc modum accipit, si debitum, cujus compensatio allegatur, non sit certum & liquidum, verum quidem est, debiti non liquidi compensationem non fieri, *l.ult. inf.de compensat.* Sed unde hoc colligit Accursius in specie l.ult. debitum non fuisse liquidum? An id colligit ex his verbis, *prætextu debiti*? quia ex aliis non potest, quasi autem significetur his verbis fictum & incertum debitum. Eadem verba, *prætextu debiti*, sunt in *l. 1. inf.de nund. & l.3. sup.ne fiscus, vel respub.* ubique significant certam debiti causam, seu supponunt certam: hoc nihil est apertius. Itaque illis verbis Accursii sententia nullo modo juvatur. L. ult. autem non negat compensationem fieri ratione debiti, quod compensatur; sed ratione commodati: commodati hanc esse naturam, ut petenti protinus restitui debeat, nec jure compensationis retineatur: hæc est sententia l.ult. Hoc tamen videtur falsum. Nam excepta est sola causa depositi, *l.ult. de compensat. l.ult. inf. Depos.* Sunt illæ leges Justiniani, sed ante Justinianum idem obtinuit, ut indicat Paulus *2. sentent. tit. Depositi*. In omnibus aliis actionibus compensationi locus est. Excipitur sola causa depositi: causa commodati non excepta est. Hoc plus habeat depositi actio, quam ceteræ, licet sint bonæ fidei: Nam ut actiones strictæ non eodem modo omnes censentur, id est, pari jure stricto, *ut tit. de cond. ind.sup.* diximus: ita actiones bonæ fidei, bonam fidem aliæ aliis ampliorem exigunt, nec eodem jure censentur omnes, id est, æquitate pari. Bona fides est, depositum reddere: bona fides est, commodatum reddere: Hoc si non facias, non est actio famosa: Illud si non facias, actio est famosa, id est, actio commodati non famosa: depositi est. Turpe est depositum non reddere: turpe non est commodatum non reddere. *Aristot. in prob. sec. 19.* Item depositorum ratio anteponitur privilegiis, id est, prius solvi oportet deposita, quam veniatur ad creditores privilegiarios, *l. si hominem, §. ult. D. depos.* Item chirographis depositorum non opponitur exceptio non numeratæ pecuniæ, vel non depositæ rei, *l. in contractibus, inf. de non num. pec.* Hæc omnia sunt in deposito singularia. Denique depositum est optimæ fidei, id est, ampliorem bonam fidem exigit, quam cetera negotia. Præterea in actione commodati compensationi locum esse verum est, non tantum si id compensetur, quod contraria actione commodati commodatarius, cum quo agitur, consequi potest, *l.in reb. §. ult. commod.* sed etiam si id compensetur, quod ex qualibet alia actione commodatario debetur, *l. Lucius, D. Mand.* quæ lex ostendit, agenti commodati, objici petitionem mutuam, quod plane est compensare, *l.1. inf. rer.amot.* Conclusio igitur hæc sit. In actione commodati locum esse compensationi, sicut in ceteris: exceptam esse solam actionem depositi. Quid igitur dicendum ad legem ult. hujus tituli? Ego nunquam cogitavi in l.ult. pro *commodati*, esse legendum *commendati*, quod titulus non permittit, sed dixi hanc legem esse notandam quasi Triboniani & ceterorum compositorum erratum, in quorum manus incidit hæc constitutio, corrupte habens *commodati*, pro *commendati*. Et ideo non animadverso mendo, eam sub hoc titulo posuerunt, quam mendo sublato debuerunt ponere sub *tit. Depos.* In quo etiam tit. sunt duæ leges eorundem Imperatorum de commendato, *l.6. & 9.* in quibus quidam codices perperam etiam habebant *commodatus*, pro *commendatus*: commendatum nil est aliud quam depositum. *Ambr. lib.de Tobia, cap.11. Commendatum est depositum, quod*

A *custodiatur causa alicujus commissi. Isidorus 5. Depositum est pignus commendatum ad tempus, quasi diu positum.* Nil igitur in hac lege muto, quia titulus non patitur: nil muto, quia locum non commuto. Errorem Triboniani, & pravam collocationem indico. Altera quæstio est, quid veniat in actionem commodati, utrum dolus, an & culpa, & omne periculum? id est, damnum fatale, casus fortuitus. Idem quæri solet de omnibus contractibus, & nos specialiter etiam in singulis de ea tractabimus. Contractibus aliis inest tantum doli præstatio, ut deposito & precario, propriis rationibus, quas mitto. In his duobus contractibus dolus tantum præstatur: aliis vero contractibus inest præstatio doli & culpæ, ut mandato, commodato, pignore, vendito, locato. Item doti, tutelæ, gesto, societati, B rerum communioni. In his contractibus venit dolus & culpa; imo in his contractibus quidam exigunt etiam diligentiam. Hoc additur in *l.contractus, D.de div.reg. jur.* ubi diligentia plus significat, quam custodia. Nam diligentia illo loco est plenissima custodia, exactissima diligentia, quod etiam alii loci confirmant, *l.2. de peric. & com. rei vend. l. si ut certo, §. custodiam, D. commod. l.6. de administ. rer. ad civit. pert. l. cum res, §. penul. de loc.* Addendum etiam, dolo opponi bonam fidem; culpæ autem custodiam & diligentiam. Culpa autem nil aliud est quam negligentia & desidia. Et quot sunt diligentiæ gradus, consequenter tot etiam sunt culpæ, id est, negligentiæ. Est diligentia, quædam vehementissima, vel quasi diligentiæ redundantia, & delatoria curiositas, *l. 6. D. de jur. & fact. ignor.* Ex C adverso est culpa levissima, *l.in l.Aquilia, D. ad l.Aquil. l.homo lib. §. 1. D. de acq. rer. dom.* Est diligentia quædam media: & ex adverso culpa levis. Est diligentia quædam minima, & pene nulla: & ex adverso, culpa lata seu latior, quæ dolo comparatur: quam præstant qui & dolum præstant, *l.quod Nerva, D. depos.* quæ l. proprie pertinet ad tit. *de mag. conv.* id est, ad actionem in factum, qua tenentur magistratus municipales ob dolum & culpam: & ei est conjungenda *l.11. D.de probat. & l.in magistratus, D. de magist. conven.* Diximus inter eos contractus, qui supra enumerati sunt, quosdam exigere diligentiam exactissimam, scilicet hi sunt quatuor, commodatum, mandatum, tutela, gestum. Ergo in his quatuor contractibus levissima culpa præstatur: quia exigitur vehementissima D diligentia, id est, diligentissimi patrisf. diligentia in servando commodato, & exequendo mandato, aut negotio alieno gerendo, & in tutela gerenda. In aliis contractibus præstatur tantum levis & media culpa, excepto deposito & precario, in quibus dolus tantum præstatur, & culpa dolo proxima, id est, lata, nimia, dissoluta. In omnibus contractibus præstatur dolus & lata culpa, in nullis præstatur periculum, id est, fatum, nisi ita convenerit, *l.1. hic*. Commodatarius non præstat periculum, nisi ea lege rem utendam acceperit, aut nisi res æstimatæ sint datæ: æstimatio periculum facit accipientis. Ideo re perempta vi majore, debet æstimationem præstare, quia & tacite id convenisse videtur æstimatione, *l. si ut certo, §. commodatum, ff. commod.*

E

AD TITULUM XXIV.

DE PIGNERATITIA ACTIONE.

Ad L. I. Fructus ex pignore *percepti imputantur in sortem, & si sufficiant ad totum debitum, solvitur actio, & redditur pignus. Quod si fructus debitum excedant, superflui redduntur, videlicet mota actione pigneratitia. PP. Idib. Octobr. Apro & Maximo Conss.*

Ad L. II. Quod ex operis ancillæ, *vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est: de-*

biti quantitatem relevabit. **Dat. Cal. Octobr.** *Antonino 5. & Alexandro Conss.* A

Ad L. III. Creditor, qui prædium *pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet: & si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pigneratitia actione obligatur. PP. 6. Id. Decemb. Antonino 5. & Alexandro Conss.*

PIGNUS aut re constituitur, aut pacto, *l.1.ff. de pign. action.* Quod re constituitur pignus depositum dicitur, apud creditorem scilicet, *l. servus cujusdam, ff. de condict. indeb.* Pignori deponi, inquit, & apud Paulum 2. *lib. Sentent. t.4. de commodato, & pignore doposito: & tit. 5. pignus depositum: & libro 5. Sentent. tit. 26.* dicitur etiam poni in B *dict. l. servus, & l. petenti, ff. de pignerat. act.* & supponi in *l. creditor 2. hic:* & opponi ab aliis auctoribus. *Juvenalis Satyra 11. Lancibus oppositis,* id est, pignori datis. Pignus autem, quod pacto constituitur, non deponitur, & hypotheca dicitur proprie: Ex eo autem pacto nascitur obligatio contra regulam juris, sed excipitur pactum, quod jure civili vel honorario confirmatur. Hoc pactum de pignore jure honorario confirmatur, *l. si tibi, §. 1. ff. de pact.* Et ideo recte in *l. major, inf. de pig. Pactum,* inquit, *vel jurisdictio obligationem constituit,* quasi diceret, pactum de pignore, non vi sua, sed ex jurisdictione, id est, edicto prætoris obligationem parit: sic dicendum de lege contractus, id est, de pacto contractui addito ex continenti: Pactum scilicet, vel contractus obligationem parit: C hypotheca jure prætorio constituitur, & ideo nulla est hypotheca, si ejus persecutio a prætore denegetur, cum tamen usufructus jure civili constitutus maneat, etiamsi ejus persecutio a prætore denegetur, *l. 27. ff. de nox. act.* De utroque autem genere pignoris competit actio pigneratitia, seu hypothecaria, quæ est in rem. Pragmatici pessime censent, eam esse in personam: inde existunt multæ injuriæ in foro. Hypothecaria actio in rem, *l. pignoris, inf. de pignor.* Et ne quis hoc calumnietur, personam non obligat, *l. 2. infr. si unus ex pluribus, &c.* De hoc autem genere pignoris, id est, de hypotheca, & de actione hypothecaria non agitur in hoc titulo: sed de pignore, quod re & traditione constituitur, & de alia actione pigneratitia, quæ est in personam, cum illa sit in rem, quæ D dicitur hypothecaria, atque etiam pigneratitia. Et ita duplex est pigneratitia, una in rem, altera in personam, de qua est hic titulus. Sunt & aliæ differentiæ. Ea, de qua hic agitur, est bonæ fidei: illa est stricta: hæc est civilis: illa est prætoria: hæc datur debitori, pignoris recipiendi causa, illa datur creditori, pignoris vindicandi causa. Rursus hæc soluta demum pecunia omni nascitur: illa soluta pecunia perimitur. Item hæc appellatur pigneratitia semper, hypothecaria nunquam: illa & pigneratitia & hypothecaria dicitur, quia competit de utroque genere pignoris. Præterea hæc, de qua est hic titulus, hoc unum dumtaxat nomen habet, & vocatur pigneratitia: illa dicitur & pigneratitia, & hypothecaria, & Serviana, & utilis Serviana, & quasi Serviana, *l. 16. de pign.* Pignus igi- E tur, de quo hic agitur, ita definiamus. Pignus est contractus, quo quid creditori obligatur translata possessione, ut in ea causa sit, quoad debitum exsolvatur. Contractus est, *l. contractus, ff. de reg. jur. l. 1. in fin. ff. de pact.* qui transfert possessionem pignoris, *l. cum & sortis, §. ult. de pign. act.* soluta omni pecunia, redditur debitori per hanc actionem pigneratitiam, *l. si rem, §. omnis, ff. eod.* Hypotheca est etiam pignus, sed pactum, non contractus, ejus possessio non transit in creditorem. Fiducia item est pignus, sed ejus dominium transit in creditorem: cum pignoris non transeat in creditorem, nisi sola possessio. Arra etiam est pignus: sed ejus quoque dominium in accipientem

A transit, non sola possessio, & plerumque imputatur arra in pretium, *l. ult. ff. de lege commiss.* Inde *Isidorus in 5. Arra,* inquit, *non auferenda, sed complenda est. Unde qui habet arram, non reddit sicut pignus, sed desiderat plenitudinem.* Pignus vero in debitum non imputatur, sed solvenda est integra pecunia, tum deinde redditur integrum pignus. At de fructibus pignoris videamus, an in debitum imputentur: hæc enim est prima quæstio hujus tituli. Et placet fructus pignoris imputari in sortem debitam, vel in usuras, si quæ debentur, non tantum, inquam, perceptos fructus, sed etiam percipiendos, *l. 1. inf. de distr. pign. l. creditor, & l. ult. hoc tit.* Et hæc est sententia *l. 1. hic,* quæ desideratur. Haloander inscriptionem & subscriptionem restituit, sententiam restituam ex *lib. 25. Ba-* B *sil. tit. 1.* quæ etiam extat apud Harmenopulum *lib. 3. Epitom. tit. 5.* Hæc autem est brevis, ut fructus ex pignore percepti imputentur in sortem debitam, & si adæquaverint sortem, ut dissolvatur obligatio, & pignus reddatur. Quod si fructus superent debitum, ut superflui reddantur, nihil est præterea in *l. 1.* Similiter idem est proditum in *l. 2.* quam vulgo faciunt 1. de oper. ancillæ pig. depositæ, ut sorti imputentur, vel consumant, si tanti sint. Idem de pensionibus ædium pignori depositarum. Rursus idem de fructibus traditur in *l. 3.* quam vulgo faciunt 2. Itaque tres primæ leges hujus tituli videntur esse eadem de re, id est, de iis, quæ sorti imputantur, continent tamen diversa; Lex 1. est de fructibus perceptis, ut imputentur sorti, & de fructibus exsuperantibus sortem, ut red- C dantur. Lex 2. est de operis, & pensionibus, quæ accipiuntur pro fructibus, & ideo imputantur etiam, *l. prædiorum, ff. de usur.* quæ lex est explicanda ex *l. 8. ff. de reb. auct. jud. pos.* quæ est ex eodem libro. Tertia autem lex est de fructibus percipiendis, de quibus nil est in superioribus, ut fructibus, quos creditor percipere non curavit, etiam illi in sortem imputentur, perinde ac si percepisset. Additur etiam in tertia, ut pignore a creditore deteriore facto, damni ratio habeatur in actione pigneratitia, qua de re est etiam *lex creditor* 2. His una exceptio addenda, pignoris fructus, & quæ pro fructibus habentur, imputari in sortem, vel usuras debitas, nisi aliud convenerit, puta ut fructus vice usurarum creditor retineat, quæ conventio appellatur *ἀντίχρησις* in *l. si pecuniam, ff. de pig. act. l.* D *si is qui bona, §. 1. ff. de pign.* Finge: debes mihi certam summam, usuras non debes, non sum eas stipulatus, nec pepigi quidquam, de eis accepi pignus: si percepi fructus, minuent sortem, nisi dixeris *ἀντίχρησιν* factam tacite, vel expressim. Nam jure *ἀντιχρήσεως* fructus usurarum vice retinebo, & de hac pactione etiam agitur in *l. si ea pactione, l. si ea lege, l. ex prædiis, inf. de usur. l. servus, inf. quod cum eo,* & Novel 32. Ubi ostenditur cum agricola non licere facere *ἀντίχρησιν*, ut fructus cedunt usurarum vice, cum scilicet pignus accipitur a rusticis: cum eis facta *ἀντίχρησις* non valet. Ex hac autem pactione, ait Martianus in *dict. l. si is qui,* creditori solere dari actionem in factum. Itaque dici solet de lege emptionis, ex ea dari actionem in factum præscriptis verbis. Sed sicut etiam datur actio ex empto, E nec necessaria est actio præscriptis verbis: Ita potest recte tentari ex *ἀντιχρήσει* creditori dari pigneratitiam actionem, quod Azo tradidit. Nam & debitori de antichrisi pigneratitia datur, *dict. l. si pecuniam.* A pigneratitia actione recte argumentamur ad hypothecariam, *l. 1. si aliena res pig. data sit.* Quo argumento ostendo, re aliena pignori data creditori, dari hypothecariam in debitorem, vel extraneum possessorem: Nam & debitori datur pigneratitia, *l. si rem alienam, §. 1. l. si pign. §. si prædo, ff. de pignor. act.* Addendum pacta antichrisi, & postea facta oblatione sortis a debitore, ex eo tempore fructus antichriseos imputari in sortem. Et hanc esse sententiam *leg. ex præd. inf. de usur.* Ceterum percepti ante moram credito-

ditoris, id est, ante oblationem debitoris cedunt creditori usurarum vice, vi pactionis, nec sortem minuunt. Id etiam non ex omittendum, anticrisin fieri tacite, vel expressim, quæ sententia est *l. cum deb. D. in quib. caus.* Quidam hoc non intelligens, sensit in *d. l. cum deb.* esse addendam negationem, quod non tradidisset, si inspexisset titulum, sub quo illa lex est posita: Nam tit. ostendit in *l. cum debitor*, poni exemplum taciti pignoris, id est, tacitæ ἀντιχρήσεως. Finge: pecuniam credidi gratuitam, id est, sine usuris, nulla usurarum mentione facta, & domum accepi pignori. Id videtur actum, ut demum mihi traditam possim inhabitare, & ea uti, eamque locare, nec reputabo hunc fructum in sortem, sed mihi retinebo usurarum vice, & ita tacite contrahitur antichrisis. Idem est si agrum traditum pignori accepero. Nam id actum videtur, ut fructus capiam, & mihi habeam quoad pecunia solvatur. Hoc ea l. addit, me fructus retenturum ad legitimum modum usurarum, non ultra modum: quod erit ultra, veniet in actionem pigneratitiam. Dices, quid prodest nominatim pacisci antichrisin, si tacite videtur pacta? ut scilicet fructus capiantur vice usurarum, etiam supra modum, quæ pactio admittitur propter incertum fructuum eventum. Et ideo si hoc anno fructuum emolumentum excedat usurarum modum, non ideo minus omnes retinebuntur: quia fieri potest, ut sequenti anno paucissimi fructus colligantur: itaque ea pactio admittitur, *l. ea leg. inf. de usur.* At tacita antichrisis non excedit modum usurarum. Dices etiam, creditor non potest uti pignore: furtum facit si eo utatur, *l. si de pign. D. de fur.* Id non est semper verum. Nam potest uti pignore ex pactione, imo & sine pactione, ut si ager pignori ponatur, etiamsi nil dictum sit, potest fructus percipere. Imo si non percipiat, tenetur. Idem in ædibus, ut eas possit inhabitare, & locare, & ita utifrui. Ceterum si vestis detur pignori, eam non potest usu deterere: Et ita si utatur, furtum faciet. Summa est. Quoties usu rem deteriorem facit, furti tenetur, alioqui tantum abest, ut non possit uti frui, ut ei imputetur si non utatur fruatur re pignori data.

Ad L. IV. Pactum vulgare, *quod proposuistis, ut si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, pignori vel hypothecæ data vendere liceret: non adimit debitori adversus creditorem pigneratitiam actionem.*

IN hac lege 4. hoc ostenditur: si id actum sit lege pignoris, ut si ad diem pecunia soluta non sit, creditori liceat pignus distrahere, hoc pacto non adimi debitori actionem pigneratitiam adversus creditorem, quia sive creditor pignus non vendiderit, debitori post diem soluta pecunia integra est act. pigneratitia, ut creditor sibi pignus reddat, sive vendiderit, ut reddat quod pluris vendiderit. Nam illa lege hoc non agitur ut creditor oblatam pecuniam recipere non cogatur, vel ut pignoris distracti pretium sibi habeat pro solido, sed vel ut solvatur pecunia, vel pignus communi jure distrahatur. Eadem est ratio hujus pacti, si ad diem pecunia soluta non sit, se creditori pignore cessurum, vel se pignus in solutum daturum. Nam etiamsi ita convenerit, debitor post diem potest offerre pecuniam, & agere pigneratitia, nec cogitur pignus cedere, vel dare in solutum, paratus si sit solvere pecuniam, *l. 1. inf. de pact. pig. l. quamvis, D. de sol.* Longe alia est ratio hujus pacti, quod sequitur, si ad diem pecunia soluta non sit, ut emptionis jure pignus creditor possideat, justo pretio æstimandum: Nam hoc casu post diem debitori non est integrum offerre pecuniam, & pigneratitia agere, quia existit conditio emptionis, cum non solvit ad diem. Fuit ab initio contracta, ac perfecta conditionalis venditio. Venditio solo consensu perficitur. Fuit autem perfecta, maxime cum conditio existit, quæ retrotrahitur. Cessio autem, vel datio in solutum non perficitur solo consensu: nam hæc perficiuntur traditione, quæ antequam intervenerit, debitori est integrum pecuniam offerre, nec cedere cogitur, vel in solutum dare. At non est res integra, si sub conditione vendiderit, & extiterit conditio. Ideo post conditionem offerendo pecuniam nil agit, *l. si fundus, §. ult. ff. de pign. l. Titius, ff. de pign. act.* At quid dicemus si ita convenerit, ut si ad diem pecunia non solveretur, creditor pignoris dominium obtineret? Hæc pactio dicitur fiducia, & lex commissoria, quæ quidem lex valet in venditionibus; puta ut ad diem pretio non soluto, res fiat inempta, & committatur venditori; quanquam ea lex etiam in venditionibus non valde placebat Imp. Anton. *l. Æmil. ff. de minor.* De ea intellexit Cicer. in lib. 12. ad Att. loquens de Castris. Quod ait, *si actum est ut ipse mancipia abducat:* lex commissoria dat jus venditori abducendæ rei venditæ, pretio ad diem non soluto. At in pignoribus hæc lex dominium pignoris creditori non adimit, *l. ult. de pact. pign.* Hoc igitur pacto non adimitur debitori actio pigneratitia. Itaque post diem integrum est ei solvere, & agere pigneratitia pignoris recipiendi causa.

Ad L. V. Si creditor sine vitio *suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur. Sed si culpa reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse: quanti debitoris interest, condemnari debet.*

Ad L. VI. Quæ fortuitis casibus *accidunt, cum prævideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est) nullo bonæ fidei judicio præstantur: & ideo creditor pignora, quæ hujusmodi casu interierint, præstare non compellitur: nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.*

Ad L. VII. Creditor, qui fundos *& domos pignori, vel hypothecæ accepit, damnum in decidendis arboribus, domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti deducere cogitur. Et si dolo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit: eo quoque nomine pigneratitia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerit tempore obligationis. Creditori necessarios sumptus quos circa res pigneratitias fecit, exigere non prohibetur.*

Ad L. VIII. Si nulla culpa, *seu segnitia creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus non pertinet. Sane si simulata amissione etiamnum eadem pignora (ut adseveras) a parte diversa possidentur: adversus eum experiri potes.*

Ad L. IX. Pignus in bonis debitoris *permanere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit. Cum igitur adseveras in horreis pignora deposita; consequens est, secundum jus perpetuum pignoribus debitori pereuntibus (si tamen in horreis, quibus & alii solebant publice uti, res depositæ sint) personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere.*

QUæstio hæc est, utrum in actionem pigneratitiam veniat dolus, an culpa, & omne periculum? quod de singulis contractibus quæri potest. Periculum quidem in actionem pigneratitiam non venit, nisi ita convenerit, *l. 6. 8. & 9. hic.* Et ideo, si creditor posuerit pignora in horreis, in quibus solebant & reliqui cives suas res recondere, & horrea forte deciderint, aut combusta sint, pignora pereunt debitori, nec creditori ideo perit actio creditæ pecuniæ: rursus creditor non tenetur pigneratitia, quia non præstat periculum, seu casum majorem. Sunt varia exempla casuum, ut impetus hostium, aggressura latronum, l. 6. insolitæ nives, incendium, naufragium, & generaliter quæ prævideri non possunt, & quæ fiunt vi quadam divina. Hæc creditor non præstat, nisi ita convenerit: dolus & culpa veniunt in pigneratitiam actionem, levis, non levissima, *l. contractus, de reg. jur. l. 8. hic*, casum periculi, seu amissionis rei pigneratæ creditor probare debet, qui eum allegat, *l. itemque quis ex argentariis, §. ult. de ed.* Male in eandem rem affertur ab Accursio *l. sicut, de fi. instrum.* Probare autem debet

bet casum creditor manifestis rationibus, *l.*5. nec satis A est, si juret se casu amisisse pignora, nisi in re dubia sit ei delatum jusjurandum ab adversario, aut a judice, quanquam petita productione instrumenti semel producti & probati, satis est si quis paratus sit jurare se instrumentum illud amisisse, *l. ult. de fid. instrum.* nec ei incumbit onus aliarum probationum implendarum. Satis est ex ea l. si se jurare paratum dicat. Interdum creditor casum non allegat, sed debitor allegat dolum vel culpam, & tum a debitore exigitur probatio, quod tentat Accursius hac *l.* 5. vel etiam ex utraque parte implentur probationes. Ex una quidem parte de casu fortuito: ex altera de dolo vel culpa: Et judex potioribus fidem adhibet. Id sæpe accidit in litibus, ut ex utraque parte impleantur probationes, *l. falliciter, de abolit. Nov.*36. Diximus in actionem pigneratitiam non B venire culpam levissimam. Obstat *l. si cum venderet*, §. *ult. de pignor. act.* quæ ait, ut in commodato, in pignore venire dolum & culpam, & custodiam, quod etiam adjicitur in *l. sicut, de pignor.* At in commodato venit culpa levissima, ut diximus in tit. sup. Ergo videtur etiam in pignore venire. Sed hoc non est admittendum. Fateor quidem in pignore venire dolum & culpam, ut in commodato. Nego tamen in pignore venire levissimam culpam, ut in commodato. A commodatario ea exiguntur, quæ paterfamil. diligentissimus ac accuratissimus solet præstare, *l. in rebus, commod. l.* 1. §. *is quoque, de oblig. & act.* A creditore autem ea exiguntur, quæ diligens paterfamil. solet præstare. Ita loquitur *l. ea igitur, & l. si pign.* §. *ult. ff. de pigner. act.* §. *ult. Instit. quibus mod. re contr. oblig.* Igitur in utro- C que judicio, commodati, & pigneratitio culpa venit, sed non eodem in utroque modo æstimatur. Illud non est omittendum ex *d. l.* 7. *hic*, duplicem esse actionem pigneratitiam, directam, & contrariam. Directa competit debitori pignoris recipiendi causa, in qua id etiam venit, quo res facta est deterior dolo aut culpa creditoris, id est, in ea actione hujus damni ratio habetur. Non dicit l. 7. damni cum debito compensationem fieri, sed damnum in rationem deduci, id est, in pigneratitium judicium, *l.* 3. *sup.* Et male in quibusdam codicibus additur, debiti, quod est delendum; simpliciter enim legendum, *damnum in rationem deducere*, &c. Sic in Bas. Denique eadem l. 7. quod dixit in rationem deduci, mox ita exponit, ut si dolo vel culpa creditoris res pignerata deterior sit facta, eo no- D mine teneatur creditor actione pigneratitia. Est igitur hoc quod ait, *etsi dolo vel cul.* &c. quo loco Accurs. notat aliter legi, *etsi non dolo*, est etiam ea negatio apud Harmen. *lib.* 3. *tit.* 5. καὶ ἐὰν μὴ κατὰ δόλον. Verum non est in exemplari regio, & recte. Quodcunque enim contingit non culpa aut dolo creditoris, eo nomine non competit actio pigneratitia. Contrarium tradit lex 7. si eam negationem addas. Contraria autem actio pigneratitia datur creditori, qua repetit necessarias impensas, ut refectionis, aut curationis, si quæ factæ sint in rem pigneratam, *d. l.* 7. *in fi.* Et ille unus est hic locus de contraria actione pign. Idem ostenditur in *l. si necessarias, D. eod.* Competit etiam contraria ex aliis causis in id quod interest, ut si debitor sciens æs, pro auro pignori posuerit, vel si rem alie- E nam sciens, aut alii obligatam, *l.* 1. *in fi. & l. tutor*, §. *contrariam, eod.* Et generaliter si debitor in re pignerata malitiose versatus sit, l. 3. & l. 9. in prin. & (ut aliquid in universum tradamus de contrariis actionibus) sciendum est, contractum esse negotium, ex quo mutua obligatio & actio nascitur: Ergo ex contractu nascitur actio ultro citroque, id est, utroque ex latere. At hæc actio vel est ex utroque latere directa, ut in emptione & venditione, ex empto est directa, ex vendito item, & ex locatione & conductione: Nam ex locato est directa: item ex conducto: item in societate, actio pro socio, utraque ex parte est directa, §. *ex quibusdam, Inst. de pœn. tem. lit.* vel ex uno latere est directa, ex altero contraria, ut in commodato pignore, deposito, mandato, gesto, tutela: Nam commodator, debitor, depositor, mandator, dominus negotiorum, pupillus, habent actiones directas commodati, pigneratitiam, & similes. At commodatarius, creditor, depositarius, mandatarius, gestor, tutor, habent contrarias, quæ sic dicuntur, quod dantur illis ex diverso, & e contrario, *l.* 2. *& ult. D. de negot. gest.* Qua ratione etiam actio negatoria de servitutibus dicitur contraria in *l. sicut in prin. D. si servit. vindic.* Vocant Græci ἀντιθετικὴν τῆς ἀρνήσεως. Verum cur hoc tam varie? cur in quibusdam contractibus sunt actiones aliæ directæ, aliæ contrariæ, in aliis non item? Directæ actiones vocantur, quasi principales. Sic vocantur in *l. in commodato*, §. 1. *ff. comm.* unde etiam directo & principaliter pro eodem, *l. ult. de legat.* 3. §. *ult. Inst. quod cum eo*. Et actio in rem collata cum actione ad exhibendum appellatur directa, id est, principalis. Ad exhibendum actio est præparatoria, & ita appellatur in *l.* 3. §. *ib. l. si quis bom. ff. ad exh. l.* 1. *inf. de crim. expil. her.* Et nomine principali, id est, directo, legati jure, non fideicommissi, *l.* 8. *C. Theod. de his, qui contra leg. contendunt*, quia commodatarius, mandatarius, depositarius, creditor, gestor, tutor, principaliter & multo pluribus de causis tenentur, quam commodator, vel depositor, & reliqui, ideo actiones, quæ in illos dantur, dicuntur directæ & principales: nam actionibus contrariis in his negotiis de indemnitate tantum agitur, & indemnitati tantum consulitur. Qua ratione non etiam sunt famosæ, ut tutelæ, mandati, depositi, directæ, quæ sunt famosæ, at non contrariæ, & in eis etiam in litem non juratur, in directis juratur, *l. furti, in fi. ff. de his qui not. inf. l. & apud quem, depos.* At pro socio actio vel empti vel venditi utrinque est directa, quia in his contractibus contrahentium par est conditio, æquæ sunt partes, id est, eisdem fere modis & nominibus, nec multo pluribus, aut paucioribus unus quam alter obligatur, sic actio pro socio utrinque est principalis: & actio ex venditione: actio pro socio utrinque est famosa. Quidam putant contrarias actiones dici utiles, & moventur argumento contrariæ actionis tutelæ, quam dicunt vocari utilem in *tit. de cont. tutelæ & ut act.* Id tamen est rejiciendum: Nam in eo tit. duæ proponuntur actiones, non una: una enim est contraria tutelæ, quæ opponitur actioni directæ tutelæ, vel actioni de rationibus distrahendis: Altera est contraria utilis, quæ opponitur utili actioni curationis causa: Nam de curatione quæ competit actio, dicitur utilis negotiorum gestorum, & habet suam contrariam utilem, *ut in tit. de tut. & rat. distr. & uti cur. caus.* Hic tit. est de directis. Alter vero titulus de contraria tutelæ, & utili actione est de duabus contrariis actionibus, quarum una datur in pupillum, altera in adolescentem, vel in eum, cujus curatio administrata est.

Ad L. X. Nec creditores, *nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita jure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata, & consignata, & deposita, longi temporis præscriptione muniri possunt: unde intelligis, quod si originem rei probare potes, adversario tenente vindicare dominium debes. Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti, vel, si tu teneas, per vindicationem pignoris, hoc idem inducitur, & tibi non erit difficilis, vel solutione, vel oblatione, atque solemni depositione pignoris liberatio.*

Ad L. XI. Pignoris causa res *obligatas, soluto debito, restituere debere, pigneratitiæ actionis natura declarat, quo jure, si titulo pignoris legasti mancipia, per eandem actionem uti potes: nec creditor citra conventionem, vel præsidialem jussionem debiti causa res debitoris arbitrio suo auferre potest.*

Ad

Ad L. XII. Quo minus fructuum, *quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ac residuo debito soluto, vel si per creditorem factum fuerit, quo minus solveretur, (oblato, & consignato; & deposito) pignora, quæ in eadem causa durant, restituat debitori: nullo spatio longi temporis defenditur.*

ACtio pigneratitia nascitur soluto debito; & datur non tantum de pignore, sed etiam de hypotheca, cujus possessionem creditor nactus est actione Serviana. Ideoque ait *l.* 4. & 7. pignori, vel hypothecæ. Nunquam vero dicitur hypothecaria. Et illa hypotheca, cujus possessio ad creditorem pervenit, causam pignoris traditi habet. Datur autem hæc actio pigneratitia possessionis recipiendæ causa, quam non potest debitor sua auctoritate, licet dominus sit, occupare, sicut e contrario creditor rem debitoris pro debito auferre non potest, nisi ex lege hypothecæ, & auctoritate præsidis, *l. pen. hic.* Duo exigimus, pactionem, id est, legem hypothecæ, & præsidis auctoritatem, *l. 3. inf. de pig.* Et ideo in *l. pen. hic*, Græci legunt *citra conventionem, & præsidialem jussionem*: quanquam & sola præsidis jussio aliquando sufficiat: verbi gratia, pignore in causam judicati capto. Nec iis, quæ diximus obstat *l. utique, ff. de damn. inf. & l. pen. ff. in quibus caus. pign. contrah.* Nam illæ leges non loquuntur de ablatione, sed de retentione nominatim. Hypothecam illatam in ædes meas possum retinere: & ita quæ invexit inquilinus in meas ædes, si non solvat pensionem, retineo, & recte præcludo. Ex debitoris ædibus hypothecam auferre, & abducere arbitrio meo non possum. Est necessaria præsidis auctoritas, & actio Serviana. Notandum etiam ex *l. ult. hic*, pigneratitiam actionem dari non tantum soluta pecunia, sed & si per creditorem sit factum, quo minus solveretur: quæ verba sunt edicti de pigneratitia actione, ut ait *l. ult. de luit. pign. l. acceptam, de usur.* Qualia verba sint in edicto de constituta pecunia, *l. si duo, §. ait præt. ff. de const. pec.* Et videntur ea verba in edictis fuisse translatitia. Videtur etiam edicto de pigneratitia actione nominatim cautum, ut periculum pignoris spectet debitorem: hoc significat *l.* 9. in qua jus perpetuum significat edictum perpetuum, ut in *l. 5. inf. de appel.* Quod etiam dicitur forma perpetua, *l. 1. inf. ubi pet. tut.* & jurisdictio perpetua, *sup. de rest. mil. l.* 2. Est etiam notandum ex *d. l. ult. hic*, jam natam pigneratitiam actionem, vel jus luendi pignoris, non tolli præscriptione longi temporis, id est, decennio inter præsentes, vel vicennio inter absentes. Nondum erat inventa præscriptio tricennii, nunc ea inventa ab Imp. Theodosio, & in rempublicam introducta: quæstio est an luitio pignoris tollatur præscriptione tricennii, id est, is, qui cessavit per 30. annos in solvendo debito, an post 30. annos admittatur ad luitionem pignoris? & placet Roger. sententia in dial. de præsc. ut luitio pignoris non tollatur tricennii præscriptione: Nam quod dicitur jus omne tolli ea præscriptione, *l. omnes, inf. de præsc. 30. ann.* id est accipiendum de jure actionis, non de jure luitionis, sive reluitionis. Pigneratitia actio non potest tolli, antequam inceperit: atqui non incipit, antequam debitor pignus luat, & repigneret. Pigneratitia actio has habet conditiones, si est soluta pecunia, aut satisfactum; quibus existentibus existit & ipsa, quibus cessantibus cessat & ipsa. Nec recte quis dixerit eam tolli præscriptione tricennii, quod cum debitor potuerit pignus luere, & ita sibi parere actionem pigneratitiam, id omiserit, & cessaverit per annos 30. Nam & filiofamil. ideo non obstat præscriptio temporis longissimi, quod actionem suam non instituerit, cum tamen id a patre facile impetrare potuerit, *l. 1. §. ult. inf. de annali præscr. Novell. 22. de secund. nupt.* in eo §. quo disputat de lucris nupt. Debitori igitur non debet etiam obstare præscriptio longissimi temporis, quod interim non solve-

A rit; nec enim solutio debiti facilis est. Et hanc Rogerii sentent. sequitur Harmenopulus *lib. 3. tit.* 5. dum ait, creditorem, vel heredem ejus præscriptione longi temporis se tueri non posse, quo minus soluta pecunia pignus reddat. Et adjicit, id est, tricennio, augens significationem longi temporis: quod male quidam latine ita vertunt. At tricennio potest, quod est contra Rogerium. Verum ita Græce est, hoc est tricennio. Sic igitur concludamus: semel natam pigneratitiam actionem soluta pecunia debita non inficiamur eam tolli tricennio, quia omnis actio personalis tollitur tricennio. Jus offerendi & solvendi debiti, reluendique pignoris tricennio non tollitur. Cui datur pigneratitia, vel jus luendi pignoris, ei etiam certum est vindicationem dari: de qua nunc videamus. Con-
B stat eam quoque non tolli præscriptione longi temporis, id est, decem vel 20. quod est in *l.* 10. *hic.* Addamus etiam tricennio eam non tolli, quia creditor pignus depositum pro alieno possidet, non pro suo. Itaque non potest juvari usucapione, vel præscriptione temporis: ita recte Accurs. in *l. pignori, de usur. & usuc.* qua ratione etiam conductor adversus dominum agentem in rem, non potest se tueri possessione 30. vel 40. annorum, *l. 2. de præscrip. 30. ann.* Eadem ratione nec creditor se tuebitur adversus vindicantem dominum. Et sane creditoris possessio, quæ prodest creditori ad præscriptionem, *l. 7. §. sed cum illud, inf. de præscr. 30. ann.* ei nocere non debet, quo minus in rem agat, vel rem ipsam luat: ut autem additur in *l.* 10. debitor, qui rem vindicat a creditore, omissa pigneratitia actio-
C ne, debet probare rei originem, id est, auctoritatem & dominium, quod Accurs. non intellexit. Sic origo accipitur in *l. instrumenta, inf. de fideicomm.* & apud Tertull. in lib. de præscript. *Habeo*, inquit, *origines firmas*. Origo est verbum juris, quo significatur titulus dominii. Si igitur debitor vindicet rem a creditore, debet probare originem. Contra creditor debet probare sortis & pignoris obligationem, seu cum eo in rem agatur, seu ipse agat hypothecaria: quo impleto, id est, probata obligatione, e contrario a debitore exigitur probatio solutionis, ut vincat, vel solutio præsens, aut obligatio, depositio, & oblatio. Et hoc est quod continetur in *l.* 10. Ex qua apparet eam legem non loqui de pigneratitia actione, sed de vindicatione & hypothecaria. Loquitur tamen de exce-
D ptione pigneratitia, dum vindicanti debitori creditor opponit causam pignoris: pigneratitia igitur exceptio est, si agenti in rem creditor objiciat causam pignoris; ita appellatur *l. si quis putans, §. Idem scribit, ff. comm. divid.* Notandum ex *d. l.* 10. pignus solvi non tantum soluto debito, sed eo etiam oblato & deposito: Nam hæc ipsa oblatio & depositio solutio est. Sic appellatur in *l. 9. infra, de solut.* Debet autem debitum offerri præsentibus testibus, congruo loco & tempore. Deponi in æde sacra, vel in urbis tabulario, vel ubi judex arbitratus fuerit, sacculo obsignato signatorum signis, *l. ult. ff. de lege commiss. d. l. acceptum, inf. de usur.* Debitor autem facta eo modo depositione liberatur: pignus liberatur, inhibetur personalis actio, inhibetur hypotheca-
E ria, inhibentur usuræ, inhibetur venditio rei pigneratæ: pecuniæ depositæ periculum creditorem spectat. Hi sunt effectus oblationis & depositionis. Creditori autem datur utilis actio depositi in æditiuum, aut tabularium, aut alium quemlibet depositarium, ut sibi a debitore depositam pecuniam reddat, vel etiam datur utilis vindicatio: aut si debitor rursus eam pecuniam receperit, inque suos usus converterit, dabitur etiam creditori utilis in personam, vel hypothecaria, *l. 2. l. si creditores, & d. l. acceptam.* Debet debitor in oblatione & depositione, quam fecit, perseverare, *l. si ita quis, §. Seja, ff. de verb. obligat.* alioqui creditori actiones restituuntur. Ceterum duo omnino exigimus, oblationem, & consignationem, sive depo-

sitio-

ſitionem ſolemnem. Nam ſola depoſitio non ſufficit, niſi peregre creditor abfuerit, ut non potuerit ei offerri, *d. l. ſi creditrici*. Sola etiam oblatio non ſufficit, etiamſi fiat congruo loco & tempore, ut ſcilicet debitor liberetur, & pignus & uſuræ inhibeantur. Sola oblatio non liberat perſonam, vel rem, nec uſuras inhibet. Sufficit tamen ut periculum pecuniæ debitæ tranſeat in creditorem, etiamſi non ſit depoſita, quia in accipiendo fecit moram. Igitur ſi oblata pecunia pereat, debitor liberatur, ſi non pereat, non liberatur. Quod additur in *l. ult.* oblato, conſignato, & depoſito, ſunt interpretis cujuſdam verba: abſunt ab omnibus veteribus, & ſufficiunt quæ præcedunt, *ſi per creditorem, &c.* id eſt, ſi creditor moram fecerit in accipienda pecunia oblata & depoſita.

AD TITULUM XXV.

DE EXERCIT. ET INSTIT. ACT.

HIC titulus (ut recte Haloander concepit) inſtitoriæ exercitoriam præponit. Idemque eſt ordo in Dig. nos permiſtim de utraque tractabimus, cum fere per omnia ſint ſimiles. Actione exercitoria tenetur navis exercitor ex contractu magiſtri, quem navi impoſuit, qui curam navis mandavit, ſicut inſtitoria tenetur ex contractu inſtitoris, qui inſtitorem tabernæ, vel negotio præpoſuit. Sed hæc, quæ dicitur inſtitoria, nomen habet ab eo, cujus nomine quis tenetur, illa nomen habet ab eo, cum quo agitur magiſtri nomine. Sed & utraque exercitoria & inſtitoria dici poteſt. Nam & qui inſtitorem præponit, eſt exercitor, quia tabernam, vel menſam, aut aliud negotium exercet, *l. habebat, §. ſi duo, & l. ult. ff. de inſt. act.* Et magiſter navis, quaſi inſtitor eſt, quia inſtat navi locandæ, vel mercibus, aut vectoribus conducendis, vel mercibus, aut armamentis navium emendis, vendendiſve, *l. 1. §. magiſtri, ff. de exercit. act.* Et duæ illæ actiones exercitoria & inſtitoria invicem, ſæpe comparantur in Pandect. *tit. de exerc. act. & tit. de inſtitor. & l. 4. hic*, hoc modo. Sicut ſi mulier inſtitorem præpoſuerit, locum habet inſtitoria: ita etiam ſi mulier magiſtrum navi impoſuerit, locum habet actio exercitoria; nec hi caſus pertinent ad Senatuſconſultum Vellejanum, licet illæ actiones ſint acceſſoriæ, quoniam non videntur alieni eſſe contractus, ſed ipſius mulieris, qui ſcilicet habentur cum inſtitore, aut magiſtro a muliere præpoſito. Ex aliis contractibus mulier non obligatur quaſi acceſſio, ex Senatuſconſulto Vellejano: hi non ſunt alieni contractus, ut dixi: Præterea ambæ actiones dantur in ſolidum. Item ambæ referuntur ad omnes contractus, *l. 5. §. proinde, & l. noviſſime, ff. de inſt. act.* Ubi loquens de inſtito. dicit has actiones: nam eſt inſtitoria ex empto, ex mutuo, ex negotiis geſtis. Denique hæc actio omnibus contractibus aptatur, & multas actiones complectitur. Sic in *l. ſi tamen, §. hæ action. ff. de exerc. act.* ubi ponitur elegans differentia inter actionem de peculio, & exercitoriam. Actio de peculio, poſt mortem ſervi, aut ejus venditionem, non durat ultra annum: At hæ actiones, id eſt, exercitoria, perpetuo competit in exercitorem, etſi ſervus, magiſter, vel ſervus, qui navem exercet voluntate domini, deceſſerit, aut alienatus fuerit. Præterea hæ actiones ſunt acceſſoriæ: Nam principalis actio datur in inſtitorem, aut in magiſtrum, ſi liber ſit, *l. 1. §. eſt autem, & l. ſi eum, §. item ſi ſervus, de exercit. act. Paulus 2. Sentent. tit. de inſtit.* Poteſt tamen etiam in exercitorem, id eſt, agi in eum, qui præpoſuit, quaſi in principalem. Et hoc eſt, quod dicitur, ex his cauſis poſſe etiam ei condici directo, *l. ſi inſtitorem, ff. de reb. cred. l. ſi quis mancipiis, §. ult. ff. de inſt. act.* Nunc quæret aliquis, cum hæ actiones ita inter ſe conveniant, & eadem nomina promiſcue uſurpari poſſint, cur ſeparentur, & tituli de his ſeparati ſint? quia ſcilicet præcipua quædam in magiſtris navium ſunt introducta propter utilitatem navigantium, quæ ceſſant in inſtitoribus. Duo proponam, quorum eſt unum: Exercitor non tantum ex contractu magiſtri tenetur, ſed etiam ex ejus contractu, quem magiſter præpoſuit, etiamſi prohibitus fuerit alium præponere: quod non eſt admittendum in inſtitore inſtitoris, idque introduxit utilitas navigantium, *l. 1. §. magiſtrum, ff. de exercit. act.* Alterum eſt ſi filiusf. voluntate patris navem exerceat, ſeu cum ipſo; ſeu cum inſtitore ab eo præpoſito contractum ſit, pater tenetur in ſolidum. Diverſum eſt, ſi filius voluntate patris merces peculiares exerceat: nam tunc ex ejus contractu, vel inſtitoris a filio præpoſiti, pater non tenetur in ſolidum, ſed vocatur in tributum, id eſt, tenetur actione tributoria, *l. 1. §. ſi is qui navem, & §. quanquam, ff. de exercit. act. l. 3. §. ſi filiusf. D. Naut. caupon. ſtab. Paul. 2. Sentent. tit. de exercitor.* Magiſtrum navis Græci ſemper dicunt πιστικὸν, exercitorem autem vocant ſemper ναυκλῆρον, nos nautam, & navicularium, *& tit. naut. caup. ſtabul.* Nautæ accipiuntur pro exercitoribus & naviculariis, *l. 1. naut. caup. ſtab.* Ita definitur exercitor in *l. 1. §. exercitorem, ff. de exercit. act.* ad quem obventiones & reditus omnes navis pertinent, ſeu dominus ſit navis, ſeu eam per averſionem a domino conduxit, in qua *l. 1. §. exercit.* rectiſſime *lib. 53. Baſilic. tit. 1.* Græci ἐν ὁμάδι, id eſt, in univerſum. Qua de re quid eſſet averſio multi dixerunt. Idem illi Græci ad *legem 4. §. ſi per averſionem, de per. & com. rei venditæ*, averſione vendere, quod Gallice *en bloc, & en taſche*, interpretantur, ἐν κόττω, id eſt, veluti alea quadam. Valentin. Imp. in *Novell. de rel. poſſeſſion.* dixit in aggere, id eſt, averſione, quia hæc venditio fit, quaſi ab averſis, id eſt, parum attente rem conſiderantibus, non ſubtiliter ſingula quæque æſtimantibus. Plutar. in Iſocrat. eleganter dixit, ἀθρόα τὰ φορτία πεπρᾶσθαι; cui opponit κοτυλίζειν, τεμαχίζειν, id eſt, cum per partes ſingulas & vendimus, cum non fit averſio, ſed fiunt rerum τέμαχοι. Gallice *en detail.* Igitur ſeu exercitor ſit dominus navis, ſeu averſione navem conduxerit in univerſum, eſt exercitor, & hac actione tenetur ex contractu magiſtri. Dixi eum appellari etiam nautam in eo tit. Verum alias plerunque ſunt nautæ, qui navis navigandæ cauſa in navi ſunt, ut remiges meſonautæ. Ex eorum contractu exercitor non tenetur, ſed tantum ex ſuo contractu, vel magiſtri; ex delicto tamen nautarum tenetur. Ideo autem non tenetur ex contractu eorum, quia non huic rei præponuntur. Item ex recepto non tenetur .i. ſi quid nautæ ſalvum fore vectori receperint, niſi eis quid committi permiſerit. At ex eorum delicto tenetur, quia ipſe eos eligit, nec debet uti opera malorum hominum. Itaque ſi quid deliquerint, præſtat eorum factum, *tit. naut. cap. ſtabul.* in quo titulo proponuntur duæ actiones in exercitorem. Una eſt de recepto, quæ dicitur in factum in ſimplum, ſi quid exercitor, vel magiſter ſalvum fore receperit, ut reſtituat, in qua venit etiam leviſſima culpa. Altera eſt actio in factum ex delicto nautarum, & ex quaſi delicto exercitoris, qui videtur quaſi delinquere, quod improbis nautis utatur. In hac actione ex delicto, vel quaſi delicto, quæ eſt in duplum, non venit factum vectorum, id eſt, ἐπιβάτων: in illa de recepto venit factum vectorum, id eſt, ſi quid deliquerint vectores, exercitor non tenetur, niſi recepti nomine, id eſt, ſi quid ſalvum fore receperit, exercitores tenentur, etiamſi vectores id ſurripuerint. At ſi vectores ſurripuerint, quod exercitor ſalvum fore non recepit, exercitor non tenetur. At ſi id nautæ ſurripuerint, tenetur, quia vectores non eligit ipſe ſicut nautas; & ideo nautarum factum præſtat, non vectorum, niſi id ſalvum fore receperit. Ita diſtinctis actionibus eſt concilianda *l. 1. §. ult. & l. 2. naut. caup. ſtab. cum l. 1. §. ult. D. fur. adv. naut. caup.* Eadem etiam diſtin-

ctio

ctio est adhibenda, cum quæritur, an exercitor servi nomine, qui quid surripuit in navi, teneatur actione noxali, vel an liberetur, noxæ dedendo servum. Nam si id salvum fore receperit, cessat noxalis, & tenetur in solidum; *l.1. §. item si servus, ff.naut. caup. stab.* si non recepit salvum fore, locum habet noxalis, nec tenetur in solidum si dedere sit paratus, *l.1. §. servi, fur. adv. naut. &c. l. ult. §. servorum, D. naut. caup. stabul.* Ex quo intelligitur, aliam esse rationem vectorum, quia hi non eliguntur, sed obvii quique admittuntur quos sors dat, aliam nautarum, qui eliguntur judicio exercitoris, aut magistri: aliam servorum, quibus utimur necessario quasi malo domestico, & non eliguntur. At quæritur nunc an exercitor actione exercitoria teneatur si magister navis mutuam pecuniam sumpserit? Constat exercitorem non teneri ex omni contractu, sed ejus tantum rei nomine, cui magistrum præposuit; potest præpositioni legem dicere, quam vult. Igitur si in eam rem magister, qui est præpositus, mutuam pecuniam sumpserit, ut in armamenta emenda, si his emendis sit præpositus, exercitor tenetur; alioqui non tenetur si in alium usum magister pecuniam sit mutuatus, *l.1. §. non autem, & §. quid si mutuam, de exercit. act.* Idem locum omnino habet in actione institoria. Magister est institor, qui præponitur navi, πιστικός. Institor autem in titulo *de instit. act.* est, qui præponitur tabernæ, id est, ergasterio, vel cuilibet negotiationi, *l. 1. in princ. de exerc. act.* in l. 1. hujus tit. ait, officio vel negotiationi: ubi officio, id est, officinæ seu tabernæ, non tamen tenetur ex omni causa, qui exercet tabernam, sicut qui exercet navem, sed ut ait *l. 2. hic, & l.3.* ex ejus negotii causa, quæ per eum exercetur: Nam si in eam causam institor mutuam pecuniam sumpserit, proculdubio exercitor tabernæ tenebitur, non aliter: videtur permittere, ut in eam causam mutuam pecuniam sumat, cum ei eum præponit: ideo tenetur ex mutuo: alioqui non tenetur, nisi de peculio, vel in rem verso, si institor sit filiusfam. vel servus, *l. 1. & 2.* Quod si mandavi specialiter libero homini, vel servo, ut mutuam pecuniam a Titio acciperet, hic mandatarius non est proprie institor, quia nec tabernæ, nec certæ negotiationi præficitur, sed specialiter ei mandatur, ut mutuam pecuniam a Titio accipiat; sed est quasi institor, & ideo creditori in eum, qui mandavit, competit quasi institoria actio, *l. 5. hic.* Diximus in *l.13. sup. si cert.pet.* Idem est si quis specialiter alteri mandaverit, ut rem aliquam venderet. Nam hoc casu etiam emptori datur quasi institoria, si id ille mandaverit libero homini, vel servo suo, *l.ult. hic, l.Julianus, §. si procurator, de act. empt.* Si creditori jusserit ut crederet, id est, si id se velle creditori dixerit, vel etiam jusserit, ut emeret a servo suo, tunc tenebitur actione quod jussu. At si nil illi dixerit, sed simpliciter servum jusserit mutuam pecuniam accipere, vel rem vendere, non tenetur quod jussu, sed quasi institoria in solidum.

AD TITULUM XXVI.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE est, negot. gestum esse dicetur, vel de peculio, seu quod jussu, vel de in rem verso.

VERBA sunt edicti prætoris, ut constat ex *l. 1. de peculio*. Prætor hac parte pollicetur triplicem actionem in patrem, vel dominum ex negotio gesto cum filiofam. vel servo, non ex delicto. Actiones sunt hæ, de peculio, quod jussu, de in rem verso. Tentari potest patrem pro filiofam. conveniri in solidum, sed condemnationem fieri in peculium tantum, vel in id quod in patrimonium patris versum est, *l. si servus, §. ult. de action. emp.* Et ob id in actione de peculio tempus rei judicatæ spectatur, id est, in condemnatione peculii ratio habetur, non litis contestatæ, quia ab initio in solidum est actio, *l.quæsitum, ff. de pec.* De actione quod jussu, constat eam esse in solidum, & ex ea sequi in solidum condemnationem, & directo agitur in patrem, qui jussit, quasi in reum principalem. Adjecit etiam prætor, in eum, qui emancipatus, vel exheredatus erit, *l.2. eod.* qua parte prætor actionem pollicetur in id quod facere potest filius sui juris effectus. De qua parte agitur in *l. 2. & 8. hic.* Itaque hic quatuor actiones proponuntur.

Ad L. I. Cum filiusfamilias *tutor, aut curator datur, pater tutelæ, vel negotiorum gestorum judicio de peculio, & de in rem verso conveniendus est, Quod si voluntate ejus filius decurio sit creatus, & a Magistratibus tutor constitutus: pater in solidum satisfacere cogitur: cum id onus exemplo ceterorum munerum civilium introductum intelligatur.*

LEx 1. pertinet ad actionem de peculio, & de in rem verso. Filiusfamil. potest esse tutor vel curator: in tutorem datur tutelæ actio: in curatorem negotiorum gestorum. Iisdem actionibus tenetur pater de peculio, vel de in rem verso, videlicet si non agnoverit tutelam a filio administratam: Nam si agnoverit, in solidum tenetur, *l.si filius, ff.de tut.* & adiicit ea l.patrem videri agnovisse tutelam, quam gerit filius, si filio gerenti consenserit: quod videtur pugnare cum *l.Lucius, de administr. tut.* quæ l. aperte negat, patrem teneri in solidum, licet eo sciente & consentiente filius tutelam gesserit. Male Accursius & contra tenorem earum ll. differentiam statuit inter tutelam testamentariam, & dativam: Et putat, patrem non teneri in solidum, si agnoverit tutelam testamentariam, quam filius gerit, quod est contra fidem *l. Lucius*. Dicendum potius est, consensus nomen esse ambiguum. Nam vel taciturnitatem significat, vel voluntatem expressam. Si filius tutelam gerat tacente patre, & sciente, sive non contradicente, pater in solidum non tenetur, *ut in l. Lucius.* Imo vero etsi pater filium admoneat, ut bene susceptam tutelam gerat, ob id pater in solidum non tenetur, *d. l. si filius, in fine*. At si pater filio tutelam gerenti consentiat nominatim, periculum in se quodammodo recipiendo, tum plane tenetur in solidum pupillo: idque ita proponitur in *d. l. si filius, & l. Lucius, in fin.* Rursus vero *d.l. si filius* ait, patrem videri agnovisse tutelam, quam filius gerit, & ideo teneri in solidum, si eam ipse attrectaverit: cui opponitur *l. mandasti, ff. de negot. gest.* Idque eodem, quo superius, modo diluendum est. Nam ut consentire, ita & tutelam attingere dupliciter accipitur: vel enim pater tutelam attingit, quasi gerens rem filii forte segnioris; & tum pater pupillo tenetur tantum de peculio, vel de in rem verso: vel tutelam attingit, quasi rem pupilli gerens, & tum pupillo obligatur in solidum, *d. l. mandasti*: hæc sunt quæ pertinent ad primam partem hujus l. Ad secundam partem hæc pertinent. Si filiusfamil. sit decurio factus patris consensu, pater in solidum obligatur omnibus civilibus muneribus, ut fidejussor pro filio, id est, videtur fidejubere pro filio, quem decurionem facit, vel fieri patitur suo consensu, rem scilicet publicam salvam fore repromittit. Igitur obligatur reipublicæ, non aliis, *l. 1. inf. de decurionibus, l. filius, ff. de administrat. rer. ad civ. pertinent.* Et hoc casu taciturnitatem patris pro consensu accipimus. Pater, qui tacet, consentit, *l. honores, §. ult. D. de decurion. l.2. D. ad Municip.* Hoc exemplo declaramus. Filius factus est decurio consensu patris, id est, senator cujusdam civitatis, tacente, id est, consentiente patre; postea ille filius decurio factus, creatus est curator rei frumentariæ, & reliqua quædam contraxit, id est, debere aliquid cœpit Reipublicæ ex ea causa: hoc casu pater pro filio Reipublicæ tenetur in solidum, quasi fidejus-

dejussor. Idem est, si ille filius, quem pater decurionem fecit, aut fieri passus est, decreto ordinis tutor datus sit. Nam pater tenetur in solidum, non quidem pupillo, cujus tutela gesta est, sed reipubl. seu curiæ, ut scilicet indemnitatem præstet reipublicæ. Nam hoc casu curia tenetur pupillo actione in factum subsidiaria, ex S. C. quod Trajani auctoritate factum est, *l. pen. de magistr. conveniend.* At quæritur, quid sit dicendum si illum filium ordo tutorem non dederit, sed magistratus municipales, id est, duumviri. An & hoc casu pater tenebitur in solidum? & hæc l. 1. in 2. parte, hoc etiam casu dicit teneri patrem in solidum. Nam ponit, filium tutorem datum a magistratibus, id est, duumviris, & ob id teneri patrem in solidum, quod consenserit ad filii decurionatum. Id vero falsum videtur: Nam primo pater non tenetur in solidum pupillo ex illo consensu, quia rempubl. salvam fore cavisse intelligitur, non rem pupilli. Non tenetur etiam reipubl. in solidum, quia reipublicæ nil ob eam causam interest, nec enim respublica tenetur actione subsidiaria pupillo, sed magistratus, qui dedit tutorem, *l. 1. in princ. de magistrat. conven.* eadem ratione filius factus decurio consensu patris, si datus sit tutor a præside, non ab ordine, aut duumviris, pater non tenetur in solidum. Item si ille filius, quem pater fecit decurionem, fiat duumvir, & minus idoneum tutorem pupillis dederit, vel a datis tutoribus satis non exegerit rem pupilli salvam fore, vel si in eis dandis fuerit negligens: His omnibus casibus ejus pater, licet consenserit ad filii decurionatum, nec pupillo tenetur, quia consentiendo decurionatui non videtur cavere pupillis: nec etiam reipublicæ tenetur, cujus nil interest pecuniariter, id est, res pecuniaria, quæ pertinet ad curiam, vel civitatem non ob id minuitur, *l. 3. §. ult. Dig. de pecul. l. 2. §. penult. Dig. ad Municip. l. 1. §. ult. D. de magist. conv.* Ex his vero sequitur, sententiam hujus legis consistere non posse, nisi ponamus tutore illo filio dato a magistratibus municipalibus, rempubl. sive curiam periculum in se recepisse, ut *l. 1. §. 1. ff. de magistrat. con.* Cum magistratus municipalis tutorem eum dedit periculo & fide curiæ, pater reipubl. tenetur in solidum, non tantum si consenserit ad decurionatum filii, sed si consenserit ad illam duntaxat tutelam, *l. ult. inf. de filiisfam. & quemadm. &c. lib.* 10. Et (ut diximus initio) his casibus omnibus taciturnitas consensum imitatur: alias dissensum, ut priori quæstione. Summa hæc est. Taciturnitas patrem in solidum pupillo non obligat: taciturnitas patrem reipubl. in solidum obligat. Est etiam in hoc tractatu pugna quædam *l. spurii, §. pater, ff. de decur.* cum *l. 2. inf. de filiisfam. & quemad. pat.* una lex ait, filio nominato ad decurionatum, vel ad munus civile, patrem videri consentire, si appellaverit; quia appellando indicat rem ad se pertinere, & sua interesse. Alter vero negat patrem appellantem videri consentire. Sic res explicanda est: Si filiusfam. nominetur ad decurionatum, ne pater teneatur in solidum, satis est patrem contrariam voluntatem contestari, se invito creari filium decurionem, nec habet necesse appellare, *l. ult. de filiisfamil. & quemad. pat. &c.* At si pater appellaverit, cum id necesse non esset: hoc facto sibi præjudicat, & in periculum civilium munerum incidit, quasi pro filio fidejussor; videlicet si sententiam appellationis pertulerit, & victus sit. Et ita loquitur *l.* 2. At si causam appellationis non peregerit, & sententiam non pertulerit, sed præscriptione temporis sit exclusus, ut quia solemnia appellationis non implevit intra præfinita tempora, hoc casu, quia etiam necesse non habuit appellare, omnia perinde servantur atque si non appellasset; & ideo si pater ante fuerat contestatus contrariam voluntatem: huic contestationi appellatio nil præjudicabit, quæ omissa est: & ita proponitur in d. §. patri.

Ad L. II. Ejus rei nomine, *de qua cum filiofamil. contractum est, sive sua voluntate, sive ejus, cujus potestate fuit, sive in peculium ipsius, sive in rem patris ea pecunia redacta est, si paterna hereditate abstinuit, actionem, nisi in id, quod facere possit, non dari, perpetui edicti interpretatione declaratum est.*

LEx 2. pertinet ad actionem illam, quæ datur in id, quod facere potest filius de eo, quod gessit, cum esset in potestate patris: filiusfamilias ex omnibus fere casis in solidum obligatur, convenitur, & condemnatur; excepta causa mutui, propter Senatusconsultum Macedonianum, & aliis quibusdam. Et nisi satisfaciat, carcere coercetur. Et hoc vetus jus ut improbi debitores carcere coerceantur, etsi contrahentes de illo nil caverint, si non satisfaciant, in carcerem coniiciuntur, *l. 1. inf. qui bonis ced. poss.* At quæritur nunc, an filius post emancipationem, vel post mortem patris sui juris effectus, teneatur etiam in solidum ob ea, quæ gessit in familia patris? Et ex delictis quidem tenetur, & condemnatur in solidum, *l. 4. §. quamquam, ff. quod cum eo, &c.* Ex contractibus etiam tenetur in solidum, *l. penult. ff. quod cum eo*, tenetur inquam: sed interdum causa cognita non condemnatur in solidum, sed in tantum quod facere potest ex prætoris edicto, *l. exheredatum, ff. de re judic. l. 8. hic, l. si dubitet, §. ult. de fidejuss. l. 3. §. sed utrum, D. de minor.* ut puta si filius non multo post emancipationem conveniatur, damnabitur tantum in id quod facere poterit: Si rem non possit præstare, non condemnabitur, *d. l. 4. §. pen. D. eod.* Filius emancipatus propriam familiam incipit habere, quam dum constituit, & disponit, ne ære alieno opprimatur, prætor benigne creditorum actiones ad id, quod facere potest coercet causa cognita: multo post emancipationem si cum eo agatur, in solidum condemnabitur: sed si statim cum eo agatur, non nisi pro modo facultatum. Idem etiam fit, si filius morte patris sui juris fiat, & sit a patre exheredatus, vel etiam si hereditas ad eum non pervenerit, ut si se abstinuerit patris hereditate, vel si minima quædam pars pervenerit, *d. l. 4.* Et hoc ait hæc lex 2. hujus tituli declarari interpretatione edicti perpetui, id est sermone, & forma, & tenore: quo sensu Græci utuntur verbo ἑρμηνείας. Nam verba hujus legis 2. sunt verba edicti, ut constat *ex l. 2. D. eod.* Idque edictum locum habet seu filius sui fiat juris capitis deminutione, ut emancipatione: seu absque capitis deminutione, ut morte patris, sacerdotio, aut dignitate. Videtur etiam edicto esse locus si filius sui juris non fiat, *d. leg.* 2. Hæc verba significant, vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit. Id tamen est contra prætoris propositum, qui illo edicto subveniri tantum voluit sui juris effectis, novamque familiam inchoantibus. At eis verbis, quæ proposui, significatur aperte, etiam filio in adoptionem dato subveniri mortuo patre naturali, qui tamen non fit sui juris, datione illa in adoptionem; & morte deinde patris naturalis sequuta: manet enim in potestate patris adoptivi. At filius in adoptionem datus, mortuo postea patre adoptivo, fit plane sui juris, nec recidit in potestatem patris naturalis, qui eum in adoptionem dedit, nec desinit esse in familia patris adoptivi eo mortuo, *l. utrum, ff. de bon. poss. contra tabul.* Et ita omnino videtur legendum in *d. l.* 2. Non est illud omittendum, in filium emancipatum, aut in adoptionem datum, actionem restitui in eos ex edicto de capite minutis, quia videtur extincta capitis deminutione: opus igitur est restitutione, quia sunt novi homines. At in eum, qui morte patris, vel alias sine deminutione sui juris est factus, actio non restituitur, sed eadem actio directa permanet: quia status non mutatur: nam licet sui juris fiat, tamen familia defuncti permanere dicitur.

Ad L. III. Etiamsi non mandante, *neq; jubente, neq; subscribente*

bente domina, pecuniam mutuam servo Priscæ dedisti; A *tamen ea quantitas si in rem dominæ ejus, justis erogationibus versa est, de in rem verso apud suum judicem eam conveni, consecuturus secundum juris formam id, quod tibi deberi apparuerit.*

Ad L. IV. Si ex contractu, *patris jussu, ejus mutuam pecuniam accepisti, teque ejus hereditate abstines, frustra vereris, ne a creditoribus ejus conveniaris.*

PErtinet tertia lex ad actionem de in rem verso: quarta ad actionem quod jussu. Finge: Filius mutuam sumpsit pecuniam patris injussu, & justis erogationibus in rem patris convertit. Hoc casu cessat actio quod jussu, & competit de in rem verso in patrem. Justis erogationibus, id est, agrum colendo, domum fulciendo, servos paternos vestiendo, creditori paterno B solvendo. Voluptuariæ erogationes patri non imputantur, *l.3. §.proinde, ff. de in rem verso.* Dupliciter autem agitur de in rem verso: Nam vel hac sola actione de in rem verso agitur, vel agitur de peculio adjecta, aut intellecta clausula *de in rem verso*: idque constat ex *l.1.& l.filiusfamilias, de in rem verso, l.2. D.quando de pecul. &c. l.2. §.apud Julianum, D.de hered. vend. §.licet, Instit. quod cum eo.* At ut hoc intelligatur, sciendum est, patrem non teneri de in rem verso, nisi filius principaliter gerens negotium patris, ea mente ut sibi patrem obliget, eum reddiderit locupletiorem. Eo pertinet totus titulus *de in rem verso.* Sic quoque accipiendum est, quod dicit Paulus 2. *Sent. tit. de in rem verso.* Actionem de in rem verso dari, si ob eam causam pecunia sit data: & ibi *data* passive accipitur C pro accepta. Nam non est necesse a creditore dari ob eam causam, sed ut pater teneatur de in rem verso, necesse est a filio ob eam causam pecuniam accipi, & erogari, *l.1.in fi. l.& ideo, §.pen. & ult. si res, §.1. de in rem vers.* Igitur si filius suum negotium gerens, principaliter gerens, vel etiam nullum omnino negotium gerens, locupletiorem patrem reddiderit, non est in rem versum, ut sit actio de in rem verso: quia filius patrem noluit obligare, nec eo nomine pater filio obligatur naturaliter. At si negotium patris gerens eum fecerit locupletiorem, ob id pater filio naturaliter obligatur, *l.si pro patre, §.versum, & §.si domini, de in rem verso.* Qua ratione, id quod versum est in rem patris, in peculium imputatur. Nam quodcunque pater debet filio, in peculium imputatur, *l.quam Tuberonis, §.in peculio, ff.de pecul.* Id autem, quod convertit filius in rem patris, pa- D ter debet filio, & debere dicitur in *l.si pro patre, §.1. & l.si in rem, de in rem verso.* Ex quo liquet actioni de peculio inesse actionem de in rem verso, & ut Justinianus ait in *§.licet, Instit. quod cum eo,* unam esse actionem de peculio, & de in rem verso: qui agit de peculio, agit etiam de in rem verso: quod enim in rem versum est, in peculio est. Tunc igitur tantum necessaria actio de in rem verso, cum deficit actio de peculio, puta si peculium sit ademptum, *l.si in rem, & l.filiusfamil. & l.1. de in rem verso.* Nunc de actione *quod jussu* videamus, quæ non jungitur actioni de peculio, sed ejus est separata ratio, *l.4. §.ult. ff. quod jussu.* Nunc sic dico: Si pater jubeat filium accipere mutuam pecuniam, pater tenetur utili actione institoria, & cessat quod jussu, E *l.pen. & ult. sup. tit.proximo.* Sed si pater jubeat creditorem dare filio pecuniam, tunc competit solum actio quod jussu: cum pater loquitur cum creditore ipso. Recte ita ex veteribus Pyleus intellexit: idemque est, si pater creditori mandaverit, ut filio pecuniam crederet: item si rem gestam ratam habuerit: ratihabitio mandato comparatur. Idem est, si pater subscripserit filii chirographo: subscriptio jusso comparatur, *l.1. ff.quod jussu, l.3.hic.* At quid dicemus, si pater contraxerit, non filius? si pater non jusserit contrahi cum filio, sed ex suo contractu filio pecuniam numerari jusserit, an competet actio quod jussu? Placet hoc casu cessare actionem quod jussu, cui nunquam est locus, nisi filius ipse contraxerit: Et hoc casu actionem directam in patrem competere, *l.ult. ff.quod jussu.* Filiusfamilias autem eo casu suo nomine nullo modo obligatur, *l.4. hic,* nisi hereditario nomine. Quid item dicemus, si pater pro filio fidejusserit, an competit actio quod jussu? Et placet hoc etiam casu actionem quod jussu non competere, sed teneri ex stipulatu, *l.1.quid ergo, ff.quod jussu, l.si domina, ff.ad Vellejan.* Et ostenditur ratio in ea l.1. quia ut extraneus intercessit, non ut pater: At cum jubet, vel mandat cum filio contrahi, facit ut pater (nempe pro auctoritate & imperio, quod habet in filium) jubet, hoc modo, illi credas. Fidejussio non habet speciem auctoritatis. Itaque cum pater fidejubet, id non facit ut pater, sed ut extraneus. At utrumque est accessio, & qui jubet, & qui fidejubet, *l.si servum, §.an & filius, ff. de verb.oblig.* Qui jubet, tenetur quod jussu: qui fidejubet, non item, sed ex stipulatu. Nunc quæres, quod sit discrimen inter jussum & mandatum, quæ duo actionem quod jussu pariunt. Discrimen est in eo, quod jubere etiam dicitur is, qui monet ut contrahat creditor cum filio: non etiam mandat. Jubere est interdum precarium verbum, & optativum, & monitorium, *l.si servus, D. de neg.gestis.* At si pater filium commendet alteri, hoc modo neque jubet, neque mandat quicquam, *l.ult. hic, l.si vero non remunerandi, §.cum quidam, ff. mand.* Itaque ex commendatoria epistola pater non obligatur: ex admonitione obligatur, si monuerit alterum, ut cum filio contraheret: Item differentia est, quod ex jussu obligatur tantum pater, vel dominus, ex mandato quilibet. Præterea si pater mandet cum filio contrahi, an tenetur mandati? Id mandat ut pater, pro auctoritate quam habet in filium: ideo non tenetur mandati, sed quod jussu. Verum si constet eum ita mandare non ut patrem, sed ut extraneum, in rem suam forte, tum tenebitur mandati, non quod jussu, exemplo fidejussoris: quia ut extraneus intercedit, *l.si tibi, ff.mand.* Similiter, si pater subscripserit chirographo filii ut pater, tenetur quod jussu: si ut fidejussor subscripserit fidejubendi animo, nec tenetur quod jussu, quia non intercessit ut pater: nec etiam ex stipulatu tenetur, quia deficit stipulatio. Subscriptio non est stipulatio, *l.14. sup.si cert. pet.* Postremo illud non est omittendum ex *l.ult.* hujus tit. patrem etiam teneri quod jussu, vel dominum, non tantum si servo, aut filio credi pecuniam jusserit, sed etiam si jusserit pecuniam credi suis hominibus, id est, conditionalibus; veluti adscriptitio colono vel inquilino, aut prædiorum actori, aut procuratori, licet liberi censeantur. Hi dicuntur nostri homines, licet non sint servi, & eorum conditio dicitur a veteribus *hominium,* inde *hommage.* Ergo etiam liberorum hominum nomine tenemur quod jussu, si sint nostri homines. At si eis personis, non jubente domino, pecunia sit credita, nec dominus in solidum tenetur, nec ipsi ex mutuo obligantur; & hac in re servis comparantur, *l. ult.* Sed dominus tenetur de peculio, si nil debeant domino: Nam peculium non intelligitur nisi eo deducto quod domino debetur. Tenetur autem directo servi nomine, utiliter aliorum nomine: Nam non tantum servi, sed etiam hi homines peculium habent, pro cujus quantitate dominus tenetur: tenentur etiam fidejussores, si quis eis pecuniam crediderit accepto fidejussore. Nam ex mutuo naturaliter obligantur, *l. ult. h.t.* Et conjungenda *l.ult. inf. si aliena res pign. data, l.1. sup. ne lic. potent. & l.1. sup. de proh. seq.pec.* quæ omnes eandem habent subscriptionem & inscriptionem: sunt partes edicti cujusdam Honorii & Theodosii Impp. quod edictum pertinebat ad creditam pecuniam, & ad actiones si certum petatur, ut *l.1. ne lic pet. & tit. de proh. sequest. pec. & l. ult. si aliena res pign. data sit:* hoc adjicias huic legi, ut homines nostri, veluti adscriptitii coloni & censiti, non possint contrahere pignoris obligationem nobis invitis, quod etiam de servo traditur *l. 6. & 9.* Igitur hæc sit conclu-

sio:

sio: Sicut servi & homines nostri, ad nos pertinentes, qui Græcis dicuntur προσήκοντες, invitis nobis ac ignorantibus, non contrahunt obligationem mutui, nisi pro modo peculii, qua actione nos tenemur: ita etiam non contrahunt pignoris obligationem.

Ad L. V. Nulla res prohibet *filiosfamilias, si pro aliis majores viginti quinque annis fidejusserint, actione competenti adversus eos teneri. Sed duntaxat de peculio tecum agatur, defensionibus, si quæ tibi competunt, uteris.*

PErtinet ad actionem de peculio. Filiusfamilias, qui pro alio fidejusserit, in solidum suo nomine tenetur: Pater autem ejus tenetur duntaxat de peculio, nisi, ait lex, aliquas defensiones habeat. Id ostendemus exemplis, quibus pater se tueri possit adversus actionem de peculio. Primum est, si filiofam. sine dolo malo peculium ademerit: Item, si morte filii, vel emancipatione exstinctum sit peculium, & utilis annus præterierit, *l. 1. de in rem verso*. His casibus non est actio de peculio. Item, si plus debeat patri filius, quam sit in peculio, vel si tantundem, *l. pen. hic*. Nam peculium semper intelligitur deducto eo, quod patri debetur, vel domino. Ideo Græci peculium ita definiunt. Peculium est naturalis substantia concessa filiofam. vel servo voluntate patris, vel domini, deductis debitis naturalibus, paternis puta, & dominicis. Et recte adjiciunt, ideo se peculium definire οὐσίαν φυσικὴν, naturalem substantiam, quod jure civili filius, vel servus proprium nil habere intelligatur. At permittente patre, vel domino contrahendi peculii potestas datur naturaliter: quod etiam illis & voluntate patris, vel domini adimitur: idque confirmant multæ ll. in tit. de pecul. Videtur etiam recepta fuisse hæc defensio, si res, de qua agitur, in peculium conversa non sit, l. 11. *hic*. Facit & ad aliquid *l. 2. hic, & l. 2. ff. eod.* Verum non est ita: hæc defensio non est legitima, nisi certis casibus. Est igitur actio de peculio, etiamsi res non sit versa in peculium, exceptis casibus quibusdam: ex l. 11. datur actio peculii in id, quod in peculium versum est, non tamen ex eo concludendum est non dari ex eo, quod in peculium versum non est. Nego, etiamsi quodam loco, ut *l. 11.* secundum speciem propositam, tradatur, actionem de peculio dari in id, quod in peculium conversum est. Non ideo semper exigimus, ut sit locus actioni de peculio, rem conversam esse. Excipiuntur certi casus, ut si impuberis nomine agatur, vel servi, vel filii, *l. si cum impubere, ff. de pecul.* idque optima ratione. Pater impuberis nomine non tenetur de peculio, nisi sit res versa in peculium: quoniam ipse etiam impubes non tenetur, nisi quatenus locupletior est factus, civili, vel naturali jure. Ubi filius, vel servus non obligantur naturaliter, nec pater, vel dominus de peculio tenentur. Ideo si pro alio servus intervenerit, vel compromiserit in arbitrum, non tenetur de peculio dominus, cum nec naturaliter obligetur servus, ut dixi in *tit. an servus ex suo facto*. At impubes filius, vel servus non tenentur naturaliter, ultra quam factus sit locupletior. Ergo nec pater supra id tenetur. Item excipitur hic casus, si agatur cum patre condictione furtiva, aut rerum amot. *l. 3. §. ex furtivo, ff. de pec. l. servus quem, ff. de action. emp.* Item si repetatur quod filius, vel servus alea vicit: nam quod quis vicit alea, ejus repetitio est ex edicto *de aleator*. At non erit repetitio adversus patrem, cum alea quid filius vicit, nisi quatenus id versum erit in peculium, *l. ult. ff. de aleatoribus*. Sicut non erit condictio furtiva adversus patrem, nisi res furtiva versa sit in peculium; & si pars sit versa, pro parte tantum erit actio: ratio est, quia hæ tres actiones, rerum amotarum, condictio furtiva, de alea, videntur esse ex maleficio. Id dixi in titulo de condictione furtiva. Idem est in actione rerum amotarum, quia illa amotio furto est proxima: sed res tristis mitigatur verbo. Item actio de alea videtur esse ex maleficio, cum sit vetita legibus, & non leve crimen, ut appellat Ovidius: & olim in aleatores fuit actio quadrupli, ut ait Ascon. in Divinat. & turpe nomen aleatorum. *Marcel. lib. 28.* Sunt igitur hæ actiones ex maleficio: at ex maleficio non datur actio de peculio. Rursus proprie non videntur esse ex maleficio, quia rem persequuntur, non pœnam. Et ideo etiam non sunt noxales. An igitur iis actionibus dicemus patrem non teneri, nec de peculio, nec noxaliter? Non: sed mediam quandam sententiam adsumemus, patrem teneri de peculio, non in solidum peculium, sed quatenus ex ea re locupletius factum est peculium.

Ad L. VI. Si servus tuus sine permissu *tuo, accepta pecunia mutua, in usurarum vicem habitandi facultatem creditori concessit: nullo jure adversarius tuus hospitium ex hac causa sibi vindicat, cum te servi factum non obligaverit: & ingrediens rem tuam, contra vim ejus auctoritate competentis judicis protegeris.*

PErtinet l. 6. quodammodo ad actionem quod jussu. Ex jussu obligatur pater, vel dominus. Obligantur quoque eorum bona pignoris jure, *l. 9. hic*. At si jussus patris, vel domini non intervenerit, nec patrem filius obligat in solidum, aut ejus bona, nec servus dominum, nec bona ejus. Et ideo, ut hic proponitur, si mutua pecunia accepta, servus creditori concesserit in ἀντίχρησιν ædes domini sine jussu, sive permissu domini, nulla est ἀντίχρησις, nulla actio hypothecaria, vel in factum, nulla pignoris retentio. Et si dominus ingrediens ædes, per vim a creditore impediatur, ei subvenietur momenti beneficio, vel interdicto uti possidetis. Idemque in hominibus nostris, veluti colonis. Nam homines etiam nostri, sine jussu nostro pignoris obligationem non contrahunt; & si forte pater filio pecuniam credi jusserit, vel dominus servo, non ideo videtur permisisse pignoris obligationem, *l. dominum, D. quod jussu*: eam enim permitti oportet nominatim. Sed opponitur *l. si permittente, inf. ad Maced.* ubi filius rem patris pignori posuit sine voluntate patris, & pignus valet. Verum hoc ideo (quæ est ultima Accursii traditio in hac l. & vera) quia hic filius postea patri successit; successione pignus conciliatur. Item opponitur *l. 9.* ubi ponendum est, jussu patris non tantum filiofamil. datam pecuniam a creditore cum usuris conventis, sed etiam acceptum pignus, non invito patre. At quid dicemus, si filius habuerit liberam peculii administrationem? an poterit rem peculiarem pignori obligare patre invito, aut inscio? Constat posse ex *l. si convenerit 2. §. ult. de pign. act.* nam alienare etiam potest. Quod alienari potest, etiam pignori obligari potest: Idque si exigat negotiorum administratio, aut peculii, non donandi animo, aut diminuendi. Nam donandi animo, vel diminuendi eam non potest alienare, vel pignori obligare, *l. 1. §. 1. ff. quæ res pign. obl. poss.* Eademque servantur in procuratore, qui habet liberam administrationem omnium bonorum: etiam in tutore, de quo diximus in *tit. de reb. cred. sup. in l. 4.* Huc etiam pertinet *l. 10. hic*, cujus sententia est: Servus, qui habet liberam peculii administrationem, jure vendit rem peculiarem, exigentibus negotiis peculiaribus, & dominus eum contractum infirmare non potest. At servus, qui non habet liberam administrationem, injussu domini recte rem peculiarem non vendit, & si vendat, nulla est alienatio, injustus titulus inde paratur emptori. Præterea emptor sciens conditionem venditoris malæ fidei est emptor, imo fur habetur, si rem mobilem a servo emerit, quem sciebat non habere vendendi facultatem: At si rem immobilem emerit, eam non retinebit, nec usucapiet per præscriptionem longi temporis, id est, 10. vel 20. annor: Itaque, ut qui sunt in nostra potestate jure contrahant pignus, vel mutent dominium rerum nostrarum, necesse est, vel ut specialem voluntatem habeant, vel liberam peculii

admi-

administrationem, & ut id non faciant diminuendi, vel donandi animo.

Ad L. VII. Ei, qui servo alieno *dat pecuniam mutuam, quandiu superest servus, item post mortem ejus, intra annum de peculio in dominum competere actionem: vel si in rem domini versa sit hæc quantitas, post annum etiam esse honorariam actionem, non est ambigui juris. Quapropter si quidem in rem domini pecunia versa est: heredes ejus convenire potes de ea summa, quæ in rem ipsius processit. Si vero hoc probari non potuerit: consequens est, ut superstite quidem servo dominum de peculio convenias: vel si jam servus rebus humanis exemptus est, vel distractus, seu manumissus, nec annus excessit: de peculio quondam adversus eum experiri possis: Alioquin si cum libero res ejus agente, cujus precibus meministi, contractum habuisti, & ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem ejus pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit.*

HÆc lex pertinet ad actionem de peculio, & de in rem verso, & ostendit, actionem de peculio esse annuam post mortem filii, vel servi, & post emancipationem scilicet filii, vel manumissionem aut alienationem servi. Quibus modis peculium exstinquitur, quia potestas solvitur: Actio tamen de peculio non exstinguitur, sed durat adhuc anno utili, titulo *quando actio de pecul. ann. sit*. Sed hoc ita accipiendum est, nisi principalis actio breviori tempore concludatur, qua scilicet agitur de peculio, ut si sit actio redhibitoria, quæ concluditur 6. mensibus utilibus: actio redhibitoria de peculio est 6. mensium, *l. pen. ff. quando actio de pec. annal. sit*. Et ita quod traditur in *l. penult. de noxal. action.* actiones noxales esse perpetuas: Hoc ita est accipiendum cum eadem exceptione, nisi scilicet principalis actio sit temporalis, ut si sit actio vi bonorum raptorum, quæ est annua, *l. pen. sup. de noxal. action.* Igitur actio noxalis vi bonorum raptorum non est perpetua. Similiter quod traditur in *l. 2. in fin. D. de cap. min.* actionem, quæ restituitur in capite minutum, esse perpetuam, hoc est ita accipiendum, nisi principalis actio sit temporalis. Principalem autem actionem dicimus eam, quæ in solidum & directo competit. Actio de peculio, & noxalis non competit in solidum: hæc actio noxalis, principalis est actio, si agatur detracto peculio, & detracta noxæ deditione. Rursus actio restitutoria est utilis, non directa. Ergo non principalis. Sed si principalis sit temporalis, id est, directa, & restitutoria temporalis erit. Alia est ratio actionis de in rem verso, quia huic non opponitur annua exceptio. Et hoc maxime distat actio de peculio ab actione de in rem verso, quod proponitur in *hac l. 7.* Hæ autem actiones de peculio, & de in rem verso competunt ex contractu, vel quasi contractu filiorum, & servorum, qui sunt in nostra potestate. Competunt etiam ex contractu hominum nostrorum, & colonorum censitorum ex edicto Imp. Theodosii, *l. ult. inf.* quod expositum est. An competunt etiam illæ actiones ex contractu procuratoris nostri, vel gestoris liberi hominis, & nulla nobis conditione obstricti, non conditionalis? Minime. Et est hoc quod proponitur in fine hujus legis, hic: hoc modo: Si cum libero homine rem alienam agente contraxisti, & dominum elegisti, seu ejus personam, id est, domini, ut scilicet cum illo ageres ex illo contractu: & ita sensu eodem loquitur *l. 3. sup. de noxal. action.* Lex autem ait, te nullam actionem habere, & utitur verbo (*pervides*) quo utimur in re clarissima, ut in *l. procuratorem, sup. de procurator. & l. si servus, infra de fideicommiss. libertat.* Et in illo loco Horatii.

Cum tua pervideas.

Quem locum male accipit Victorius, pro insuperhabere. Dominum autem cum dicit in fine legis, non oportet eam vocem ad servum referre, sed ad gestorem, vel procuratorem, ut sæpissime. Et tunc intelligitur dominus rei, vel negotii, vel contractus, ut loquitur *l. 2. titul. proxim. inf.* Ergo ex contractu liberi hominis non conditionalis non tenemur, ut si gestor noster pecuniam mutuam sumpserit, ex mutuo non tenemur. Duæ sunt exceptiones: si gestor rei alienæ pecuniam sumpserit mutuam, & ea in rem domini sit versa, vel si contractum ratum habuerit: his casibus dominus tenebitur, non quidem de in rem verso (nam hæc actio tantum ad eos pertinet, qui sunt in nostra potestate, vel conditionales sunt) Non tenebitur etiam condictione ex mutuo, ut diximus in *l. 13. sup. si certum petat.* Ubi pro lege ultima hujus tituli, citavi hanc legem. Male. Igitur non tenebitur condictione, sed actione negotiorum gestorum utili, non directa. Cur non directa? Quia non ejus contemplatione pecunia credita est. Directa negotiorum gestorum actio competit, si credita sit ejus contemplatione, licet non sit versa in rem ejus. Contra utilis competit, si sit versa in rem ejus, vel si contractum ratum habuerit, licet ejus contemplatione data non sit. In rem versum, id est, ipse gestus, vel ipsa res parit actionem negotiorum gestorum, licet nostra contemplatione non fuit gestum, *l. si pupilli, §. sed si ego, in fin. & §. pen. D. de negot. gest.* Ratihabitio etiam parit actionem negotiorum gestorum, si quis alteri dederit meo nomine, vel si ab altero meo nomine acceperit, ut in hac specie meo nomine gestor accepit. At ratihabitio non parit eam actionem, si quid gestum est, nulla ex parte gestum sit meo nomine, quod ad me pertineat: ut si quis non mei contemplatione filio emerit servum, non necessarium, id a me ratum haberi nil attinet, cum meo nomine nullus intervenerit. Et ideo ea ratihabitio nil proficit, *dict. §. sed si ego*. Itaque finis hujus legis non est accipiendus de eis personis, de quibus est l. ultim. Qui dicuntur nostri homines, etiam sunt conditionales, & dicuntur pertinentes, προσήκοντες, & προφέροντες.

AD TITULUM XXVII.

PER QUAS PERSONAS NOBIS ADQUIRATUR.

HIC titulus est potissimum de adquirenda per alium obligatione, non de dominio, vel possessione. Quicquid acquiritur, vel dominium est, vel possessio, vel obligatio. Hæc nobis adquiruntur per eos, qui sunt in nostra potestate, & per liberos homines, & servos alienos a nobis bona fide possessos, ex re nostra & operis. Item, per servos fructuarios ex iisdem causis. Per liberos homines, qui nec sunt in potestate nostra, nec bona fide a nobis possidentur, adquiri nil potest, quia deficit potestas, & possessio justa. Excipitur tantum possessio, quæ per procuratorem nobis adquiritur, per possessionem autem dominium acquiritur, si is, qui possessionem habuit, & tradidit, dominium etiam habuit: hæc, ostendi in *l. 1. & l. per proc. inf. de acquir. poss. §. ex iis, Instit. per quas pers. nob. acq. Paul. 2. Sent. tit. 2.* Solam possessionem excipio. Possessio non adquiritur, nisi animo & corpore, adquiritur animo nostro tantum, corpore autem nostro, vel procuratoris etiam nostri. Idque utilitatis causa receptum est, ut corpore alieno rerum possessionem volentes, vel ratum habentes, apprehendamus. Dominium per procuratorem non adquiritur, ut si procuratori nostro res tradatur ejus nomine, is autem eam accipiat non nostro nomine, quasi negotium nostrum gerens, dominium ei acquiritur, nobis autem possessio, non dominium, *l. rec. D. de acquirend. rer. domin. l. quod meo, D. de adquir. possess.* At si procuratori nostro tradatur nostro nomine, & is etiam nostro nomine rem accipiat, possessio nobis adquiritur, & per hanc possessionem etiam dominium. Inde sic definiamus, per possessio-

sessionem in nos translatam voluntate domini rem tradentis nostro procuratori, nobis dominium adquiritur: per possessionem autem in nos translatam, æstimatione procuratoris nostri, non voluntate domini, nobis dominium non adquiritur. Ut possessio nobis adquiratur per procuratorem, satis est eum nostro nomine accipere, nec est necesse ei etiam rem nostro nomine tradi. At ut per hanc possessionem dominium etiam nobis adquiratur, necesse est ei etiam tradi nostro nomine: ut autem dominium quæratur nobis, per traditionem factam procuratori nostro, satis est ei rem tradi nostro nomine, nec est necesse, ut eam etiam accipiat nostro nomine: Sed si suo accipiat, possessionem sibi adquirit, nobis dominium, *l. qui mihi*, *D. de donat. l. per servum*, *§. ult. D. de adquir. rer. dom.* Itaque dominium & per possessionem, & sine possessione adquiri potest. Sicut & possessio sine dominio. Sed hoc etiam posteriore casu, cum scilicet res procuratori nostro tradita est nostro nomine, is tamen eam rem nostro nomine non accepit: Hoc, inquam, casu dominium per procuratorem nobis non adquiritur, sed voluntas & animus domini procuratori nostro tradentis, nos dominos facit. Id sic demonstro. Per alium non adquiro, quod is sibi prius non adquisivit. In hoc casu procurator sibi dominium non adquisivit. Ergo id per eum non adquiro: Sed recta via retro, quo casu procurator nobis dominium adquirit, nobis id adquirit: Et quo casu procurator nostro nomine possessionem apprehendit, ut procurator, nos eam videmur apprehendisse, quod nobis nostro corpore paramus, & alieno corpore paramus. At quod civiliter adquirimus sine corpore, id per liberum hominem non adquirimus, *l. ea quæ*, *D. de acquir. rer. dom.* Et hoc est quod ait *l. 1. hic*, *excepta possessionis causa*, id est, excepta possessione: quam interpretationem male improbat Accurs. Sola possessio excepta est, non obligatio. Ergo per procuratorem obligatio non adquiritur, *l. 1. hic*. Eodem argumento utor, ut probem, dominium non adquiri per procuratorem, hoc modo: Sola possessio excepta est: ergo dominium per procuratorem non acquiritur: & hoc significat l. 1. cum ait, *redintegratæ rei vindicationem, quæ jure dominii datur*. Species est. Procurator pactus est mihi redintegratæ rei vindicationem subdita stipulatione, id est, pactus est rei restitutionem, dicta scilicet lege commissoria in venditione, ut Joannes hic recte explicat, hoc modo scilicet, ut nisi emptor mihi solveret pretium intra certum diem, resolveretur venditio, & restitueretur res vendita; & redintegraretur: Ex qua conventione venditori datur actio ex vendito, vel ex stipulatu, *l. ult. D. lege commiss. l. commissoriæ*, *inf. de pact. in empt. & vend.* Verum nulla harum actionum per procuratorem domino acquiretur, quia sola possessio excepta est, non obligatio, non dominium. Ergo per procuratorem nec adquiritur actio in personam, nec in rem. Lex ait, *redintegratæ rei vindicationem*. Sic Paulus in 1. *Sentent. tit. de restitut. in integr.* dixit, redintegrandæ rei actionem esse restitutionem in integrum. Subjicit l. nostra, per servos tamen nostros dominium acquiri, plane significans non acquiri per procuratores nostros. Ita quam legem putat Accurs. pro se facere, ea maxime est contra Accursium. Et in summa, sola possessio per procuratorem acquiritur: dominium & obligatio non item. Excipe unum casum, quo etiam obligatio per procuratorem acquiritur, si procurator, vel quilibet gestor suam pecuniam nostro nomine crediderit; quia nobis acquiritur obligatio ex mutuo, & actio directa nobis competit, *l. certi*, *§. si nummos*, *ff. de reb. cred.* Adquiritur etiam ex promutuo, ut si quis de suo indebitum solvat nostro nomine, *l. 6. sup. de cond. indeb.* Idque etiam receptum est utilitatis causa, benigne, & singulariter, ob crebrum mutuæ vel promutuæ pecuniæ usum: sicut etiam illud benigne est receptum contra jus, ut possessio per procuratorem acquiratur, *l. 1. inf. de acq. poss.* Adjicit Justinianus in l. 2. adquiri ex causa mutui per procuratorem pignoris obligationem ipso jure sine cessione, directo, exemplo condictionis: quod ante Justinianum non obtinuit. Itaque in hac causa alii acquirebatur actio principalis, domino scilicet, alii vero hypothecaria, id est, procuratori. Sed Justinianus vult ut utraque acquiratur domino. Ob id Tribonianus *l. solutum*, *§. per liberam*, *de pigner. act.* addidit non semper adquiri per liberam personam pignoris obligationem: hic casus est exceptus constitutione Justiniani. Hoc casu excepto, per liberam personam obligatio vel actio non adquiritur. Bene adquiritur: Nam retinetur quidem, & paratur nobis, non tamen adquiritur, *l. per procuratorem*, *ff. de procur.* ut si procurator intra legitimum tempus debitorem meum conveniat, quo actio erat peritura, hoc pacto mihi actionem retinet, conservat, & perpetuat: vel si procurator prohibeat opus novum facientem, jus meum conservat, servitutem forte, quam habeo. Nunciatio ista fit plerumque juris nostri conservandi causa, non acquirendi, *l. 1. §. nunciatio*, *de novi oper. nunc.* Et ita prohibendo procurator nobis parat actionem quod vi aut clam: Nam demonstrat vim fieri, ut si quis furem mihi furtum facientem apprehendat, parat nobis actionem furti manifesti. Item, qui meum debitorem interpellat, mihi perpetuat actionem, *l. si quis solutioni*, *§. pen. ff. de usur.* Sic constat per nuncium nobis parari actionem in his, quæ fiunt per nuncium, ut in emptione, locatione, societate, mandato, constituto, & pactione, non in stipulatione. Differentia est magna inter procuratorem & nuncium. Procurator contrahit: nuncius nil contrahit, sed nuntiat nos emere, locare, vel pacisci alteri, non possum emere quasi procurator, emptionis alienæ nuntius esse possum; & hoc nuncio illi actionem paro. Ille etiam, cujus deprehensione, vel prohibitione, vel interpellatione, mihi paratur, & formatur actio, nihil contrahit, nihil adquirit sibi: ergo nec ego per eum quicquam adquiro, sed jus meum retineo, vel etiam facto ejus mihi paratur actio. Interdum etiam ex negotio gesto a libero homine, datur actio utilis, ut si procurator præsentis ex re ejus stipuletur, domino datur utilis actio, *l. si procurator*, *D. de verb. oblig.* Item si dominus rem suam aliter servare non possit, in subsidium dabitur utilis, *l. Julianus*, *§. si procurator*, *ff. de action. emp.* vel etiam si quis pecuniam militis suo nomine crediderit, militi dabitur utilis, *l. si pecunia*, *D. de rebus cred.* Denique actio paratur, vel retinetur directa, & datur utilis ex bono & æquo ob factum liberi hominis, non acquiritur proprie per eum.

Ad L. ult. Si duo, vel plures *communem servum habeant, & unus ex his jusserit, ut suo nomine servus ab aliquo stipuletur decem (puta) aureos, vel aliam rem, ipse autem servus non ejus, qui jussit, sed alterius ex dominis suis fecit mentionem, & nomine illius stipulatus est: inter antiquam sapientiam quærebatur, cui acquiratur actio, vel lucrum, quod ex hac causa accidit: utrum ei, qui jussit, an ei, cujus servus fecit mentionem, an ambobus? cumque ex omni latere magna pars auctorum multum effuderit tractatum: nobis verior eorum sententia videtur, qui domino, qui jussit, asserunt stipulationem, & ei tantummodo acquiri dixerunt, quam aliorum, qui in alias opiniones deferuntur: Neque enim malignitati servorum indulgendum est, ut liceat eis, domini jussione contempta, sua libidine facere stipulationem, & ad alium dominum, qui eum forsitan corrupit, alienum lucrum transferre. Quod neque ferendum est, si servus impius domino quidem, qui jussit, minime obediendum existimaverit, alii autem, qui forsitan ignorat, & nescit, repentinum adducat solatium.*

LEx ult. est de obligatione acquirenda per servum communem ex stipulatu. Et ea l. recte accepta est ab Azone secundum antiquos, ut ipse ait: videlicet ut si servum communem unus ex dominis stipulari jusserit,

rit, ei acquirat obligationem ex ſtipulatione, licet ſtipulando alium nominaverit, videlicet ſi juſſerit ſpecialiter ſervum ſibi ſtipulari & is alteri ſit ſtipulatus: Nam ei, qui juſſit, non nominato acquiritur obligatio. Item ſi ſimpliciter unus ex ſociis juſſerit ſervum ſtipulari, & is etiam ſimpliciter ſit ſtipulatus, id eſt, ſine nomine dominorum, ei, qui juſſerit ſtipulari obligatio adquiritur, non alteri. Nam & hoc vetus eſt, verum juſſum illud eſſe pro nomine, *l. ſervus communis*, *§. ult. & l. proinde*, *§. pen. ff. de ſtip. ſer. & §. pen. Inſtit. eod. l. ſi ſervo*, *§. itemque*, *ff. de uſufr.* At ſi juſſerit ſimpliciter ſervum ſtipulari, & is alterum nominarit, hoc caſu nominato acquiretur obligatio. In ſumma, cum unus ex dominis jubet ſpecialiter ſervum ſibi ſtipulari, plus valet juſſum, quam nomen; cum vero ſimpliciter jubet, nullo alio adjecto, plus valet nomen, quam juſſum. Hæc eſt definitio Juſtiniani. Hæc enim res controverſa erat apud Jureconſultos, quam definit hoc loco Imp.

AD TITULUM XXVIII.

AD SENATUSCONSULTUM MACEDONIANUM.

HOC Senatuſconſulto utimur etiam hodie. Qui filiofamil. pecuniam credidit, is actionem habet pecuniæ creditæ ipſo jure cum filio in ſolidum; vel etiam ſoluta poteſtate patria, in id, quod facere poteſt, cum patre de peculio: ſed agenti obſtat exceptio Senatuſconſulti Macedon. quæ tam patri datur, quam filio, ceteriſque liberis. Fliorum appellatione in hoc ſenatuſconſulto continentur omnes liberi, *l. pen. hic*, *l. filium*, *ff. eod.* Senatuſconſulto eſt cautum, ut ei, qui filiofamil nummos crediderit (eſt enim tantum de nummis, non de ceteris rebus, ut vino, frumento, de quibus in creditum itur) vivo mortuove patre, actio petitiove non detur, *l. 1. ff. eod.* Actio, id eſt, certi condictio ex mutuo; vel ſtipulatu; petitio, id eſt, vindicatio extantis pecuniæ, *l. ſed & ſi paterfam. §. hoc ſenatuſc. ff. eod.* Sic etiam hæc verba, actio petitiove, accipiuntur in ſenatuſc. Vellejano, ut & in ſtipulatione Aquiliana. Non datur etiam actio hypothecaria creditori ex hac cauſa, ut colligi poteſt a contrario ſenſu, *l. 4. hic.* Quamvis autem ſenatuſconſulto Macedon. ita caveatur, ne actio petitiove detur, tamen ipſo jure eſt actio, & omiſſa exceptione condemnatio ſequitur, *l. tamen*, *ff. eod.* quæ interpretatio eadem eſt adhibenda in ſenatuſconſ. Vellejano, in quo ſunt eadem verba, & tamen eſt neceſſaria exceptio ſenatuſconſ. Vellejani. Eadem etiam interpretatio adhibenda ad titulum Digeſtorum *quarum rerum actio non detur:* quia ille titulus eſt totus *de except.* hæc verba, *non teneri*, *vel actionem denegari*, non excludunt ipſo jure actionem, & non excludunt neceſſitatem exceptionis. Bonæ leges, ut dicitur, natæ ſunt ex malis moribus. Senatuſconſulto Macedon. cauſam dederunt mali mores cujuſdam fœneratoris Macedonis, *l. 1. ff. eod.* qui ut ait ea *l.* ne quid amplius dicatur, filiusfamil. pecuniam credebat incertis nominibus. Hoc ſatis eſt dici, ut cognoſcatur malignitas Macedonis, qui filiisfam. pecuniam credebat nominibus incertis, puta cum neſciretur, quanto cum fœnore, cum crederet tacito grandi & illicito fœnore. Iis ſunt contraria certa nomina, quæ palam fiunt ſub uſuris licitis. Horatius in Epiſt.

Nominibus certis nummos expendere.

Eos etiam, qui filiisfam. credunt, ille idem taxat Satyr. lib.

Cicero pro Quintio: *Certis nominibus grandem pecuniam debet*, *&c.* Senatuſconſulto Macedon. exceptio dicitur comparata in odium & pœnam creditorum, neque tam in favorem filiorumfam. quam in eorum pœnam, *l. qui exceptionem*, *ff. de condict. indeb. l. etſi*

A *paterfam. §. pen. ff. ad Maced.* Ideoque putant Interpp. huic exceptioni filiumfamil. renuntiare non poſſe, quia non ejus gratia datur, ſed creditorum odio, licet mulier Vellejano poſſit renuntiare: Nam Vellejanum eſt introductum mulierum tantum cauſa. In illo verbo, nominum, quo utimur in ſenatuſconſulto, eſt ſæpe erratum a librariis, & ſæpe pro nominibus legitur, hominibus, & pro hominibus, nominibus, ut in *l. 2. in fin. ff. de cuſtod. reor.* vulgo legitur, *nominibus ſub fidejuſſore factis*. Recte Florent: *hominibus ſub fidejuſſore factis.* Neque quicquam mutandum eſt. Sic Græci legunt ἐπὶ τῶν ἐπ᾽ ἐγύας γενομένων προσώπων 60. Baſilicon, & ejus l. aperta eſt ſententia. Quidam poſtulatus eſt, ut exhiberetur judicio criminali: is paruit edicto, & venit: ubi venit, aliud ei crimen objicitur, quod B ante admiſerat, non cogitur reſpondere. Idem etiam ſervatur in cauſis pecuniariis, & hominibus ſub fidejuſſore factis, ut ſi quis in cauſa civili ſatiſdederit judicio ſiſti, ejus cauſæ nomine & veniat, tum alia quæſtio ei moveatur, non ea, propter quam cavit judicio ſiſti; non cogitur reſpondere, niſi ſit periculum, ne actio tempore pereat. Homines, qui caverint judicio ſiſti, dicit factos eſſe ſub fidejuſſore, ut in *l. ſi fideicommiſ. D. ut in poſſeſſ. legat.* dicitur quis factus in poſſeſſionem, ut in Florent. more Græco: vulgo male, miſſus eſt. Græcis γενέσθαι ἐν νομῇ: eſt etiam in *l. 2. inf. de uſu. pupil. idoneis hominibus:* proculdubio legendum, *nominibus*, ut nominatim in *l. creditor*, *ff. de ſolution. l. D. Severus*, *ff. ad legem Falcid.* & apud Ciceronem in Piſonem, *hominibus ſaltem bonis*, legendum, C *nominibus*. Redeamus ad ſenatuſconſultum Macedonianum. Sunt ſeptem caſus, quibus ceſſat exceptio ſenatuſconſulti Macedoniani, qui omnes fere in hoc tit. proponuntur. Primus eſt: ſi filiusfamilias pro patrefamilias publice haberetur: & ſi in eo errore etiam fuerit creditor: hoc caſu creditum non amittitur, *l. 2. hoc tit. l. 3. §. pen. ff. eod.* Secundus caſus eſt, ſi filiusfamilias ſimulavit ſe eſſe paterfamilias, idque creditori perſuaſit inſcio, & ejus conditionem ignoranti, tum creditor creditum non amittet, *l. 1. hic.* Mendaci & deceptori filiofamilias ſenatuſconſultum Macedonianum non opitulatur, ſic nec edictum quod cum eo, &c. quod eſt de actione in id quod facere poteſt, *l. 4. §. 1. & l. eum qui*, *D. quod cum eo*. Nec mulieri decipienti Vellejanum opitulatur, *l. 2. D. ad Vel-* D *lej.* Mendacium filiifamilias probare debet creditor, qui id allegat, *l. 1. hic.* At ut initio diximus, non ſatis eſt, ſi filiusfamilias ſe eſſe mentiatur; ſed etiam eſt neceſſe, ut ita exiſtimet creditor, & eum eſſe filiumfamilias ignoret: Ignoranti non obſtat exceptio ſenatuſconſulti Macedoniani: ſcienti obſtat, vel etiam ignoranti: improbabilis ignorantia ferenda non eſt. At ſi ſint duo rei credendi, vel ſi ſit unus numerator, alter ſtipulator, & unus ſciat eſſe eum filiumfamilias, alter ignoret, quid fiet? Ulpianus ſcripſit utrique nocere *l. item ſi filiusfamilias*, *§. non ſolum*, *D. ad Macedon.* Ergo ſcientia unius nocet ignoranti, quod eſt durum & iniquum, & pugnat cum legibus innumeris, quas ibi adfert Accurſius, nec reſpondet. Ulpiani verba ſunt: *Si alteruter ignorabat in patris poteſtate ſe eſſe, ve-* E *rius dicendum eſt, utrique nocere*. Illud (ſe) videtur abundare, niſi conjungatur cum verbo ſequenti, ſic: Severius dicendum eſt, id eſt, ſequemur hac in re ſententiam ſeveriorem, ut in hoc tractatu ſeveriores ſententias amplectimur, quæ maxime faciunt contra creditores. Sic in *l. ſed etſi paterfamilias*, *§. hoc ſenatuſconſultum*, *D. h. tit.* inquit, ſeveritate ſenatuſconſulti contractus improbabitur. Tertius caſus eſt, ſi mandato, juſſu, voluntate, conſenſu patris filius mutuam ſumpſerit pecuniam, tum enim ceſſat ſenatuſconſultum, ſi etiam permiſſu patris, id eſt, qualibet voluntate, & quolibet voluntatis indicio, *l. 2. hic*, *& l. 4.* de qua diximus in *l. 6. ſup. quod cum eo*. Idem eſt ſi pater ratum habuerit contractum mutui, *l. ult. hic*, *l. item ſi filiusfam.* *§. pen.*

§. *pen. ff. eod. tit.* Et ex mandato quidem, jussu, vel patris ratihabitione, ipse pater in solidum tenebitur quod jussu. Ratihabitio quoque patris filium obligabit in solidum, detracto exceptionis auxilio. Addit Justinianus in *d. l. ult. hic*, novella lege se definiisse generaliter, ratihabitionem omnem retrotrahi, mandato comparari, præterita confirmare generaliter, id est, sublata differentia facti vel juris, ut est in *l. donationes, inf. de donat. inter vir. & uxor.* Inter juris auctores hac in re non conveniebat. (†) Omnes generaliter ratihabitionem non retrotrahebant. Plerique dicebant ratihabitionem confirmare quæ sunt facti, ut possessionem, pactionem, gestionem: non ea, quæ sunt juris. Ex ea lege novella ratihabitio omnis retrotrahitur, & ante gesta confirmat. Itaque cum dicatur *l. novella*, si tentaveris hodie hereditatem patri acquiri, quam filius adiit patris injussu, si modo postea ratam eam pater fecerit, id facile obtinebis ex generali novella: ut servatur in jure prætorio in acquirenda bonorum possessione: qua de re in *l. 1. inf. qui admitti*. Quartus casus est, si filiusfamilias sit miles, & mutuam sumat pecuniam, tenetur usque ad quantitatem peculii castrensis. Nec quærimus in quam rem impenderit. Et præsumitur impedisse in res castrenses, *l. ult. hic, l. 1. §. ult. ff. eod.* Quintus casus est, si mutuam pecuniam filiusfamilias sumat in eam rem, quæ patris oneribus incumbit, ut si ex ea pecunia dotem pro filia, vel pro sorore sua det, dum pater abest peregre. Nam hæc dotis constitutio pertinet ad patris onus. Et hoc casu pater creditori tenebitur de in rem verso, *l. si filiusfamilias, ff. eod.* Idem est, si absens filiusfamilias studiorum, vel legationis causa, mutuam sumat pecuniam ad sumptus necessarios, quos solet illi pater subministrare: non si in ampliores sumptus. At in his casibus videndum est quam in rem impenderit pecuniam, puta, in dotem constituendam, aut sumptus necessarios. Nam si in eam rem impendit, ad quam est credita, pater tenetur de in rem verso; sin minus, de peculio tantum. Itaque seu in eam rem impenderit, seu non, cessat Macedonianum. Sed alias in patrem agitur de peculio, alias de in rem verso, *l. 3. §. proinde, l. pen. de in rem vers. l. item si filiusfam. §. quod dicitur, ff. ad Maced.* At si jussu patris filio absenti pecunia sit data studiorum causa, pater in solidum tenebitur quod jussu: & perpetuo, etiam filio mortuo, nec in quid impenderit, inquiremus. Actio de peculio mortuo filio est annua de in rem verso: actio quod jussu mortuo filio est perpetua, sicut de in rem verso. Hic est sensus *l. 5. hic.* Sextus casus est, si filiusfam. paterfam. factus debitum agnoverit, ut si expromiserit novatione facta, vel etiam si pater solverit. Cessat hoc casu Macedonian. *l. item si filiusfam. §. ult. ff. eod. l. 2. hic.* At quid fiet, si pignus tantum dedit factus sui juris, an convalescit creditum? Non omnimodo. Nam hoc casu ei denegatur exceptio Macedon. usque ad quantitatem pign. *l. sed si paterfam. ff. eod.* Filiusfam. mutua centum accepit, factus sui juris dedit pignus dignum tantum 50. in illa 50. tenetur sine ulla exceptione: in alia 50. non tenetur cum effectu. Quod etiam notandum, ut severius admissum: Nam alias sortis ratio non dirigitur ad pretium pignoris, sed seu pignus sit pluris, seu minoris, eadem sors manet, *l. si pro mutua, sup. si cert. pet.* At severitas senatusc. exigit hanc interpretationem. Septimus casus est. Si filiusfam. non contrahat mutuum principaliter acceptis nummis, sed emptionem sine fraude senatusc. & de pretio, & usuris eat in creditum, stipulatione interposita, actioni ex stipulat. non obstabit senatusc. Macedon. quia mutuum non contraxit principaliter, & si de nummis cavit, *l. 3. hic, & l. 3. §. pen. ff. eod.* Hoc casu eadem quidem est actio, idem titulus actionis, ut ait l. 3. ac si mutuum principaliter contraxisset, nempe certi condictio ex stipulatione; sed diversa causa obligationis & origo. Verum cavendum est ne quid fiat in fraudem senatusconsulti hoc genere contractus.

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 38.*

AD TITULUM XXIX.

AD SENATUSCONSULTUM VELLEJANUM.

SUPERIUS senatusconsultum, quod heri exposuimus, est de nummis filiofam. mutuo, aut fœnori datis. Hoc senatusc. est de intercessionibus mulierum. Intercessio est, si se suave pro alio obliget: ut si fidejubeat, si expromittat, si mandet, si constituat, si in judicio aliquem defendat, si pignori res suas ponat: Item si cum creditor esset cum alio contracturus, interveniente muliere, cum ea ab initio contraxerit, videtur etiam hoc casu mulier intercedere pro eo, cum quo creditor initio contrahere decreverat, *l. 19.* quæ ait id declarari edicto perpetuo, quod quidem expressum fuit senatusc. Vell. sed obscure, *l. 4. h. t. l. 2. ff. ad Vell.* his nempe verbis, *quod ad fidejussiones, & mutui dationes pro aliis, quibus feminæ intercesserint, pertinet.* Ubi dationis verbum passive accipitur, ut sæpe fieri diximus *sup. tit. quod cum eo.* Et recte Accurs. mutui dationes interpretatur, cum femina a dante mutuum accepit, quod alius erat accepturus. Itaque illis verbis senatusconsulti, hic etiam modus intercessionis notatur; qui tamen fuit postea apertius expressus edicto perpetuo, ut ait *d. l. 19. hic.* Sunt etiam multæ aliæ intercessionum formæ, vel quasi intercessionum. Ex his omnibus intercessionibus mulieres ipso jure obligantur, vel res earum pignoris jure: sed obstat exceptio intercessionis, vel senatusconsulti Vellejani, quæ datur non tantum mulieri, sed etiam ejus heredi, & mulieris fidejussori, & procuratori; ut cum is ea mandante pro alio intercessit, procurator hanc habebit exceptionem, si conveniatur ex sua intercessione, *l. 14. & 15. & 20. hic.* Omissa exceptione sequitur condemnatio. Potest tamen etiam post condemnationem actioni judicati opponi, ut etiam Macedoniani. Id dixi in *l. 19. de prob. sup.* Duo sunt casus, quibus in mulierem, si intercesserit, ipso jure actio non est: primus est, si pro marito incercesserit; nec pecunia in ejus commodum versa sit, *Novel. 134.* Alter casus est, si mulier sine scriptura, vel privato instrumento vel publico, quod non habeat subscriptionem trium testium pro alio intercesserit. Nam & hoc casu ipso jure est tuta, *l. antiquæ, §. ult. inf. hic*: quem recte Bulgar. interpretatur: alii male: Igitur si instrumento publico, quod trium testium subscriptionem habeat, mulier pro alio intercesserit, necessaria est exceptio. Denique his duobus casibus exceptis non alias intercidit actio adversus mulierem, vel heredem ejus, vel fidejussorem, vel procuratorem, quam opposita exceptione senatusc. Vellejani, *l. si decipiendi in fine, ad Vellejan.* Actor autem subducta muliere ope exceptionis, habet salvam actionem adversus reum principalem, videlicet si mulier pro alio fidejusserit, vel constituerit, vel mandarit, quibus modis principalis obligatio non novatur. Itaque his casibus muliere subducta, salva manet creditori actio principalis. At si novatione facta mulier pro alio expromiserit, subducta muliere, & actore excluso per exceptionem senatusc. Vellejani, vetus actio, quæ fuit novatione extincta, restituitur in veterem debitorem, ita creditor credito non cadit. Et ob id ea actio dicitur restitutoria & utilis, *l. quamvis, §. si convenerit, & §. Marcellus, & §. si mulieri heres, & l. aliquando, §. ult. hoc tit.* Dicitur etiam rescissoria *l. 16. hic*: quia datur rescissa intercessione mulieris, subducta muliere, *l. ult. §. ult. ff. eod.* At quid fiet, si cum creditor esset Titio mutuam pecuniam daturus, ipsa intervenerit, & eam pecuniam mutuam acceperit, seque ab initio ream principalem constituerit, & deinde Titio eam pecuniam dederit? Hoc casu in Titium, cui mulier hoc

factum

factum voluit, nulla fuit actio. Ergo in Titium nulla restituitur, sed muliere confugiente ad beneficium senatusc. Vellejani, in Titium instituitur nova utilis actio: id ostendi in *d. l. quamvis*, *§. si cum essem*, *& l. quidam voluit*, *ff. ad Vellejan.* Et hæc duo genera actionum utilium notavit Justinianus in *d. l. antiquæ*, dum ait, Creditori antiquam actionem servari, vel parari novàm. Igitur mulier, vel veterem, vel novam obligationem suscipit, *l. 18. hic*, *& l. quamvis*, *§. 1. ff. eod.* Si veterem suscipit, actio in veterem debitorem restituitur, ea muliere liberata: si novam suscipit, actio in eum instituitur, cujus bono cessit mulieris intercessio. Ex his aparet, in his causis creditoris creditum non intercidere, etiamsi liberetur mulier quæ intercessit. Nam vel principalis actio sálva manet, vel vetus restituitur, vel nova instituitur. Nunc ex l. 1. hic duo sunt tantum notanda: primum cessare senatusc. Vellejanum, si mulier pro alio solverit ultro, cum non intercessisset; & ideo solutum condici ab ea non potest, quod tamen condiceretur, si locus esset senatusconsulto. Idque ostenditur in *l. 4. & 9. hic*. Et verum hoc est, sive solverit animo donandi, seu quasi gerens negotium debitoris alieni, seu ex mandato: Item seu pecuniám solverit, seu rem in solutum pro alio dederit: Item seu rem suam vendiderit extraneo, & ex pretio pro alio solverit, vel emptorem delegaverit; quia delegatio pro solutione est, *l. 5. ff. eod.* Solvere pro alio, non est intercedere. Intercedere, est se vel sua obligare. His obstat *l. ult. §. item si mulier*, *ff. eod.* Species est: Mulier rem suam vendidit, & tradidit alieno creditori, vel personæ ab eo interpositæ, & ea conditione vendidit, ut is suum debitorem pro rei venditæ pretio accepto liberaret: Deinde mulier rem traditam vindicat: Obstat exceptio rei venditæ & traditæ mulieri. Huic exceptioni obstat replicatio senatusc. Nam mulier replicabit, venditionem intercessionis causa factam. Senatusc. Vellejanum inducitur, & exceptionis, & replicationis modo; imo & actionis modo, ut cum mulier condicit, quod solvit ex sua intercessione, ex sua fidejussione. Verum ut respondeamus in specie ejus §. Mulier creditori nec rem in solutum dedit, nec rei pretium, sed cum creditore alieno venditi obligationem contraxit intercessionis vice, puta ea conditione, ut creditor debitam sibi ab alio pecuniam pro pretio rei venditæ acceptam faceret, quod est intercessionis vice. Et ob id mulier juvatur. Postremo notandum est cessare senatusconf. Vellejanum, si creditor nesciat mulierem intercedere. Ut Macedon. exceptio, ita Vellejana scienti obstat, non ignoranti: In hoc autem conveniunt, ut in aliis plerisque. Sed si ex duobus reis stipulandi, unus sciat mulierem intercedere, alter nesciat, non id dicemus, quod heri tradidimus de senatusconf. Macedon. paulo severius, scientiam unius alteri nocere: cum non sint tractandi, qui cum mulieribus contrahunt, eadem severitate, qua qui cum filiisfam. Unum senatusconf. spectat pœnam creditorum: alterum mulierum gratiam & favorem. In causa senatusconf. Maced. creditor cum effectu creditum amittit. In causa Vell. creditor numquam creditum amittit: sunt & alia discrimina. Exceptio Vellejani parit condictionem indebiti, *l. 9. hic*. Exceptio Macedon. non item, propria ratione, *l. qui exceptionem*, *D. de condict. indeb.* Mulier potest renuntiare exceptioni Vellejani, *l. ult. inf. quando mul. tut. off. Novell. 94. & 118.* Filiusfam. non potest Macedon. renuntiare. At si quis dixerit. Quid fieri potest, ut creditor nesciat mulierem intercedere? Est hoc nobis explicandum. Id varie fit. Ut si mulier simulet se esse matrem, quod Accurs. tradit: At hoc exemplum est nimis crassum. Potest alio modo, ut si mandato mulieris quis fidejubeat pro alio, & hoc creditor nesciat fieri mandato mulieris: hoc casu fidejussori mulieris non dabitur exceptio, *l. si fidejussores*, *D. ad Vellejan.* Item si maritus consentiente uxore rem ejus pignori obligaverit, & creditor nesciat ea consentiente obligari: hoc etiam casu cessat Velle-

A janum, & ideo hoc casu exigitur creditoris scientia, *l. 5. & 7. hoc tit.* Item, quia constat cessare Vellejanum, muliere intercedente in rem suam, non cessare muliere intercedente in rem alienam. Si mulier in rem alienam intercesserit, & creditor justa ratione ductus, existimet eam in rem suam intercessisse, & ita credat pecuniam, ei non obstabit senatusc. Vellejanum: Finge: mulier & Titius socii sunt, & in rem communem mutuam pecuniam accipiunt, ut ædes communes reficiant: duo rei debendi constituuntur, id est, singuli in solidum tenentur, & videtur alter pro alterius parte intercessisse: an mulier tenebitur in solidum etiam pro parte socii? Constat teneri, & cessare senatusconsultum Vellejanum, *l. vir uxori*, *§. ult. Dig. eod. tit.* Nunc finge: moribus Galliæ receptum est in locis B plerisque, ut vir & uxor sint socii bonorum in matrimonio quæsitorum, nisi aliud inter eos convenerit: nam certum est huic juri conventione posse derogari: nunc cum inter duos conjuges convenisset ne essent socii, & cum eam conventionem nesciret creditor, utrique pecuniam mutuam credidit, & duos fecit reos debendi, eos esse socios, & se in eorum rem communem credere existimans, cum conjuges conventionem dolo malo celarent: An igitur aget cum muliere in solidum? sic sane: & si opponatur exceptio senatusconf. Vellejani, creditor tamen replicabit de dolo, *l. 18. hoc tit.* Alia exempla hujus ignorationis sunt, si mulier pro alio expromittat, quem creditor justa ratione motus credebat mulieris esse creditorem, etsi revera non sit mulieris creditor, cessat senatuscon- C sultum Vellejanum, quia putat creditor mulierem intercedendo rem suam agere, id est, se pro creditore suo obligare, justam ignorantiam exigimus, *l. vir uxori*, *D. ad senatusconf. Vellej.* ut in Macedoniano justam etiam ignorantiam exigimus, *l. penult. D. ad senatusc. Macedon. l. 1. tit. prox. sup.* Utriusque senatusconf. exceptio obstat, non tantum ei, qui scivit, sed & ei, qui scire debuit: justa ignorantia non obstat. Aliud exemplum est: Si mulier mutuam pecuniam sumat, mox eam marito, vel alii creditura, & ita alii potius, quam sibi contrahens, & hoc creditor nesciat, huic senatusconsulto Vellejano locus non erit, *l. si mulier marito*, *l. si mulier*, *l. vir uxori*, *l. bona fide*, *l. 4. in princip. D. eod. tit.* Verum hoc casu quælibet ignorantia creditoris est probabilis, quia principaliter cum D muliere ab initio contrahitur. At cum ipsa intercedit, ut cum pro alio expromittit, quælibet ignorantia non est probabilis: Nam creditor tum debet esse diligens in exquirenda causa intercessionis. Hæc est sententia *legis vir uxori*. At si creditor sciat mulierem id agere, ut mox eam alii mutuam daret, tunc huic senatusconsulto Vellejano est locus. Denique quod notandum est, huic senatusconsulto est locus, non tantum si alii crediturus mulieri pro eo incercedenti mutuam pecuniam dederit: sed & si alii non crediturus, mulieri alii mox credituræ sciens eam pecuniam dederit: Et ideo in senatusconsulto Vellejano hæc verba (*mutui dationes*) sic accipiemus, cum alii datura, vel ab eo, qui alii daturus erat, mutuam pecuniam accepit. Nam utroque casu tacite vi- E detur intercedere pro alio, cui datura accepit, vel cui daturus creditor, mulieri dederit, licet palam videatur sibi tantum mulier gerere negotium. At tacita intercessio est, & in fraudem senatusconf. quod etiam in hac specie contingit. Maritus rem uxoris pignori obligavit primo suo creditori ea consentiente: mulier videtur intercessisse pro marito rei suæ interventione: mox eadem mulier a secundo mutuam accepit pecuniam sub eodem pignore, & eam statim solvit primo pro marito, & pignus ab eo liberavit, an etiam hoc modo videtur intercessisse? Sane videtur: quia prioris intercessionis causa pecuniam mutuam accepit statim sub ejusdem rei obligatione, & eam solvit primo statim, & ideo huic senatusconsul-

to est

to eſt locus, ſi ſecundus id agi ſciverit, non ſi ignoraverit: Nam ignorantem ſemper excuſamus. Hæc eſt ſpecies *l.Seja*, *§.ult. D. eod. tit.* His obſtat *l.13. h.t.* quæ lex ſignificat deficere auxilium ſenatuſconſulti Vellejani, etiamſi creditor ſcierit mulierem mutuam pecuniam accipere juſſu mariti, quod & in ejus uſum inſumpſerit. Obſtat tam *l.vir uxori*, quam *l.Seja*. Nam in utraque ſumit mutuam pecuniam in uſum & rem mariti, & ſenatuſconſultum non deficit, ſi ſcierit creditor, quid mulier ageret. At ut reſpondeamus, in *l.vir uxori*, vir, qui pecunia egebat, ipſe eam pecuniam non rogavit a creditore, ſed uxorem ſuppoſuit, quæ rogaret, & mox ſibi crederet in fraudem ſenatuſconſulti Vellejani, quam fraudem ſi creditor ſcierit, obſtabit exceptio ejuſdem ſenatuſconſulti Vellejani: ſi vero ignoraverit, non obſtabit. At in ſpecie *l. Seja*, cujus rei obligatione mulier pro marito interceſſit apud creditorem primum, ejuſdem rei obligationem ſtatim contraxit cum ſecundo, & ſtatim etiam priorem interceſſionem diſſolvit: mutatur ſtatim creditor, & obligatur res eadem, mutatio illa præpoſtera, & ejuſdem rei obligatio, argumentum eſt fraudis quæſitæ ſenatuſconſulto Vellejano. At in *l.13. h.t.* nihil eſt tale. Sed mulier revera ſibi mutuam ſumpſit pecuniam, in uſum tamen & rem mariti, ſine ulla fraude ſenatuſconſulti Vellejani. Igitur ſcientia hoc caſu non obeſt creditori, quia interceſſioni fraus non quæritur: Sed revera mulier ab initio ſibi duntaxat contraxit, quamvis ea mente ſit, ut quod ſumat, in rem mariti impendat.

Ad L.II. Fruſtra ſenatuſconſulti *exceptione, quod de interceſſionibus feminarum factum eſt, uti tentaſti: quoniam principaliter ipſa debitrix fuiſti. Ejus enim ſenatuſconſulti exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipſa nihil debet, ſed pro alio debitore apud creditorem ejus interceſſit: ſin autem pro creditore ſuo alii ſe obligaverit, vel ab eo ſe, vel debitorem ſuum delegari paſſa eſt: hujus ſenatuſconſulti auxilium non habet.*

EX l.2. notandum eſt, ſenatuſconſultum Vellejanum ceſſare ſi mulier intercedendo rem ſuam agat: ut ſi pro ſuo creditore expromittat delegata, vel ultro, vel ſi pro ſuo creditore debitorem ſuum delegaverit, *l.debitrix, D. eod. tit.* Item in ſpecie *l.6. ſup.tit.* Si mulier adminiſtrans bona filiorum ſuorum pupillorum, tutoribus eorum indemnitatem promiſerit ſub pignoribus, vel ſatiſdato, hoc caſu videtur in rem ſuam, non in alienam interceſſiſſe: in rem ſuam, ut ſcilicet ſibi adminiſtratio relinquatur: Et ideo ſenatuſconſultum Vellejanum ceſſat, *l. 2. infra, ſi mater indemnitatem promiſerit.* Detracta etiam hac cauſa adminiſtrationis, propter quam indemnitatem tutoribus promittit mulier, promittendo tutoribus liberorum ſuorum indemnitatem ex cauſa directæ actionis tutelæ non videtur interceſſiſſe. Et ideo ceſſat Vellejanum. At ut ſubjicitur in *l. 6. hoc t.* ſi tutore pupilli ſe excuſare volente mater ſe interpoſuerit, & tutori promiſerit indemnitatem, ut ad tutelam accederet ſine periculo, locum habet ſenatuſconſultum Vellejanum, qui pro ſe non videtur intercedere, ſed pro filio, & contrariæ actionis tutelæ obligationem ſuſcipere pro tutore apud pupillum: nondum quidem illa obligatio eſt contracta, ſed etiam interceſſio fit futuræ obligationis nomine. At huic parti *l. 6.* obſtat *lex quamvis, §. 1. ff. eod. tit.* Species cujus §. hæc eſt: Mulier intervenit apud tutorem pupilli filii ſui, ne filii ſui prædia diſtraheret, quæ neceſſe habebat diſtrahere, & ei ex ea cauſa indemnitatem promittit: ait lex, eam non videri interceſſiſſe: & ideo ſenatuſconſultum Vellejanum ceſſat, quia non ſuſcepit alienam obligationem novam, aut veterem, ſed ipſa obligationem hanc creat, & ideo non eſt interceſſio. Denique in ea ſpecie mater pro-

A mittendo indemnitatem tutori filii non interceſſit. Contra eſt in *l.6.* cui ita reſpondendum eſt: ideo in ſpecie *l.quamvis* mulier non intercedit: quia dum promittit tutori indemnitatem, ne filii ſui prædia diſtrahat, hoc videtur promittere, ſi conventus tutor directa actione tutelæ ob prædia non diſtracta, ob id aliquid ipſe, quaſi re non bene geſta, præſtiterit a ſe indemnem futurum iri eo nomine. Verum illa hoc promittendo, alienam obligationem non ſuſcipit: ſane non ſuſcipit obligationem pupilli: ſed tutoris potius, qui tenetur directa actione tutelæ ob prædia non diſtracta, quæ diſtrahere debebat: tutoris etiam obligationem non ſuſcipit, quaſi intercedendo apud tutorem: nam ſe obligat tutori, & pro eodem ipſo tutore: intercedere autem eſt pro alio alii ſe obligare, ut in *l.*
B *6.* quam tractamus. Pro pupillo, inquit lex, mater ſe tutori obligavit: Contra ait *in fine l.6.* pro tutore ſe pupillo obligare, ut ſi mater tutorem filio petierit, & periculum tutelæ in ſe receperit, id eſt, ſi pro tutore pupillo caverit, hoc eſt intercedere, *l. 1. inf. ſi mat. indemnit. promiſ.* At ſi pro tutore mater eidem tutori ſe obligaverit indemnitatem promittendo; hoc non eſt intercedere, *l.tutor, ff. ad Vellejan.* Interceſſor eſt quaſi medius quidam inter duos. Sic accipiendum eſt quod dicit Paulus 2. *Sentent. eod. tit.* mulierem, quæ pro tutoribus filiorum ſuorum indemnitatem promiſit, non pertinere ad hujus ſenatuſconſul. Vellejani beneficium, nempe ſi pro tutoribus, & eiſdem tutoribus indemnitatem promiſit, ut in *l. quamvis, §. 1.* Et ita etiam hæc omnia rectiſſime expoſuit Bul-
C garus. Addendum eſt ex *l. 8.* ſi pro patre filius & filia expromiſerint ſinguli in ſolidum, ſubtracta filia beneficio ſenatuſc. Vellejani, filius in ſolidum tenetur, *l.ſi Titius, D.de fidejuſſor.* quam expoſui in *tit.de conſtituta pecunia, ſupra.* At ſi filius & filia pro patre expromiſerint novandi cauſa, & ſinguli pro parte, filia ſubducta beneficio hujus ſenatuſconſ. filius tenetur pro ſua parte; pro parte autem filiæ in patrem reſtituitur actio perſonalis: datur etiam hypothecaria, ſi in veterem obligationem pignora pater dederat, *l.quidam voluit, D.eod. tit.* Hypothecaria verius datur, quam reſtituitur, *l.aliquando, §.1. D. eod.tit.* Mulieris ex promiſſione non tollitur naturalis obligatio, & ideo idem pignus manet, nec etiam neceſſe eſt reſtitui hypothecariam: ſola perſonalis reſtituetur. Poſtremo notandum
D ex l. 11. pleraque concedi extraneis, quæ non conceduntur conjugibus, *l.ult. C.Theodoſ. de legit.heredib.* Ut extraneo donare poſſum, conjugi donare non poſſum. Extraneum poſſum heredem inſtituere, conjugem non poſſum ex l. Papia Poppæa. Hodie poſſumus. Pro extraneo ſi mulier interceſſerit, valet interceſſio, nec reſcinditur, niſi per exceptionem: ſi interceſſit mulier pro marito, ipſo jure interceſſio non valet. Verum licet inter virum & uxorem donatio non valeat, tamen remiſſio pignoris valet: ut ſi uxor viro pignus remiſerit ſibi obligatum forte dotis nomine, vel alia quavis cauſa: remiſſio pignoris non habetur pro donatione, *l. & ſi pignus, D. quæ in fraud. creditor.* Licet etiam interceſſio mulieris pro marito non valeat, tamen remiſſio pignoris valet, etiamſi pignus remitten-
E do negotium alteri gerere voluerit, *l. 11.* Et huc ſpectat *l.11.* dum ait, mulierem pignus recte remittere .i. hanc remiſſionem non contineri ſenatuſconſ. Vell. quod explicat latius *lex quamvis, D.eod. tit.* Remiſſio igitur pignoris neque donatio eſt, neque interceſſio. De remiſſione pignoris etiam eſt *l.jubemus, inf. h. t.* verum ei, quod diximus, remiſſionem pignoris non eſſe interceſſionem, obſtat *lex vir uxori, §. 1. ad Vellejan. ſenat.* Cujus ſpecies hæc eſt: res viri erat mulieri obligata duplici ex cauſa, dotis & crediti: id non ignorans ſecundus creditor pignus luit ex cauſa dotis, ſoluta dote, de cauſa crediti nihil dictum eſt: atque ita ſecundus creditor eandem rem in cauſam pignoris jure accepit, conſentiente muliere: Conſenſus hic mulieris videtur

eſſe

eſſe remiſſio pignoris ex cauſa crediti: Et tamen lex ait ſenatuſc. locum eſſe. Remiſſio ergo pignoris interceſſio eſt. Et hoc ex illo §.recte colligitur, ſi modo ponas ex una cauſa pignus lui, ex altera remitti: at non eſt ita ponendum. Luitur quidem pignus in hac ſpecie ex una cauſa, non tamen remittitur ex altera. Conſenſus ille non eſt pignoris remiſſio ex altera cauſa, de qua ſubticuit mulier. Sed conſenſus ille eſt interceſſio mera: quia rem ſibi adhuc ex altera cauſa obligatam, mulier obligari conſentit, & ita intercedit. In ea ſpecie dixit tantum mulier ſecundo creditori, rem ſibi eſſe obligatam ex cauſa dotis, de cauſa crediti nihil dixit, dum ſcilicet vult pignus ex ea cauſa retinere, & conſentire ejus obligationi, in fraudem ſenatuſc. Vellejani, retento pignore ex cauſa crediti. Atque ita eſt explicandus hic §. Atque ita certum eſt remiſſionem pignoris non eſſe interceſſionem.

Ad L. XXI. Jubemus licere mulieribus *& pro uno contractu, vel certis contractibus, ſeu pro una, vel certis perſonis, ſeu rebus, juri hypothecarum ſibi competenti per conſenſum proprium renuntiare: quodque ita geſtum ſit, hac auctoritate noſtra firmum, illibatumque cuſtodiri: ita tamen ut & ſi generaliter tali renuntiatione pro uno (ut dictum eſt) contractu, ſeu certis contractibus, vel ad unam, vel ad certas res ſeu perſonas conſenſum proprium accommodantes uſæ ſunt, vel fuerint: eadem renuntiatio ad illos contractus, & illas res, ſeu perſonas, quibus conſenſum ſuum proprium accommodaverunt, vel accommodaverint, coarctetur: ne aliis quibuſdam contractibus, quibus minime mulieres conſenſerunt, vel conſenſerint, prætendentib. eam, opponendi licentia præbeatur. His ſcilicet omnibus, quæ in præſenti, per hanc conſultiſſimam legem ſtatuimus, ad præteritos nihilominus contractus pro negotiis & controverſiis, necdum tranſactionibus, vel definitivis ſententiis, ſeu alio legitimo modo ſopitis, locum habituris.*

LEx *Jubemus* eſt etiam de remiſſione pignoris: cujus ſententia hæc eſt: uni debitori factam remiſſionem pignoris mulieri non nocere adverſus alios, qui eandem rem mulieri obligarunt ex eadem aliave cauſa: ut pignus obligatum a primo & ſecundo, remiſſum primo, non videtur & ſecundo remitti. Item lex ait, remiſſionem pignoris factam ex una cauſa non porrigi ad aliam, ut ſi pignus ſit obligatum ex cauſa dotis & crediti, & remittatur ex cauſa dotis, non videtur etiam remitti ex cauſa crediti. Item l. oſtendit pignori obligatis rebus pluribus, & unius pignore remiſſo, alias res in obligatione manere. Sed huic ſententiæ opponitur *l.Paulus reſpondit, quibus modis pign. vel hypoth. ſolv.* Ubi ponendi ſunt tres creditores, primus, ſecundus, tertius, inter quos ſervatur ordo, cum de pignoribus agitur: primus creditor videtur pignus remittere, ſi conſentiat debitori rem obliganti tertio creditori: non tamen ſic tertius ſucceſſit in locum primi, ut anteponatur ſecundo. Nam ſecundus potior erit primo per remiſſionem pignoris, vel exceptionem remoto, *l. major 1. de pignerat. act.* Ex eo colligunt, remiſſionem pignoris factam in gratiam tertii, non tantum tertio prodeſſe, ſed etiam ſecundo: verum hoc l. noſtræ non obſtat. Remiſſio pignoris fit debitori, non alii creditori. Si fieret remiſſio pignoris creditori, facta uni, alteri non prodeſſet: at remittitur pignus debitori, licet id fiat plerunque in gratiam cujuſdam creditoris. Et ideo ſi ex pluribus debitoribus ſub eodem pignore, uni fiat remiſſio pignoris, non prodeſt aliis omnibus: tamen creditoribus ejuſdem debitoris, qui ſequuntur, prodeſt, quia pignus in totum liberatur a primo creditore, qui id remittit, & deinceps in id concurrunt omnes, qui ſequuntur: Nec quicquam facit, quod fit remiſſio in unius tantum gratiam: Nam pignus in totum ſolvitur a primo creditore. Itaque lex illa nihil obſtat: Nam non probat uni debitori remiſſionem factam prodeſſe aliis, ſed remiſſionem factam debitori in gratiam unius creditoris, prodeſſe etiam ſequentibus creditoribus.

Ad L. XII. Si dotare filiam *volens, genero res tuas obligaſti, pertinere ad te beneficium Senatuſconſulti falſo putas: Hanc enim cauſam ab eo beneficio eſſe removendam prudentes viri putaverunt.*

EX l.12. notandum eſt, ceſſare Senatuſconſ. Vellejanum, ſi mulier pro filia dotem promiſerit, & res ſuas pro ea obligaverit genero ſuo. Loquitur lex de filia: ſed idem eſt, ſi mulier pro alia femina dotem promiſerit, ut docet *l.ult.h.t.* dotem pro filia promittere, ſive ea femina, pro qua dos promittitur, ſit obligata, ſeu non, hoc eſt intercedere nuptiis contrahendis. Sed dotium favore eſt receptum, ut hæc interceſſionis cauſa non pertineat ad Senatuſconſult. Vellejan. Idque receptum eſt non tantum ante Juſtinianum, ſed etiam a prudentibus. Prudentes, inquit l. exceperunt hanc cauſam interceſſionis. Idem receptum favore libertatis, *l.pen.h.t.* Si ſervo obligato, vel non, mulier pro ejus capite pecuniam promiſerit, hæc etiam cauſa interceſſionis Senatuſconſulto non continetur. Præterea notandum ex l.12. ceſſare Senatuſconſul. Vellejanum, ſi mulier, quæ pro alio interceſſerit, poſt biennium denuo ſe obligaverit ejuſdem rei nomine, vel ſi eodem nomine ſatiſdederit, ſi expoſuerit ſecundam cautionem, qua agnoſcat primam: idem traditur in *Novel.61.* quæ ait, mulierem non pertinere ad Senatuſconſultum Vellejanum, ſi poſt biennium cautionem primam agnoverit. Sed id tantum locum habet, ſi pro extraneo, non pro marito intercedat: Nam & ſi pro marito ſæpius intercedat, non tenetur, *Novel.* 134. etiamſi poſt biennium iteretur interceſſio. Poſtremo notandum ex l.23. ceſſare Senatuſconſult. Vellejan. ſi mulier quid acceperit, ut pro alio intercedat. Cujus rei probatio ab actore exigitur, niſi inſtrumento publico, quod habeat ſubſcriptionem trium teſtium, comprehenſum ſit, dixiſſe mulierem, ſe cauſa interceſſionis pecuniam accepiſſe: hoc ſi ſit ſcriptum, non exigetur probatio ab actore, ſi modo inſtrumenti fides in dubium non vocetur. Additur etiam in ea lege 25. reſtitui actionem in veterem debitorem, non tantum ſubducta muliere beneficio Senatuſconſulti Vellejani, ſed etiam eo caſu deficiente Senatuſconſulto Vellejano, ſi mulier non ſit ſolvendo: quod valde novum eſt. Namque alias datione expromiſſoris, etiam ſi is non ſit ſolvendo, debitor omnino liberatur, nec in eum actio reſtituitur, quia creditor bonum nomen facit, qui eum expromiſſorem probat & admittit: ſicut hereditatem locupletem facit, qui eam adit: & ideo obligatur in ſolidum, etiam ſupra vires hereditarias, *leg. inter cauſas, §.abeſſe, D mand.* Cum igitur id ſit valde novum, non eſt porrigendum ad alios caſus deficientis Senatuſconſulti Vellejani: Nam ſi in mulierem, quæ interceſſit, ſit actio cum effectu, ceſſante Senatuſconſulto Vellejano, licet mulier non ſit ſolvendo, tamen in veterem debitorem non reſtituetur actio.

AD TITULUM XXX.

DE NON NUMERATA PECUNIA.

HIc Titulus eſt de exceptione non numeratæ pecuniæ, quæ dicitur a Græcis ἀναργυρία, & veritatis ſervandæ cauſa comparata eſt, *l.1.h.t.* ſeu tota pecunia, ſeu pars ejus non ſit numerata. Nam excipitur, vel de toto, vel de parte non numerata, *l.2.h.t.* Hoc autem habet proprium hæc exceptio, ut qui eam excipit, non probet, ſed onus probandi transferat in actorem, ut diximus in *tit. de*

condict. ob turpem causam, in fi. sup. l. 1. *sup. de prob.* Item, id habet proprium, ut non tantum actioni opponatur exceptio, sed etiam sine actione in modum querelæ contestetur. Contestatione autem perpetuatur, alioqui temporalis est exceptio. Id ostenditur in *l.* 8. 9. *&* 14. *§. pen. hoc tit. l. ult. sup. de condict. ex lege*. Ea contestatio fit creditori præsenti ex scripto, vel si creditor absit a loco, ubi contractum est, vel si sit difficilis conventu, veluti si in magistratu positus sit, fiet contestatio apud judicem ordinarium, vel civitatis defensorem, vel episcopum, *d. l.* 14. *§. pen. & ult.* quæ pars *leg.* 14. est repetita in *l. si præsens, supra, de Episcop. audient.* & similiter, quod in *ea l.* 14. est scriptum de apochis tributorum publicorum, id est repetitum in *l. ult. inf. de apochis public. lib.* 10. Item fini *d. leg.* 14. qui quidem est de exceptione non numeratæ dotis, est conjungenda *l. ult. de dote cauta, & non numerata*: utriusque est eadem inscriptio & subscriptio. Qua ex causa datur hæc exceptio non numeratæ pecuniæ, ex eadem etiam datur condictio cautionis, seu liberationis: ut si quis scripserit sibi numeratum, quod non est numeratum, spe numerationis, condicet chirographum, *l.* 7. *hoc tit. l.* 3. *sup. de condict. indeb.* Hæc condictio est perpetua, & adjunctum habet onus probandi. Itaque ejus conditio longe est ab exceptione diversa: Est enim perpetua hæc condictio, quia habet adjunctum onus probandi, quod non habet exceptio non numeratæ pecuniæ. Atque ita condictio indebiti, si per errorem solutum sit ex cautione non numeratæ pecuniæ, erit perpetua cum onere probandi, quod intenditur: hæc exceptio etiam, de qua tractamus, erit perpetua, si reus onus probandi sumat, nec exigat ab adversario probationes, sed eas ipse offerat. Ita recte sensit quidam ex veteribus, argumento *legis* 10. *hoc tit.* Datur etiam interdum non exceptio ex hac causa, sed replicatio ejusdem naturæ & conditionis, *l. pen. hoc tit.* Et in specie hujus leg. 1. si pignus a me datum spe futuræ numerationis vindicavero, contra exceptionem dati pignoris, & nondum solutæ pecuniæ, dabitur replicatio non numeratæ pecuniæ, ita est accipienda l. 1. hoc tit. quæ repetita est in *l.* 1. *inf. si pignoris convent. numerat. secuta non sit*. Idem colligitur ex *d. l.* 1. *hoc tit.* contra cautionem, sive chirographum dari exceptionem non numeratæ pecuniæ, etiamsi hypotheca data sit, & cautioni pignus additum sit, *l.* 3. *hoc tit.* Idemque est, si cautioni additum sit jusjurandum, id est, si cum religione jurisjurandi, scripto quis sit testatus se pecuniam accepisse, *l.* 16. *hoc tit.* Id etiam colligitur ex *d. l.* 1. hanc exceptionem non numeratæ pecuniæ, non tantum dari contra actionem creditæ pecuniæ ex mutuo, vel ex stipulatu, sed etiam contra actionem hypothecariam, *l.* 1. *in fi. hoc tit.* Et biennio hæc exceptio concluditur ex constitutione Justiniani, olim quinquennio, *l.* 1. *C. Hermogenian. de cauta, & non numerata pecunia*. Hodie biennio, post biennium non potest opponi. Datur etiam hæc exceptio contra actionem ex stipulatu de dote. Et hoc casu non biennio, sed longiore tempore concluditur in favorem dotium, quod tempus præfinitur *l. ult. de dote cauta, & non numerata, & Nov.* 100. Et hæc exceptio non numeratæ pecuniæ opponitur etiam contra quamlibet aliam actionem ex stipulatu. Sed quid si debitum ex causa venditionis, vel conductionis deducatur in stipulationem, & scribatur hæc stipulatio (ut fit plerumque) an contra actionem ex stipulatu ex his causis opponatur exceptio non debitæ pecuniæ? nam cum debitum ex alia causa in stipulationem deducitur, non est necesse, ut stipulationis tempore pecunia numeretur: sed ut debitum præcedat: quod si non præcesserit, tum contra actionem ex stipulatu opponetur exceptio non debitæ pecuniæ, *l.* 5. *&* 13. *h. t.* Et hæc exceptio erit perpetua, quia habet adjunctum onus probandi, *l.* 13. *h. t.* de qua in l. 1. sup. de probat. Contra alias autem actiones, quæ nascuntur ex obligationibus re contractis, opponitur

A exceptio non datæ rei, vel pecuniæ: veluti contra actionem depositi, opponetur exceptio non dati depositi, vel contra actionem commodati, exceptio dati, non commodati. Et exceptio hæc his casibus etiam biennio concluditur: Nam lex 14. h. t. significat eam exceptionem locum habere in omnibus contractibus, qui re contrahuntur, eamque biennio finiri. Opponitur etiam exceptio non solutæ pecuniæ contra apochas, *d. l.* 14. Et hoc casu non biennio concluditur, sed mense, qui plus favemus liberationibus, quam obligationibus. Denique hæc exceptio hæc omnia complectitur, non numeratam scilicet pecuniam, non solutam, non debitam, non datam rem, vel solutam. Et modo est perpetua, modo temporalis, modo mensis, modo biennii, modo temporis prolixioris. Datur autem exceptio hæc non tantum B reo principali, sed etiam ejus mandatori, & fidejussori, & heredi, *l.* 8. 12. *& penult. h. t.* Expromissori autem non datur, *l.* 6. *hoc ipso tit.* Idque est verissimum, si pro suo creditore expromiserit, quia etiamsi solverit, indebiti condictionem non habet. Sed si expromiserit pro eo, cui nihil debebat, cuique stipulator pecuniam non numeraverat, si conveniatur ex stipulatu, se tuebitur exemplo fidejussoris, exceptione in factum non numeratæ pecuniæ, vel doli, *l. quamvis, §. interdum, D. ad Senatusc. Vell. l. Julianus, D. de doli except.* Ubi citatur Julianus, *l.* 1. & in *l.* 2. *D. de donat.* Addatur, dari etiam hanc exceptionem aliis creditoribus rei principalis, qui agunt, vel conveniuntur actione hypothecaria, *l. pen. h. t.* Hanc igitur exceptionem habet, non tantum qui se principaliter cautione obligavit inconsiderate, sed & ejus creditor, C si cum eo agatur actione hypothecaria ab eo, in quem illa cautio exposita est, & cui cautum est. Namque ei actioni opponetur exceptio *ἀναργυρίας*. Hæc exceptio certis casibus cessat. Primum, si fidem cautionis promissor agnoverit, *l.* 4. *h. t.* quod fit solutione partis: quo etiam casu filiusfamil. post emancipationem amittit exceptionem Senatusconsulti Macedoniani si solvat partem, *l.* 2. *sup. ad Macedon.* His possunt addi quæ diximus de solutione partis, *sup. tit. ne uxor pro mar.* Secundo cessat hæc exceptio, si quis transactionis causa certam summam caverit; nam frustra excipit de non numerata pecunia, *l.* 11. *h. t.* Nam etiam ex causa transactionis solutum condici non potest, quamvis debiti causa nulla præcesserit, *l.* 2. *sup. de condict. indeb.* Tertio hæc exceptio cessat, si quis argentariis, & publicæ mensæ exer- D citoribus caverit certam quantitatem dari, & hoc fuit nominatim definitum *Nov.* 136. *& edicto Justin.* 7. (nam quod apud eos fit, maxime fidem facit) Ideoque ex eis Novellis generaliter dicendum est, hanc exceptionem cessare, si quis publico instrumento caverit certam quantitatem, de quo Accursius dubitavit, sed id expediunt Novellæ: & contra chirographum opponitur exceptio, contra publicum instrumentum non opponitur, nisi probetur falsum: Præterea hæc exceptio non opponitur chirographis, vel apochis rerum depositarum, *l.* 14. *§.* 1. *h. t.* Ut si quis scripserit, se rem accepisse in causam depositi, quam vocant securitatem, & *ὁμολογίαν ἀπολημπτικήν*, & apocham: apocha tria significat, acceptilationem, professionem acceptæ pecuniæ debitæ, & professionem acceptæ pecuniæ non debitæ, ut in cau- E sam depositi. Et contra hanc apocham non potest opponi exceptio non dati depositi, ne in reddendo deposito fiat mora; quod probatur confessione depositarii: idque introductum est favore depositi: sicut etiam illud, ut actioni depositi non opponatur compensatio, deductio, retentio. Sic hæc exceptio non opponitur, ne quid moretur redditionem depositi. Itaque non idem dicemus de apocha redditi depositi, qua in re Accursius fallitur: Nam hic non subest idem favor, & exceptionis, & apochæ. Itaque contra apocham redditi depositi, quam emittit, qui deposuit, cuique redditur depositum, non dicemus non posse opponi exceptionem non redditi depositi. Ideo si qui deposuit, agat depositi, & depositarius apocham proferat,

repli-

A replicabitur de non reddito deposito, negabiturque veram esse scripturam, & dicetur id fuisse scriptum spe futuræ redditionis. Præterea hæc exceptio non opponitur apochis publicorum tributorum, *d. l.* 14. Atque id introductum est favore collatorum. Qui a fisco apocham accepit securus est, etiamsi dicatur emissa spe futuræ numerationis. Postremo hæc exceptio non opponitur apochis traditæ dotis, quæ fiunt post tabulas matrimoniales, id est, post dotalia instrumenta; quod etiam significat *d. lex* 14. Est quidem locus exceptioni non numeratæ, vel non datæ dotis, cum tabulæ tantum nuptiales confectæ sunt, in quibus est perscriptum viro dotem datam, vel promissam esse, & hoc est quod ait *lex* 1. *inf. de dot. caut. & non numer.* Dotem non facit, ait, dotalis instrumenti scriptura: item *l. ult. eod. tit.* In dotibus, inquit, quas datas esse, &c. Idem significat *Novel.* 100. B At si præter nuptiales tabulas, in quibus scriptum est dotem datam, apocha etiam maritus caveat, se recepisse dotem ab uxore vel a socero: contra hanc scripturam non dabitur exceptio non numeratæ dotis. Quod introductum est favore dotium. His casibus, quibus ab initio cessat exceptio non numeratæ pecuniæ, non potest etiam ab adversario deferri jusjurandum, *d. l.* 14. *h. tit.* His casibus, qui cavit neque potest excipiendo exigere probationes debiti a creditore, nec eum cogere ut juret sibi deberi. Cautio namque sufficit, nec adigendus est actor ad jusjurandum. Excipitur unus casus *Novell.* 136. *de argent. contract.* §. *ult.* Rationibus argentarii, exprimentibus causam debitorum, debitor subscripsit sua manu, causas tamen debitorum non expressit (nam alioqui constat cessare exce- C ptionem non numeraræ pecuniæ, etiamsi res ei esset cum alio, non cum argentario, *l.* 13. *h. tit.*) Sed ut dixi subscripsit tantum: lex ait, argentario non posse opponi exceptionem non numeratæ pecuniæ; & rationes ejus subscriptas a debitore haberi pro publicis instrumentis: sed jusjurandum ab argentario posse peti intra biennium. Et ita legi 14. derogatur, ut ea Novella significat. Idem est, si exceptio non numeratæ pecuniæ sit tempore finita: Nam post biennium, vel mensem literis statur omnimodo, nec jurare cogitur, qui eis literis nititur, *d. l.* 14. Et ita nudis literis obligatio contrahitur, tempore finita hac exceptione, etiamsi numeratio non sit secuta, *tit. de liter. obligat. Institut.* Sed de literarum obligationibus nulla est in Pandectis mentio, sed de obligatione, quæ re, vel verbis, vel consensu contra- D hitur, *l. Græce*, §. 1. *de fidejuss. l.* 1. *de novat. l.* 1. §. 1. *& l. obligamur, de obligat. & action.* Hæc fuit vetus divisio obligationis, aut re, aut verbis, aut consensu, aut nominibus: nomina apud mensam argentariorum in foro fiebant: Sed obligatio nominum sublata est. Obligationem etiam nominum prudentes non agnoverunt, quia exceptio non numeratæ pecuniæ olim fuit perpetua. Ergo nulla fuit literarum obligatio. Constitutiones novissimæ eam exceptionem fecerunt quinquennalem, deinde constitutio Justiniani biennalem vel menstruam secundum ea, quæ diximus.

E

AD TITULUM XXXI.

DE COMPENSATIONIBUS.

Compensatio ita definitur in *l.* 1. *eod.* debiti & crediti inter se contributio: ubi Accurs. debiti, inquit, ex utraque parte, & inter se, id est, inter contrahentes. Sed hoc totum est rejiciendum, quia his verbis nemo non videt significari sui æris, & alieni æris computationem, puta, cum quis quod alteri debet, confert cum eo, quod sibi debetur, & cum utrumque communi calculo subjicit: propter quod etiam Græci *συμψηφισμὸν* vocant, & *ἀντέλλογον*, *Theophilus Instit.* §. 1. *de societ. & §. in bonæ fidei, de actionib.* Et Græcus quidam compensare dicit, *ἀντιλογίζειν*. Fit autem ex causa pari compensatio, vel etiam dispari, ut si tu mihi debeas ex mutuo, ego vero tibi ex vendito. At fit tantum compensatio ex specie pari. Paulus *libro* 2. *Sentent. tit.* 5. Ut pecunia compensatur cum pecunia, aurum cum auro, frumentum cum frumento. Denique ea tantum in compensationem deducuntur, quæ pondere, numero, & mensura constant: quia ea sola mutuam permutationem recipiunt: corporis cum corpore non fit compensatio, licet cum de corporibus agitur, dicatur, sed improprie, compensationi locum esse: id semper est accipiendum corporibus ad æstimationem redactis: æstimationes illæ ultro citroque concurrentes quantitate compensantur. Addendum, compensationem fieri ipso jure, ut si tibi centum debuerim, & tu postea mihi debere cœperis sexaginta, nunc ipso jure non debeo tibi nisi quadraginta, & ejus duntaxat summæ usuræ currunt ex mora, vel stipulatione, secundum causæ, vel judicii qualitatem, *l.* 4. *&* 5. *hoc tit. l. cum alter, D. eod. l. ejus, inf. de solution.* Et si tu a me petas centum nominatim, plus petas, quia deminutum est debitum ipso jure, & in plus petiti periculum incidas. Paulus supradicto loco. Item, si in eadem specie ego solvam illa centum per errorem, mihi competit condictio indebiti, *l. si ambo, D. eod. tit.* Igitur exceptionem doli opponere, vel compensationem allegare non est necesse: Nam ipso jure obligatio minuitur, *l. postquam, D. eod.* At olim tantum id obtinuit in actionib. bonæ fidei, *d. §. in bonæ fidei, & d. lex si ambo*, nominatim loquitur de actione societatis, quæ est actio bonæ fidei: At contra *l. inter tutores, D. de administ. tut.* quæ ait, æquitatem merum jus compensationis inducere sine exceptione, id est, æquitatem ipso jure compensationem inducere sine compensatione, loquitur de qualibet actione, & *d. lex postquam, & lex cum alter, eod. tit. & lex* 4. *&* 5. *hoc tit.* Et lex quinta nominatim loquitur de actione stricta ex testamento. Et male Accursius legem quartam coangustat ad rationem usurarum. Dicit enim in actionibus strictis ipso jure compensationem fieri, quod ad rationem usurarum attinet, ut inhibeantur pro modo concurrentis quantitatis. Sed male: nam licet ea l. 4. de usuris loquatur, ratio tamen leg. 4. est generalis: quia ipso jure pro soluto compensatio habetur. Idem etiam male tradit, in maleficiis ipso jure compensationem fieri, licet sint actiones strictæ, si agatur ex maleficio, allata *l. si ambo, §. quoties, D. eod. tit.* quæ lex, si furti vel condictione furtiva, vel noxali judicio agatur, dicit compensationem locum habere, ipso jure fieri non dicit. Et quod est initio *leg. si ambo*, quo etiam Accursius utitur hujus sententiæ firmandæ causa, id est de culpa & negligentia sociorum, quod maleficium non est, & de actione societatis, non de actione ex maleficio. Itaque ea sententia non potest sustineri. At quid propositis dicemus? Proposuimus in actionibus bonæ fidei tantum ipso jure olim admissam compensationem: at postea multas leges attulimus, quæ dicunt compensationem in qualibet actione admitti ipso jure: hæc est mea sententia. Olim in actionibus strictis, nec ipso jure, nec per exceptionem compensatio admittebatur, ipso jure in bonæ fidei actionibus admittebatur, quia exceptiones doli bonæ fidei judiciis insunt: deinde cœpit etiam postea in actionibus strictis admitti compensatio, opposita doli exceptione, ex constitutione Divi Marci, *§. in bonæ fidei, Instit. de actionib.* quod non extat alibi. Judicium strictum opposita doli exceptio reddit bonæ fidei actionem. Ergo ex illa constitutione admissa est compensatio in actionibus strictis. Exceptio doli strictam actionem bonæ fidei facit, *l. Seja, de mort. causa donat.* & ibi Doroth. in lib. Basil. tandem post Marci constitutionem quæ admiserat doli exceptionem, constitit inter omnes prudentes, ubique ipso jure compensationem fieri, & in bonæ fidei, & strictis judiciis. Et hic est sensus

legis

legis postquam, id est, postquam finita est vetus controversia inter Jurisprudentes: quod & constitutio Severi confirmavit, *d. l. cum alter*, *eod. tit.* id est, Alexandri, & *l. 4. hujus tit. &* 5. ita definiunt aperte. Deinde etiam id confirmavit aperte constitutio Justiniani, *inf. l. ult. hujus tit.* In qua lege quidquid constituitur, jam fuerat ante constitutum. Constituitur primum, ut ipso jure fiat compensatio in omnibus actionibus, quod ante receptum fuerat, nec id sibi vindicat Justin. deinde ut non fiat compensatio, nisi debiti liquidi, id est, certi, & confessi, & præsentis. Confessum debitum liquidum est: item id, de quo constat sententia judicis. Ita certi debiti confessi fit compensatio, controversi, vel incerti non fit, ut in specie *legis si debeas*, *D. eod.* Si debeas decem, aut hominem, utrum adversarius elegerit, hujus debiti compensatio non fit, antequam adversarius elegerit, quia nondum est certum quid debeatur, cum sit debitum in potestatem creditoris collatum, nec is palam dixerit, quid sibi præstari velit. Item ejus, quod per exceptionem perimitur, quæ expungat naturalem obligationem, non fit compensatio, *l. quæcumque*, *D. eod. tit.* Item ejus debiti, cujus dies nondum venit, compensatio non fit, *l. 7. D. eod.* At si debitum sit purum, & debitor condemnatus sit, certum est debitori diem prorogari judicato faciendo: intra eum diem judicati ejus debiti compensatio induci potest, *l. si cum militis*, *§. ult. D. de compens.* Quoniam, inquit lex, aliud est diem non venisse, qui fuit obligationi præsenti appositus: quo casu non potest opponi compensatio, cum nondum ille dies venerit: aliud est humanitatis gratia debitori puro indulgeri solutionis tempus: quo casu, si intra illud tempus agat, ei compensatio opponetur ejus debiti, cujus solutio dilata est humanitatis causa. Idque ait, si ei, qui pure debet, humanus creditor laxiorem diem ultro dederit ad solvendum, quod non ita dudum contigit in hac specie. Mihi debes centum, deque eo constat sententia judicis, qua condemnatus mihi fuisti: sed rogatus distuli actionem judicati in biennium: interim ex novo quodam negotio ego cœpi tibi debere centum, quæ statim tibi solvi petis. Ego a principe impetro licentiam ejus compensandi, quod mihi ex causa judicati debes, cujus solutionem humane in biennium distuli: Nam moribus Galliæ compensatio non fit, nisi ex principis rescripto. Tu dicis nondum venisse diem, & biennium nondum præteriisse, & quod in diem debetur, non venire in compensationem. Contra ego dico, longe aliud esse, non venisse diem, qui fuit initio obligationis, aliud tempus indulgeri humanitatis gratia, meam humanitatem mihi nocere non debere, vinco ex *d. l. si cum militis*, *§. ult.* Atque ita refert Papo in lib. senatusc. non notata tamen illa lege. At ut redeamus ad dict. l. ultimam, Justinianus duas actiones excepit, quibus compensatio non admittitur, actionem depositi, quod etiam fuit receptum ante Justinianum, ut diximus *sup. Commod.* excipit etiam momenti actionem, quæ datur aliena possessione interversa & occupata. Utramque actionem depositi, & momenti celeriter expediri oportet, nihil morari debet redditionem depositi, nec possessionis restitutionem. Utraq; actio est momentaria, & nominatim momenti actio dicitur celeris reformatio, *l. si coloni*, *de agric. & cens. l. quinta*, *Cod. Theodos. de denunt. vel edit. resc. l. 4. Cod. Theodos. Unde vi*, eas duas actiones compensatio non minuit.

Ad extremum notandum est compensationem admitti, non tantum in privatorum causis, sed etiam fiscalibus, id est, fisco agenti compensationem recte opponi, *l. 1. l. liberum*, *hoc tit. l. ult. D. eod. l. aufertur*, *§. ut debitoribus*, *D. de jure fisci*. Quod ita procedit, si eadem statio, quæ mecum agit, mihi debeat. Nam ei compensabo, quod vicissim mihi debetur. Sed quod altera statio fisci mihi debet, id alteri agenti compensare non possum, ne officia fiscalia confundantur, sive stationes fiscales: unus est fiscus, diversæ sunt fisci stationes, id est, mansiones, in quibus officia fiscalia consistunt. Sic accipe *legem 1. Ne fiscus rem, quam vendidit, evincat*, & *l. 2. inf. de solut.* Ubi Accursius legit, *stationibus*, non *rationibus*, ut vulgo, & *Nov. 91.* Duo fiscalia debita, quod ibi ignoravit Accursius, id est, duarum stationum fiscalium debita. At hanc legem primam Græci ita exponunt. Fiscus in diversis provinciis habet rerum suarum procuratores, & dicitur unaquæque procuratio statio: quod una statio fiscalis mihi debet, id alteri agenti mecum compensare non possum. Ratio notatur in l. 1. propter confusionem officiorum diversorum, id est, ne confundantur procurationes, & rationes catholicorum. Nam Græcis semper Cæsaris procuratores dicuntur καθολικοί. Alii sunt procuratores speciales, ut procurator metallorum, caducorum: at provinciales sunt καθολικοί, & absolute catholicus est Cæsaris procurator. In *l. pen. §. pen. inf. de bon. damnat.* Ita legitur: *Cæsarianis, vel Catholicianis*. Cæsariani sunt officiales, sive apparitores procuratoris Cæsaris. Iidem sunt Catholiciani. Itaque illud, *vel* est ἑρμηνευτικόν, & legendum forte, id est, ut apud Eusebium libro decimo καθολικὸν Africæ interpretari oportet procuratorem Cæsaris in Africa, quod latinus interpres male vertit præfectum prætorio. Sic in *libro 4. de vita Constantini*, καθολικότητος nomine singificatur Cæsaris procuratio. Excipiendus est unus tantum casus, quo non opponitur fisco compensatio, si rei venditæ pretium fiscus petat: id enim omnimodo solvi oportet, nec compensatio ullo modo inducitur, *d. l. aufertur*, *§. ut debitorib. & l. 7. hoc tit.* At si privatus petat pretium rei venditæ, recte compensatio ei opponitur. Et id tantum proditum est de fisco, ut in eo non inducatur compensatio.

Addendum, adversus fiscum compensationem non admitti, si tributa, vel stipendia, vel annonas petat, *d. §. ut debitoribus*. Hoc in civitatibus etiam receptum est, *l. 3. hoc tit.* Si civitas, inquit, petat vectigalia, vel tributa, non admittitur compensatio. Quædam sunt vectigalia fisco debita, *l. omnium*, *inf. de vectigal.* Quædam sunt debita Reipublicæ, *l. 10. & ult. eod. tit.* vectigalia, id est, εἰσαγωγικὰ & ἐξαγωγικά. Sic tributa quædam fisco, quædam civitatibus inferuntur: Sive igitur fiscus, sive civitas petat, non est compensationi locus. Item in causa civitatum non admittitur compensatio, si is, cum quo agitur nomine civitatis, debitor sit ex pecunia, quæ serviat Calendario civitatis, ut ait l. 3. id est, quæ fœnori contrahendo destinata sit, cujus pecuniæ erat etiam proprius curator, qui dicebatur curator Calendarii, *l. ult. ff. de administrat. rer. ad civitat. pert.* Et in *Cod. Theodos. tit. de curat. Calend.* Hujus igitur pecuniæ debitor compensationem non habet. Nam eam reddi oportet sine cunctatione, & statim collocari, ne sit otiosa. Item non admittitur compensatio, si quis sit civitatis debitor ex ea pecunia, quæ serviat solemnibus impensis civitatum, veluti viarum, operum, speculatorum: vel ex ea pecunia, quæ frumento, vel oleo coemendo sit destinata: Cujus quidem pecuniæ erant proprii curatores, qui dicuntur Σιτῶναι, & Ἐλαιῶναι *l. ult. D. de munerib. & honor.* Igitur hujus pecuniæ debitor compensationem non habet, ut *l. 3. & l. ideo*, *D. eod. tit. de compensat.* id est, debitor alimentorum & copiarum, id est, qui civitati debet alimenta vel copias, non habet compensationem, *d. l. 3. & l. ob negotium*, *D. eod.* Alimenta, & annonas vocamus copias, *l. 4. Cod. Theodos. de oper. public.* Cassiodorus in psalmo 31. ait copias victuales parcius dari. Et idem in psalm. 77. & 117. *qui jussam copiam*, &c. Igitur debitor copiarum non utitur compensatione. Item debitor fideicommissi relicti civitati non habet compensationem, *d. l. 3. hoc tit.* Si privato debeatur, habet compensationem, *l. 5. hoc tit.* Et hæc quidem tantum proponuntur in *d. l. 3.* in qua dum ait, *is cujus de ea re negotiatio est*, id est, Præses, non Procurator Cæsaris, quia hæc l. 3. loquitur de civitate, non de fisco: Et jura civitatis ad Præsidem Provinciarum, non ad Procuratorem Cæsaris pertinent.

Ad L.II. Ex causa quidem judicati (*si debitum*) *solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio ejus admitti potest. Eum vero, qui judicati convenitur, compensationem pecuniæ sibi debitæ implorare posse, nemini dubium est.*

IN hac *l.*2. hoc ostenditur, eum, qui convenitur ex judicato, posse compensare id, quod sibi debetur ex alia causa, vel ex eadem, id est, ex re judicata. Item notandum generaliter eum, cum quo agitur, posse compensare quod indebitum solvit, cujus condictionem habet, non id, cujus condictionem non habet, ut ex causa judicati solutum condici non potest, licet justa non fuerit condemnatio, *l.* 1. *sup. de condict. indeb.* Ergo id etiam compensari non potest. Hæc est sententia *l.* 2. B cui Fulgosius opponit, nec respondet, *l. etiam*, *D. de compensat.* quæ ait, notandum id, quod jure civili, sed etiam quod natura debetur, venire in compensationem: nunc ita colligatur: naturalia debita veniunt in compensationem. Quod ergo male condemnatus solvi, mihi debetur generaliter. Ergo possum id compensare, quod est contra hanc *legem* 2. propositio (ut respondeamus) est certissima. Assumptio ita probabitur: Si ego solvi ex male judicato, solvi natura indebitum, quia male judicatum non parit naturalem obligationem, neque tollit si qua sit, *l. Julianus*, *ff. de condict. indeb.* Ergo id ipsum, quod solvi, mox natura mihi cœpit debere is, cui solvi, argumento *leg. ult. sup. de condict. indeb.* Ubi creditor, cui Stichus aut Pamphilus debetur, utroque soluto per errorem, debitor fieri C intelligitur. Et ideo quidam ei dabant electionem reddendi quem vellet, quia in disjunctivis debitoris est electio: eorum tamen sententia non probatur: sic natura debita, & quod tibi solvi natura indebitum, id ipsum mihi natura debes. Ita probabiliter assumptio probatur; verum non est admittenda, quia cum solvi ex causa male judicati, solvi quidem indebitum natura, jure tamen civili debitum, ex re scilicet judicata. Solutio debiti civiliter tantum, vel naturaliter, obligationem naturalem non parit ex parte accipientis: & ideo ut natura debiti soluti non est condictio, ita nec indebiti natura est condictio, si jure civili debeatur: at solutio prorsus, & omni jure indebiti obligationem naturalem parit ex parte accipientis, ex qua est condictio, quæ dicitur naturalis, & ex bono & æquo, *l.* D *indebiti*, & *l. hæc. condictio*, *ff. de condict. indeb.* Quod ergo ex causa male judicati solvi, jure civili debui, jure naturali non debui, sed neque id tu, cui solvi mihi nunc natura debes: ergo id condicere non possum condictione indebiti, quia solvi debitum, nec compensare, quia quod debitum accepisti, fieri non potest ut natura mihi debeas. Et rursus contra *l. etiam*, *eod. tit.* opponi solet *lex quæcunque*, *ff. de compensat.* Lex ait, ea, quæ per exceptionem perimi possunt, non venire in compensationem: at ea videntur natura deberi, quæ non eliduntur, nisi exceptione. Cur igitur ea in compensationem non veniunt? *Lex quæcunque* negat. Dicamus, duo sunt genera exceptionum: aliæ tollunt naturalem obligationem, ut exceptio pacti, jurisjurandi, E doli, Senatusconsulti Vellejani, & non numeratæ pecuniæ. Hæ expungunt naturalem obligationem: quæ his exceptionibus perimuntur, ea si tibi solvero, condicere possum. Ergo & compensare. Mihi autem ea compensari non possunt, quia nec natura ea debeo. Sic est accipienda *lex quæcunque*: & ideo utitur verbo perimendi. Aliæ sunt exceptiones, quæ non tollunt naturalem obligationem, ut rei judicatæ: ut si verus debitor absolvatur, non desinit ideo natura debere, quamvis habeat exceptionem rei judicatæ. Igitur exceptio rei judicatæ non tollit obligationem naturalem. Item exceptio inopiæ, ne quis supra vires damnetur. Et exceptio impetrati iniqui juris, male judicati, & Senatusconsulti Macedoniani: hæ non tollunt naturale vincu-

A lum. Quæ his exceptionibus eliduntur, ea si tibi solvero, condicere non possum, quia natura debeo: ergo nec tibi ea postquam solvi possum compensare: mihi tamen ea, si nondum solvi, compensari possunt, quia a me naturaliter debentur, licet peti non possint. Sic accipienda *lex etiam*, licet peti a me non possunt. Denique pleraque, quæ peti non possunt, compensari possunt, manente naturali obligatione: at quæcunque soluta repeti non possunt, nec compensari possunt, quia ideo non possunt repeti, quia debita sunt aliquo jure, vel civili tantum, vel naturali. Solutio autem debiti reddendi ejus obligationem naturalem parere non potest.

Ad L.VI. Neque scriptura, *qua cautum est accepta, quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit; & compensationis æquitatem jure postulas; non enim prius exsolvi, quod debere te constiterit, æquum est, quam petitioni mutuæ responsum fuerit, eo magis, quod ea te persequi dicis, quæ a muliere divortii causa amota quereris.*

COnjungenda est hæc *l.*6. cum *l.* 1. *inf. rerum amotarum*. Sciendum est apud eundem judicem sæpe mutuas petitiones institui, conventiones, & reconventiones, de quibus hæ sunt leges, *l. Lucius*, *D. Mand.* *l.*15. *de except. rei judic.* *l.* 34. *D. de procurat.* *l.* 1. §. *ultim. de extraordin. cognit.* *l. si idem*, §. 1. *de jurisdict. omn. judic.* Item *l.* 1. §. *ultim. D. quæ sentent. sine appellat. rescin.* Nunc finge: vir facto divortio agit rerum amotarum; mulier vicissim agit ex stipulatu apud eundem judicem: mutuæ petitiones sunt: fiet compensatio; & ideo si prius constiterit sententia judicis de eo, quod vir mulieri debet ex stipulatu, vir non cogetur id statim mulieri solvere. Non poterit statim agi judicati. Nam est expectandum quoad etiam de rebus amotis pronuntietur. Hæc est vis compensationis. Hoc hac lege ostenditur, & *l.* 1. §. *ult. quæ sent. sine appellat. resc.* Ubi nominatim est scriptum, constitutionibus id caveri. Nullæ extant constitutiones, præter hanc, quæ ideo intelligenda est. Non obstat, quod dicit Accursius, ex constitutione Justiniani *de rei uxoriæ actione*, *infr.* ut ob res amotas non sit locus retentioni, vel compensationi, videlicet si dos repetatur; ex ea constitutione res amotæ non veniunt in compensationem. Id non obstat, quia ea constitutio est nova decisio, & si vis trahere ad priores constitutiones, non potest ad hanc trahi, cum non dicatur palam, mulierem egisse de dote, sed ex stipulatu, *l.* 1. *inf. rer. amot.* Variæ sunt causæ, quibus ex stipulatu agitur.

Ad L.VIII. Si propter fructus *ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor tibi constitutus est: cum id, quod a matre tua ei legatum est, a te petere cœperit, mutuo debitæ quantitatis apud eum, qui super ea judicaturus est, compensationem non immerito objicies.*

EX *l.* 8. notandum est, ei, qui agit ex testamento legati nomine, posse objici compensationem fructuum ab eo ex agro adversarii mala fide perceptorum, & consumptorum, & teneri condictione sine causa, *l.* 3. *sup. de condict. ex causa*. Objicitur compensatio sine exceptione, quia fit ipso jure: Sed dum objicitur, ipso jure factam esse compensationem, dicitur, ut filiofamilias præterito testamentum ipso jure nullum esse sine bonorum possessione contra tabulas dicitur.

Ad L.IX. Ejus, quod non ei debetur, *qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.*

SI mecum agas, constat me posse compensare quod mihi debes; at quod alii, puta Titio debes, te invito compensare non possum, etiamsi Titius velit, *l. in rem*, *D. de compensat.* At si me convenias quasi Titii procuratorem, hoc casu compensabo quod Titio debes,

non

non quod mihi debes, *l. postquam, D. eod.* Multo minus potero compensare quod Titius mihi debet. Igitur nec quod alii debes, nec quod alius mihi debet, id possum compensare: at si agas ut heres militis ex bonis castrensibus, id duntaxat compensabo, quod mihi defunctus debuit ex causa castrensi, non quod ex causa pagana: Nam duplex est hæc hereditas, alia castrensis, alia pagana. Miles potest bona sua separare ex militari privilegio, *l. si cum militi, D. eod.* Rursus si agas mecum ut procurator fisci in Asia, id compensabo, quod Asiana statio mihi debet, non quod alia, *l. 1. hoc tit.* Vel si ut tutor agas, id compensabo, quod pupillus mihi debet, non quod tu debes, *l. pen. D. eod. tit.* at si sint duo tutores, unus rerum urbanarum, alter provincialium, & agas ut tutor rerum urbanarum, id etiam compensabo, quod mihi pupillus debet ex causa, vel contractu provinciali, *l. inter, D. de administrat. tutor.* Nam ut fisci, ita pupilli, diversæ stationes, vel procurationes sunt. Ipso jure una est tutela unius pupilli, licet sint plures tutores, qui administrationem rerum pupillarium diviserint, quæ per eos, vel curatores fit: & idem de curatoribus, quod de tutoribus dicendum est. Et similiter si agas ut procurator in rem alienam, non tuo nomine, id solum compensabo, quod dominus mihi debet, non quod tu: at si agas ut procurator in rem tuam, compensabo, quod tu mihi debes, non quod dominus, argumento *legis si quis in rem, ff. de procurat.* At si agas mecum tuo nomine, quasi cum tuo debitore id recte compensabo, quod Titio debes, si modo Titius actiones suas in rem meam mihi mandaverit, puta nomine vendito, & si eas actiones contestatus fuero, *l. in rem, D. eod. tit.* quia litis contestatio pro delegatione habetur. Itaque videor compensare quod mihi debes, non quod Titio. Idem ergo erit, Accursio auctore, si a te partem illius debiti exegero, vel tibi, ut solveres denunciavero. Nam hæc exactio particularis, vel denunciatio pro delegatione habetur, *l. 1. sup. de obligat. & act.* His addendum, fidejussorem recte compensare quod reo principali debetur, *l. 4. & 5. D. eod. tit.* Item socius, quod socio debetur recte compensat: socius enim est ipse alter, *l. 10. ff. de duob. reis constit.* quæ lex, dum negat unum ex duobus reis promittendi, non sociis posse compensare, quod alteri debet, id tacite in sociis admittit: & quod ait de non sociis, ita procedit, si invicem fidejusserint suo nomine: quia potest fidejussor, & quod sibi, & quod reo debetur, compensare, *l. 11. de duob. reis*, quæ ait, duos reos promittendi non inutiliter invicem fidejubere. Effectus hujusmodi mutuæ obligationis duplex est: primus, si correi socii non sint, & invicem fidejusserint, & unus solidum deinde solverit partim suo, partim nomine fidejussorio, actionem mandati adversus correum habet, quam nec ullam aliam habet, si invicem non fidejusserit, quia si socii non sint, & invicem fidejusserint, unus potest compensare quod alteri debetur, quod non licet, si invicem non fidejusserint: ob id lex 11. non ait, non inutiliter duos reos promittendi invicem fidejubere. At videntur duo rei effectu semper invicem fidejubere, quia a quolibet solidum semper peti potest. Ideo in Senatusconsult. Vellejano si mulier & Titius duo rei sint accepti, mulier videtur pro Titio fidejussisse, & sic intercessisse, quod non valet, & reprobatur, *l. vir uxori, §. ult. D. ad Senatusc. Vell. l. mulierem, sup. ad Senatusc. Vell.* At sane non sunt vice mutua fidejussores, ita ut superioribus sententiis locus sit, nisi id ita sit nominatim cautum, ut invicem fidejubeant, quæ cautio parit illos duos effectus. Addunt interpretes filiumfamilias recte compensare, quod patri debetur, quod verum non puto, nisi ex eadem causa patri debeatur, qua cum filio agitur. Et est quod ait *l. 9. in fi. D. eod. tit. de compens.* quia unus contractus est. Loquitur autem hæc lex de societatis contractu, de quo Paulus tractavit lib. 32. ad edictum, ex quo sumpta est illa lex: tractat etiam initio legis, & ideo dicit, patri agenti ex contractu habito cum filiofamil. compensari patri solidum, quod socio filiusfamil. debet, licet non possit peti a patre, nisi pro modo peculii. Sic igitur in fine legis species ponenda est: Filiusfamil. contraxit societatem cum Titio, obligatio statim patri adquiritur, qui ideo etiam socius videtur: agitur cum filiofamil. pro socio in solidum, ex eodem contractu debetur patri aliquid, qui se societati immiscuit, quasi sibi per filium quæsitæ: id quod patri debetur ex eadem causa filius compensabit, quia unus est contractus, quam rationem Accursius male ait, malam esse.

Ad L. X. Quoniam liberum fundum *distractum tibi proponis, post vero veluti præcedente emptionem obligatione, certum quid solvisse, si debitum a te apud præsidem provinciæ petatur: compensationem ejus, quod indebite solvisti potes opponere.*

Notandum est, ei, qui agit ex vendito, posse opponi compensationem rei pigneratæ, venditæ. Finge, venditor in vendendo prædio dixit, id esse liberum omni obligatione: erat tamen pignori Titio obligatum: illud emptor luit. Si emptor conveniatur ex vendito pretii nomine, compensabit pecuniam, quam Titio solvit luendi prædii causa. Idem puto esse dicendum, si venditor prædium non dixerit esse liberum, argumento *legis 5. inf. de eviction.* si modo & id obligatum non dixerit.

Ad L. XI. Si tutores pupillis *officio magistratus urgente nominastis, ac pro his propter onus primipili pecuniam solvistis, superstitiosam geritis solicitudinem, ne ab ipsis conventi hanc eis imputare minime possitis, vel a vobis quicquam amplius exigatur, si tantum, quantum eis tutores debuerunt, vel vos nomine ipsorum majorem quantitatem dedisse probetur.*

Scripta est hæc lex 11. ad duumviros, Julianum & Paulum magistratus municipales. Hi duumviri pupillo tutorem creaverunt, qua ex causa pupillo tenentur actione subsidiaria, quæ est in factum, de qua diximus *l. 1. sup. quod cum eo, qui in aliena est pot. gest. esse dic.* Iidem duumviri jam ante patrem pupilli ejusdem primipilum creaverant: qua ex causa Reipublicæ tenentur, ut nominatores. Finge, duumviros ex causa primipili a patre gesti solvisse pecuniam Reipublicæ, quam primipilaris reliquam fecerat: finge, eos conveniri a pupillo actione subsidiaria, possunt illi quidem in hanc actionem compensare, quod pro pupillo solverunt ex causa primipilatus a patre gesti. Nam primipili honos sequitur filium, etsi heres patris non sit. Id dixi *l. 1. sup. de condict. ex lege.*

Ad L. XII. Invicem debiti *compensatione habita, si quid amplius debeas, solvens, vel accipere creditore nolente offerens, & consignatum deponens, de pignoribus agere potes.*

Compensatione liberantur pignora, ut solutione, videlicet si quantum quis debet, tantum ei vicissim debeatur: at si minus ei debeatur, in id quod amplius debet, tenetur, & ad concurrentes quantitates compensatur, pignora tamen in solidum tenentur: Liberabitur autem ipse, & pignora liberabuntur superflui solutione, vel oblatione, & depositione: quæ solæ non sufficiunt. Id dixi *l. 10. supra de pigneratitia actione.*

Ad L. XIII. Si velut in id *debitum, quod solemnium publicarum pensationum nomine debueras compensaturo tibi, nihil te petiturum postea Mutiano scripsisti: redditis his, quæ venerant in compensationem, non indebiti soluti repetitio, sed ante debiti competit exactio.*

Id notandum est, fisco petenti publica tributa, compensationem non objici, *l. 3. sup.* Nunc finge: fiscus petit

petit a me tributa. Ego quod vicissim mihi fiscus debet, cum initio compensare vellem, postea non compensavi, imo procuratori fisci scripsi me compensationem omissurum. Et solvi solidum fisco, quod petebat. Quæritur an mihi detur condictio soluti? Minime: Nam jus compensationis hoc casu non habebam. Sed si solvi, quod compensando potui non solvere, mihi indebiti condictio competit: at si solvi quod compensando non potui servare, mihi non competit condictio indebiti: at mihi dabitur mei crediti petitio. Eadem est sententia *l. qui invicem, D. de cond. indeb.* Ex qua hæc lex penult. est explicanda. Igitur qui dicit se non petiturum, id est, se non compensaturum, non remittit ideo suum creditum. Compensatio est quasi mutua petitio, proprie tamen non est petitio, quia ipso jure fit, *l. postquam, D. eod. tit.* At qui dicit se non petiturum, id est, non acturum, is remittit creditum suum, & si agat, repelletur exceptione pacti.

AD TITULUM XXXII.

DE USURIS.

USURÆ, quæ nihil aliud sunt, quam sortis incrementa, ut Isidorus ait, sunt jure civili receptæ, non tantum quæ propter moram, sed etiam quæ propter lucrum indicuntur, nec tantum ex conventione nostra, sed etiam officio judicis, vel ipso jure, ut in bonæ fidei judiciis, & legatis, & fideicommissis, in quibus usuræ veniunt ex mora officio judicis, & in actione judicati, in qua usura centesima post diem judicati venit ipso jure, *inf. de usur. rei judic.* Conventio, vel est stipulatio, vel pactum. In actionibus bonæ fidei usuræ debentur ex pacto facto ex continenti. In actionibus strictis nec debentur ex mora, nec ex pacto, nec lite contestata officio judicis, vel ipso jure, sed tantum ex stipulatione, ut in mutuo non debentur nisi ex stipulatione, *l. Titius, D. de præscrip. verb. l. 3. h. t.* & in promutuo, *l. 1. sup. de condict. indeb.* Porro ea stipulatio usurarum, vel in diem moræ concipitur, & hæc pœnam moræ continet, & nonnunquam dicitur pœna, *l. 9. de verbor. obligat.* Vel pure concipitur, & statim vires accipit ex die stipulationis interpositæ. Hæc lucrum continet, quod proprie dicitur fœnus, quod quidem videtur esse locatio & conductio quædam. Nam pecunia utenda datur & accipitur certa mercede. Et ob id Horatius *omnia conductis coemens obsonia nummis*: conductis nummis, id est, fœnori sumptis, & paulo post, usuras mercedes vocat, quo loco explicat mercedes, vel nummos, id est, usuram, vel sortem. At locatio non est proprie, quia locatio earum rerum contrahitur, quarum est usus, nummorum non est usus, sed abusus, quia utendo non permanent. Item contracta locatione eadem species redditur, contracto fœnore non item, sed idem genus. Fœnus non est etiam mutuum: Nam ut commodatum mercedem non recipit, ita mutuum sui natura est gratuitum, quod etiam commodatum dicitur, *l. 1. C. Theod. Quod jussu*, & apud alios multos auctores. Fœnus igitur qualis erit contractus, qualisve conventio? est stipulatio regulariter, certis casibus pactum, ut in pecunia nautica, in pecunia civitatum, & argentariorum; regulariter autem stipulationem exigimus: non tamen scripturam, *l. 1. hoc tit.* quæ ait, optimo jure deberi usuras in stipulationem deductas, licet scripta non sit ea stipulatio, si modo rite, id est, præcedente interrogatione, & responsione sequente probetur facta usurarum promissio: stipulationem, inquam, exigimus in pecunia tantum, vel auro, vel argento. In aliis rebus, quæ mensura constant, veluti, oleo, vino, frumento, & similibus, etiam pactum sufficit, & ex eo usuræ debentur, nec est necessaria stipulatio, *l. 12. hoc tit.* Ut, si creditis decem modiis frumenti, paciscar ut in singulos modios duo sextarii quotannis mihi præstentur. Ex hoc pacto facto ex continenti, erit usurarum petitio, & hæc pactio usurarum in his rebus admittitur propter incertum pretium earum rerum; quia plerumque crediti tempore magno constant, solutionis tempore parvo, vel contra. Itaque ratione incerti pretii earum rerum, facilius ex pacto earum rerum debentur usuræ, quam ceterarum, quarum est certum pretium & immutabile: eademque ratione res illæ, quæ mensura constant recipiunt graviores usuras, quas non recipit pecunia, *l. 23. inf.* Ubi additamenta usurarum, id est Græcis πλείονα τόκον, id est, graviores usuras. Eædem res eadem ratione recipiunt ἀντιχρήσεως conventionem supra modum usurarum. Et generaliter, qui modus usurarum servatur cum pecunia creditur, pecuniaque redditur, vel cum frumentum creditur, & pecunia redditur, vel contra, cum pecunia creditur, frumentum redditur, *l. 26. hoc tit.* vel etiam cum aurum, argentum, vestis, vel quæ alia species datur, pecunia redditur: quo etiam casu servatur vulgaris usurarum modus, *l. 25. infr. eod. tit.* Idem modus non servatur cum frumentum creditur, frumentumque redditur, quinimo gravior usura permittitur, quæ excedit vulgarem modum. Ideo lex 23. ait, frumento credito, ejusdem duntaxat materiæ admitti usurarum incrementum, id est ὑπερβολήν. Qua ratione in *Novella* 32. 33. & 34. Justinianus agricolæ credita pecunia permittit usuras trientes, id est, in singulos solidos quotannis singulas siliquas, quæ est usura triens, ut constat ex Novella Leonis 83. Frumento autem agricolæ credito Justinianus in singulos modios quotannis creditori permittit accipere octavam partem modii, quæ est usura centesima, *Novell.* 130. Itaque in pecunia permittit trientem tantum, in frumento centesimam. Nam ut in pecunia centesima est usura, quæ in singulos solidos quotannis reddit tres siliquas, id est, solidi partem octavam, qui constat siliquis 24. Ita in frumento usura centesima est, quæ in singulos modios quotannis reddit duos sextarios, id est, partem octavam modii, qui capit sextarios sedecim. Ergo ut apparet ex eis Novell. in frugibus graviores usuræ permittuntur, quam in pecunia, id est, centesima. Et hoc est quod Justinianus dicit in *l. 26. inf. eod. tit. In specierum fœnori dationibus*, centesimam permitti, &c. id est, τῶν καρπῶν, veluti frumenti, olei, ut recte Græci: Item frugum usuræ debentur ex pacto, pecuniæ non debentur nisi ex stipulatione: ex pacto, licet sit appositum contractui mutui ex continenti, pecuniæ usuræ creditæ peti non possunt: At si ex pacto solvantur, an possunt repeti? Si usuræ solvantur ex pacto, non condicentur, quia natura debentur ex pacto, eadem ratione non imputabuntur in sortem, quia non sunt penitus indebitæ, cum natura debeantur, *l. 3. hoc tit.* Eadem etiam ratione servari poterunt usuræ illæ per retentionem pignoris, *l. 4. & 22. hoc tit.* Nam hic est alius effectus naturalis debiti, ut possit naturale debitum servari per retentionem pignoris. Quod ita procedit, si in illas usuras, quæ pacto debentur, pignus sit acceptum. Qua in re alia est ratio sortis, alia usurarum: ob chirographariam sortem pignus retineri potest, id est, in quam pignus acceptum non est: pignus ex alia causa acceptum potest retineri, *tit. etiam ob chirographariam pecun.* ob chirographariam usuram pignus retineri non potest, id est, in quam pignus non est acceptum. Chirographaria usura est, si pignus sit duntaxat in sortem acceptum, necesse est apponi illud duntaxat: Nam si hæc taxatio defuerit, etiam in usuras tacite pignus datum & acceptum videtur, ut recte notant Græci *ad l. si necessarias, §. ult. ff. de pignerat. act.* Idem in eodem titulo confirmat *lex solutum, §. in sortem*. In quo ita legendum: *si in sortem duntaxat, nec in usuras pignus obstrictum est*. Nam idem in eo §. continetur, quod in *lege* 4. *hoc tit.* Quamobrem si tempore contractus, ut etiam ostendi in l. 4. pignore accepto pactus sim minores usuras, & ex intervallo majores: pro majoribus usuris pignoris retentionem non habeo, quia in eas pignus non accepi, sed nec pro minoribus,

bus, quia minorum conventio sublata est posteriori conventione majorum, *d. l. 4.* At si in usuras debitas sine stipulatione, ex pacto scilicet, pignus sit acceptum nominatim, retentionem pignoris habeo. Item si creditori simpliciter pecunia solvatur, eo incontinenti non expresso, utrum in sortem, an in usuras, de quibus convenit, solvatur: potest creditor hoc casu acceptam pecuniam in usuras imputare pacto debitas, in quas pignus accepit, *l. 21. hoc tit.* Ergo solutum simpliciter non tantum imputatur in usuras, quarum est actio, ut debitas ex stipulatu, sed etiam in usuras, quarum nomine est retentio: non tamen imputatur in usuras, quarum nec actio est, nec retentio, veluti in chirographarias usuras, sed in sortem imputantur, *l. in iis, §. pen. ff. de solut.* Quod ait *l. 4. de usur.* idem esse servandum in pœna. Adjicit *lex grege, §. ult. ff. de pignor. & l. 22. hoc tit.* Pœna infertur ob moram, si sua die sors soluta non sit. Usura etiam ob lucrum. Item pœna semel tantum infertur, & ejus una est summa: usura infertur quot Calendis, & inde nomen Calendarii, inde fœneratores, *μηνιαῖοι ἀπαιτηταὶ*, id est, *menstrui exactores*, & menses usurarum parentes, *μῆνες τόκων πατέρες* apud Basilium in psalm. 104. *Ambrosius in Tobia*. Verum ad eum diem Calendarum non semper usuræ solvebantur: constituebantur quidem in eum diem, sed concedebatur interdum dilatio usque ad Idus sequentes, neque die Calendarum, in quem erant constitutæ, exigebantur. Sic sæpe invenies usuras solvi Idibus, *l. si ex pluribus, §. ult. ff. de solut. Cicero 1. in Catilinam: proximis idibus centies*, & cet. Postremo stipulationis pœna est certa: stipulatio usurarum incerta: de usura datur condictio incerti, de pœna certi, *l. ubi autem, §. pen. ff. de verb. obligation.*

Interpretatus sum l. 1. 3. 4. 12. 16. 21. 22. 23. & 25.

Ad L. II. Usuras emptor, *cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quamvis pecuniam obsignatam in depositi causam habuerit, æquitatis ratione præstare cogitur.*

LEx secunda hujus tituli est de usuris, quæ ex mora veniunt in actione ex vendito officio judicis. In hac actione venit principaliter pretium, quanti res veniit, deinde usuræ pretii post rei traditionem, quasi ex mora solvendi pretii, quæ fit reipsa post rem traditam. Nam cum tibi res sit tradita, cur statim pretium non solvis? reipsa moram facis: item quia æquum est, ut cum ex re jam tradita fructus emptor percipiat, præstet etiam usuras pretii nondum soluti: ratio fructuum hoc exigit, *l. 5. inf. de act. empt. l. Julianus, §. ex vendito, ff. eod.* Et aperte Paulus 2. *Sententiarum, tit. ex empto vendito*. At usuræ cessabunt statim atque emptor pretium obtulerit, & deposuerit: utrumque exigitur, & sola depositio non sufficit, *l. 2. hoc tit.* nisi si defuerit, cui offerretur pretium: veluti venditore sine successore, vel saltem incerto, defuncto, *l. evictis, §. ult. de usuris*. Hoc casu sola depositio usuris emptorem levabit, cum non sit cui offerat. Sola etiam oblatio non sufficit, ut usuras inhibeat, quod servatur & in usuris creditæ pecuniæ, *l. 16. & 19. hoc tit.* Ergo nec sola depositio, nec oblatio satis est. Sola oblatio liberat a periculo, si res oblata casu postea pereat, & ipso jure liberat, seu strictum sit judicium, seu bonæ fidei, ex sententia Sabini, *l. 105. ff. de verb. obligat.* Item oblatio sola consumit *ἀντίχρησιν*, *l. 11. hoc tit.* Ἀντίχρησις est multo gravior, quam usura, & ideo facilius solvitur, quam usura. Item oblatio sola liberata collatione publicorum tributorum, *l. 1. inf. de suscept. & arcariis, libr. 10.* quod recte Accursius notavit *ad legem 19. inf. eod.* item oblatio sola minorum usurarum a majoribus liberat: ut si sint promissæ minores, & si ad diem non solverentur, majores præstarentur: si ad diem minores offeruntur, nec deponantur, hoc satis est, ne majores currant, *l. 9. hoc tit.* quia non est favendum ubertati, & incremento usurarum: qua ratione etiam ob usuras minores non solutas, majores non infliguntur propter lucrum, id est, ex die contractus, sed propter moram tantum, id est, ex die, quo non sunt præstitæ minores, *l. cum quidam, in princ. ff. de usur.* Cum tamen ob sortem non solutam graviores infligantur etiam propter lucrum, id est, ex ipso die contractus, *l. lecta, in fine, ff. de reb. credit. si cert. pet.* Exposui quatuor effectus nudæ oblationis; alias oblatio sola non liberat a sorte, nec usuris, nec a pœna, nec pignus liberat. Id ostendimus *l. 10. sup. de pign. act.* Quæ autem oblatio sola non efficit, neque etiam depositio sola efficit: at quæ oblatio sola efficit, veluti illa quatuor, quæ dicta sunt, eadem multo magis præstabit depositio, & obsignatio. Nunc quærendum circa l. 2. ante traditionem rei venditæ, cur pretii usuræ non currant, cum quæ ratio post traditionem emptorem usuris subjicit, ea est ratio fructuum, ut diximus, eadem ratio subsit re nondum tradita. Nam fructus rei venditæ pertinent ad emptorem ex die contractus, etiam si res vendita tradita non fuerit, *l. fructus, & l. pen. inf. de act. empt. & vend.* Sed non est hoc temere admittendum: sic enim hoc procedit, si vel pars prætii sit numerata, Paul. 2. *sentent. de loc.* Quo casu, id est, parte pretii soluta, pro ea parte fructus pertinent ad emptorem ex die contractus, *argum. l. ult. §. ult. ff. de fun. dot.* Et si totum solvit, ex die contractus solidi, omnesque fructus ei debentur: alioquin si nihil solvit, fructus ad emptorem non pertinent, quia compensantur cum usuris pretii: emptor dum solvit pretium sine usuris, accipiet etiam rem sine fructibus, qui sunt percepti post contractum, & ita compensat fructus cum usuris pretii: ut venditore rescindente venditionem ex beneficio ætatis, fructus ex re vendita percepti medio tempore ab emptore, compensantur cum usuris pretii soluti, & fit tantum restitutio ex una parte rei, ex altera pretii: fructuum & usurarum fit compensatio, Paul. 1. *Sentent. tit. de minoribus.* Sic etiam si supra dimidium justi pretii fraus intervenerit, emptor eligere debet, ut vel solvat quod deest justo pretio cum usuris medii temporis, vel rem emptam sine fructibus redhibeat. Nam compensabit fructus a se perceptos cum usuris pretii, quo venditor usus est. Hac de re magna est inter interpretes disceptatio in *l. 2. C. de rescind. vend.* Id ita eleganter definitur ab Harmen. ex sententia cujusdam magistri, & Novell. quadam Lecapeni 3. *Epit. tit. 3.*

Ad L. V. Adversus creditorem *usuras majores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutum, utilis est pacti exceptio: secundum quod tueri causam potestis etiam adversus defensores civitatis majores petentes ex cautione, si probaveritis semper quincunces amitam pupillorum vestrorum, quæ majores caverat, dependisse.*

HIc ponitur exemplum taciti pacti. Tacite enim etiam fiunt pacta, *l. 2. 3. & 4. ff. de pact.* Species est: Debitor stipulanti creditori usuras majores promisit, minores per aliquot annos præstitit. Hodie ex stipulatu majores exiguntur: tuebitur se taciti pacti exceptione, quasi videatur creditor tacite convenisse se minoribus contentum fore, quod confirmat *l. 8. hoc tit. l. qui semisses, ff. eod.* Idque adjicit *l. 5.* esse dicendum, si reipublicæ majores promissæ, minores sint præstitæ. Nam ex hac præstatione inducitur tacitum pactum non petendarum majorum. Quid dicemus e contrario: debitor promisit minores, præstitit majores satis longo tempore? Aut errans id fecit, aut sciens: Si errans, quod amplius præstitit usurarum nomine, sorti imputabitur, sortem minuet, *l. creditor, §. ult. ff. de solut.* Si vero sciens præstitit majores, tacite videtur pactus de majoribus: Ex præstatione tacitum pactum inducitur: Itaque quas solvit jam usuras, non condicet, nec sorti imputabit, quia ex tacito pacto debentur: at postea invitus non præstabit, licet diu eas præstiterit. Diuturna præstatio, vel partis præstatio obligationem non constituit, per actionem, quæ non fuit ab initio, *l. 7. hoc tit. l. si certis, sup. de pact.*

pact. l. ult. sup. ne uxor pro mar. l. operis, ff. de oper. libert. pactum quidem inducit tacitum, sed pactum non est obligatio: Idem præsumptionem obligationis firmissimam inducit, si de ea dubitetur, *l. cum de in rem verso, ff. de usur. l. litibus, de agricol. & censit. lib.* 11. Item obligationem, si qua fuit, confirmat & corroborat, exstinctis exceptionibus, quæ competebant, ut non numeratæ pecuniæ, aut Senatusconsulti Macedoniani, *l. 2. sup. de Senatus. Maced. l. 4. de non numer. pecun.* Interdum perpetuat obligationem, quæ fuit, ut in causa alimentorum. Nam si quis alimenta legaverit, & non constet an perpetuo, an ad tempus debeantur, si quis ea triennio præstiterit, hoc satis est, ut perpetuo debeantur, *l. 1. inf. de fideicommiss.* & adjicitur in hac *l.* 5. idem esse in republica: nihil obstat *lex Imperatores, ff. de pact.* quæ ait administratorem civitatis frustra remittere, quod reipublicæ debetur: hic etiam nil remittit, sed ita fore accidit, ut debitor majorum usurarum minores semper inferret reipublicæ: qua ex re videtur tacite pactus cum republica, etiam de majoribus usuris non præstandis. In multis juris articulis eadem est causa privatorum & reipublicæ, ut in hac specie, & in *l. Paulus respondit, ff. quibus mod. pignus, vel hypot. sol.*

Ad L.X. Usuræ per tempora *solutæ non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim ultra sortis summam usuræ non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem.*

EX l. 10. notandum est, usuras supra duplum non deberi, id est, altero tanto sorte amplius: ut si sors sit 100. & usuræ nomine solvantur 100. nihil amplius præstabitur usurarum nomine, quia usuræ æquaverunt sortem, sed quidquid postea præstabitur, sorti cedet. Igitur in hac specie si debitor ducenta solverit, liberatur tam a sorte, quam usuris: hoc est, quod dicitur, usuras non excedere duplum, *l. si non sortem, §. 1. ff. de condict. indeb. l. 4. §. pro operis, de naut. fœn.* Ex quo §. male colligunt quidam idem esse in nautica usura. Nam in eo §. pœna ob operas servi nauticæ pecuniæ causa secuti deducta est in stipulationem post diem periculi suscepti. Itaque desiit pecunia esse nautica finito periculo: & ob id usura ejus pecuniæ non excedit duplum, aut centesimam. At ipsa usura nautica excedebat duplum, & centesimam. Idem igitur non fuit in nautica usura, idem tamen fuit in pœna, quæ solet inferri semel vice usurarum, hæc etiam non potest excedere duplum, *l. Julian. §. idem Papin. de action. empti, l. pecuniæ, ff. eod. tit. l. 15. hic.* Imo & supra duplum usura ipso jure non potest servari per retentionem pignoris, *l. pen. hic.* Idem confirmat *l. pretii, inf. Mand. l. 4. §. nec pign. ff. de naut. fœn. & Novel.* 121. & 138. *Justin.* Ex eis Novellis usuræ solutæ per minutas partes diversis temporibus, ut singulis Calendis, coacervantur, & in duplum computantur: quod duplum excedit, sorti cedit. Itaque jure nostro usurarum ratio valde coercetur, nec tam est laxa, quam plerisque videtur. Ideo ex eis Novell. corrigitur *l.* 10. quæ ostendit usuram non excedere duplum: ut cum sors est 100. & una vice pro usura solvuntur centum, jam amplius usuræ nullæ currunt: vel si sors sit centum, & pro usuris solvantur 150. centum finient usuras, & 50. sorti imputabuntur: verum si usuræ per partes solverentur, ut si singulis Calendis tres aurei in centenos, usurarum ratio poterat duplum excedere, nec coacervabantur hac l. 10. quæ abrogatur illis Novellis, & usuræ per tempora solutæ proficiunt reo. Explicuimus const. 2. 5. 6. 7. 8. 10. 15. & penul.

Ad L.XIII. In bonæ fidei judiciis *(quale est negotiorum etiam gestorum) usurarum rationem haberi certum est, sed si finitum est judicium sententia: quamvis minoris condemnatio facta est non adjectis usuris, nec provocatio secuta est: finita retractanda non sunt: nec ejus temporis, quod post rem judicatam fluxerit, usuræ ullo jure postulantur, nisi ex causis judicati.*

A HÆc l. 13. de usuris, quæ ex mora, vel ex litis contestatione veniunt in actione negotiorum gestorum. In hac actione usuræ veniunt judicis arbitrio, non ipso jure: & ideo si judex in condemnatione rationem earum non habuerit, nulla est petitio, *l. 4. inf. depos.* Ceterum post diem judicati faciendi, id est, post quatuor menses a condemnatione ipso jure incipit currere usura centesima, *l. 2. inf. de usur. rei judic.* anterioris temporis nullæ possunt peti usuræ, quia non veniunt, nisi judicis officio, quo functus est dicta sententia, *l. judex, ff. de re judic.* Officium, seu arbitrium judicis semper actioni servit: ubi igitur non est actio, vel quæ fuit actio sententia finita est, amplius officio judicis usuræ servari non possunt: Nec poterit quis tentare in contrarium ex *l. negotiorum, ff. de appellat. & l. ult. de re judic.* peti posse usuras, quarum B in judicio bonæ fidei rationem judex negotiorum gestorum non habuit. Species est. Negotiorum gestor condemnatus, bona fide appellavit, id est, non morandi causa, sed diu litem traxit: deinde pronunciatum est, injuste esse appellatum. Quæritur, quia tardius paulo judicatum est, an usuræ ejus pecuniæ in condemnationem deductæ medii temporis peti possint. Lex ait, *dandam utilem actionem*, qua videntur peti usuræ, quarum judex rationem non habuit. Hoc est negandum, quia reus fuit condemnatus in ea specie in sortem & usuras, & nisi appellasset ab actione judicati, petitæ ab eo fuissent usuræ præteriti temporis usque ad sententiam actione judicati, & usuræ ejus temporis, quod fuit post diem faciendi judicati, non usuræ medii temporis. Nam illud medium tempus, quod est inter sententiam, & diem judicato fa- C ciendo præstitutum, id est, tempus illud induciarum, quo actio judicati suspenditur, immune est ab usuris, *l. ult. §. penult. & ult. de usur. rei judic. l. 3. §. 1. ff. de usur.* maxime si mora cœperit a litis contestatione, non ante. Verum in ea specie reus appellavit, & quidem bona fide, sed diu litem traxit: deinde injustam esse appellationem simpliciter est pronunciatum. Judex appellationis potuit eum condemnare in usuras medii temporis inter sententiam, & appellationem, *l. tutor, ff. de usur.* At judex hoc prætermisit, & simpliciter pronunciavit, male appellatum esse: quæritur an usuræ medii temporis, quod est inter primam & secundam sententiam peti possint: dicit peti posse utili actione judicati, quia fuit condemnatus in usuras prima sententia, quæ trahuntur etiam ad usuras præteriti temporis, usque ad posteriorem senten- D tiam; quasi tunc reus condemnatus videatur a priore judice, cujus sententia confirmatur. Et ob id dicitur dari utilis actio, quia videtur condemnari: at si prius in usuras non sit condemnatus, non arbitror ullam esse rationem, qua debeat medii temporis usuras præstare. Condemnatum fuisse in usuras ea lex non dicit. At quæ solent fieri, ea facile supplemus, nisi quid aperte in contrarium eat. Item illa quæstio interusurii, quæ est in ea lege, indicio est alias usuras fuisse in condemnationem deductas, & verbum principalis pecuniæ hoc planum facit. Alia igitur fuit accessoria: præterea in ea l. negotiorum gestori tutor conjungitur, inter quos magna est hac in re differentia. Nam in actione negotiorum gestorum usuræ veniunt arbitrio judicis: In actione tutelæ veniunt ipso jure favore pupillorum, *l. 1. §. ult. ff. de usur.* Itaque in ea specie non E est dubium de tutore non debuisse usuras. Ut igitur ei recte sit conjunctus gestor, idem ponendum est de gestore, debuisse eum usuras ex sententia: De usuris, quæ veniunt in actionem negotiorum gestorum est *lex* 24. *hoc tit.* quæ ostendit pecuniæ administratæ usuras in eam actionem venire; & veniunt statim, ex quo gestor pecuniam otiosam habuit, quasi mora reipsa commissa sine interpellatione. Nam hoc gestori culpæ vertitur, si pecuniam fœnori non dederit, cum scilicet dominus solitus esset fœnerari; alioqui non est gestor in culpa, *l. qui semisses, §. ult. de usur.* nam a gestore exactissima diligentia exigitur, ut a tutore.

Ad L. XIV. Si ea pactione *uxor tua mutuam pecuniam dedit, ut vice usurarum domum inhabitaret, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quæstionem quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore forte potuerit contrahi locatio, non ideo tamen illicitum fœnus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.*

HÆc lex 14. est de Ἀντιχρήσει, de qua est etiam l. 11. & 17. Ἀντίχρησις est conventio, quæ ita fit, ut fructus rei pignoratæ creditor retineat usurarum vice, vel ut domum pignoratam gratis inhabitet, & ut ea utatur usurarum loco. Ex ea conventione creditor retinet omnes fructus pignoris, nec in sortem hi imputantur, etiamsi excedant legitimum modum usurarum, *l. 17. hoc tit.* Qui modus datus est usuris, idem non est datus ἀντιχρήσει. Usuræ constituuntur stipulatione, ἀντίχρησις pacto, est enim pactum pignoris. Usuræ non perimuntur sola sortis oblatione sine depositione: ἀντίχρησις perimitur oblatione sola, *l. 11. hoc tit.* ab agricola usuras stipulari licet: ἀντίχρησιν non item *Novell. 32. & 33.* Denique ἀντίχρησις non est usura, sed quasi usuræ vice: & ob id hæ tres leges ponuntur sub hoc titulo de usuris, cum sint tamen de ἀντιχρήσει. Et Harmenopulus lib. 3. titul. 5. ponit hanc l. 14. sub titulo περὶ ἀντιχρήσεως. Species est. Dedi tibi pecuniam mutuam, & accepi tuas ædes pignori, ea lege, ut eas inhabitarem usurarum vice, nulla mercede habitationis præstita, quæ lex ἀντίχρησις dicitur: mihi permissum est, ut eas inhabitarem, non ut locarem, possum tamen etiam locare, quia sum conductori similis: Constat autem conductorem, etiamsi id ei non sit permissum, posse alteri locare, *l. 6. inf. de locat. & cond.* Nunc si id fecero, quod mihi nominatim non est permissum, id est, si locavero ædes pignori obligatas, & ex mercede plus redegero, quam ferat legitimus modus usurarum, quod amplius erit, sorti imputabo; ut hæc lex significat. Et Joannes sensit idem, quod & Harmenopulus tradidit. Verum si ut conventum fuit, domum inhabitavero, licet ea habitatio pluris æstimetur, quam legitimus modus usurarum ferat, tamen conventio servabitur, atque adeo cedet habitatio lucro creditoris, & videbitur ea domus mihi potius conducta vilius, quam illegitima usura contracta. Similiter si ager pignori tradatur nominatim, ea lege, ut creditor fructus retineat usurarum vice, conventio servabitur, etiamsi fructus excedant modum legitimum usurarum: at si nihil dicatur de fructibus, nec de usuris, sed ager simpliciter pignori tradatur, id agitur ut fructus percipiantur, quinimo culpatur creditor si eos non percipiat; & alias tenetur de percipiendis: & hoc etiam casu, quo nihil dictum est de usuris, tacite videtur contracta ἀντίχρησις. Itaque creditor fructus retinebit usurarum vice, non tamen supra legitimum modum usurarum. Tacita ἀντίχρησις servat modum usurarum legitimum, expressa non item, *l. cum debitor, D. quibus ex causis pign. vel hyp.* In qua l. videtur apponi exemplum tacitæ ἀντιχρήσεως, quod titulus ipse indicat, qui est de tacito pignore conceptus. Debitor utitur mea pecunia gratuito, quia ab eo nullas sum pactus, aut stipulatus usuras: cujus beneficii compensandi causa, dum mihi tradit agrum pignori, tacite id agere videtur, ut fructus non tantum percipiam, sed & retineam usurarum vice, quod fiet tantum juxta modum legitimum, quasi tacito consensu. Quod si ea pecunia fuisset fœneratitia, non videretur etiam tacite contracta ἀντίχρησις, sed tradito agro debet fructus creditor percipere: Et nisi fructus perceperit, culpatur, id est, imputat perceptos, & percipiendos usuris primum, deinde sorti, *l. 2. inf. de partu pignoris.* Gratuita pecunia est non tantum ea, de qua convenit, ut gratuita esset, sed etiam ea, de qua hoc non convenit, si de usuris nihil convenerit. Sunt qui addunt negationem ex l. 4. & 12. hujus tit. & male colligunt fructus pignoris non posse retineri, nisi de eo pactum intervenerit; cum illæ leges non loquantur de fructibus pignoris, sed de re ipsa; cujus retentione servo usuras debitas, pacto, vel stipulatione, de fructibus nihil; sed retentio etiam fructuum, & tacita ἀντίχρησις inducitur, quæ tamen coercetur modo legitimo.

Ad L. XVIII. Indebitas usuras, *etiamsi ante sortem solutæ non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, sed post sortem redditam creditori fuerint datæ, exclusa (veteris) juris varietate, repeti posse, perpensa ratione firmatum est.*

NOtandum ex hac l. usuras nec civiliter, nec naturaliter debitas, & solutas in sortem nondum solutam imputari, & ideo non repeti, *l. si non sortem, in princip. ff. de condict. indeb.* Quod principium Accursius non intellexit, quia legit, *sorti debitas*, cum sit legendum, ut in Florentinis, *sortis debitæ*, id est, nondum solutæ, non ut in aliis libris. At jam soluta sorte, si postea usuræ indebitæ sint solutæ, repetitio competit, & hoc ostendit *l. 18. Paulus 2. sentent. titul. de usuris.* At ait lex 18. *Exclusa juris varietate.* Nam veteres leges hac in re inter se pugnabant: omnes admittebant imputationem usurarum indebite solutarum nondum sorte soluta: aliæ repetitionem admittebant, aliæ non admittebant: & quæ non admittebant, non carebant ratione. Nam usuræ, etiamsi indebitæ sint, tamen ex justa causa solvuntur, ut ob moram, quam ob causam etiam hodie pœnæ depensæ indebitæ, condictio non est, *l. pœnæ, ff. de condict. indeb.* ut si ad diem sors non solveretur; si non sit de pœna conventum, & tamen nihilominus debitor per errorem pœnam ob moram solverit, illius pœnæ non erit condictio, usuræ erit condictio. Et hæc est differentia inter pœnam, & usuram summe notanda.

Ad L. XX. Constitutionibus sacris, *quæ ultra certum modum usuras fœnebris pecuniæ exigi prohibent, mandatoribus etiam, vel fidejussoribus subventum est: quibus quasi mandator, vel fidejussor conventus uti potes.*

IN hac l. 20. hoc ostenditur, modum usuris præscriptum non tantum pertinere ad reos principales, ne supra eum modum ab eis exigantur usuræ: sed etiam ad mandatores, & fidejussores eorum, qua de re non temere dubitabatur. Nam plerisque in causis jure veteri severius agebatur cum mandatore, vel fidejussore, quam cum reo principali. Reo judicato dabantur induciæ ex jure veteri; mandatori & fidejussori judicato non dabantur. Id abrogatur tamen *l. ult. §. ult. inf. de usur. rei judicatæ.* Unus hodie est usurarum modus; olim simplex centesima fuit legitimæ usuræ finis, sicut dixi initio *l. 8. sup. si cert. petat. de reb. credit.* In senatoribus fuit semis; non licuit eis nisi semissem accipere, *l. 4. eod. C. Theod.* Loquor de pecunia. Nam fructuum usura permissa fuit quadruplex centesima, *l. 1. C. Theod. eod.* Nautica usura certum modum non habuit: quin & supra duplum exigi potuit, & in pactionem, vel stipulationem deduci, ut dixi in l. 10. Hodie autem, ut intelligatur modus legitimus usurarum, explicanda est l. 26. cujus initium non est de modo usurarum, sed hoc tantum proponitur: usurarum, vel fructuum petitionem tolli actione personali sublata 30. annis, vel actione hypothecaria sublata 40. annis. Nam & ob usuras hypotheca retineri potest, si personalis actio perierit, hypotheca nondum perierit, potest retineri pro usuris, sed utraque sublata actione, solvuntur usuræ: at sublata actione personali, non semper tollitur hypothecaria, *l. debitor, ff. ad senatusc. Trebell., l. 1. & 2. inf. de luit. pign.* Idem non servatur in redituum annua præstatione. Id dixi in *l. 18. sup. de fide instrum.* Deinde Justinianus *in d. l. 26.* ponit modum usurarum, & primum in illustribus, & iis, qui supra eos sunt, puta patriciis & consulibus definit usuras trientes ut iis contenti sint: in iis,

qui ergaſteriis, id eſt, menſis argentariis præſunt, & in negotiatoribus eorum præſcribit beſſes uſuras: quod etiam declarat in Novella 136. Et in edicto nono id cavet: & in ea Novella adiicit, eis uſuras beſſes deberi, etiamſi eum modum argentarii uſuris non dixerint: ut ſi ſimpliciter convenerit uſuras præſtari, debebuntur beſſes. Id argentariis indultum eſt, ſicut illud, ut ex pacto uſuras petant: imo & olim quaſi ex tacito pacto uſuras petebant, etiamſi nominatim pactio non interveniſſet, tacite eas paciſci videbantur, quia illorum vitæ hoc eſt inſtitutum, ut pecunias fœnore dent, ut indicat ea Novella: & ideo ſemper intelligebatur tacita pactio de uſuris contracta. In aliis igitur idem non obtinebit, *l. quod in ſtipulatione, ff. de uſur.* Si uſuras ſtipuler modo non adiecto, nulla eſt ſtipulatio, quia id tantum datum eſt argentariis. Adiicit Juſtinianus ut fructuum, & pecuniæ nauticæ ſit uſura centeſima, eſt & rei judicatæ, in aliis autem perſonis, & cauſis præſcribit uſuras ſemiſſes, quæ etiam in fiſco ſervantur. Nam fiſcales uſuræ ſunt ſemiſſes, & privatorum, *l. ult. inf. de fiſcal. uſur. lib. 10. l. 1. inf. de iis, quæ ut indign. aufer.* Ubi loquitur de fiſco, & dicit deberi ſemiſſes. Quod videtur Tribonianus addidiſſe, *ut & in l. cum quidam, §. ſi debitores, ff. de uſur.* Pupillares uſuræ etiam ſunt fiſcales, id eſt, ſemiſſes, niſi caſibus certis, quibus ſunt centeſimæ, qui caſus notantur in *l. qui ſine, ff. de negot. geſt. l. tutor, qui repertorium, ff. de adminiſtrat. tutor.* Illud ſuperioribus addendum: ab Eccleſiis non exigi, vel Eccleſias non præſtare, niſi quadrantes creditoribus ex Novel. 7. Ab agricolis non exigunt creditores niſi trientes, quales quales ſint agricolæ, etiamſi ſint argentarii, *Novella* 32. Sciendum eſt etiam hunc modum eſſe uſuris præſcriptum, non iis tantum, quæ veniunt ex ſtipulatione, ſed etiam iis, quæ ſine ſtipulatione veniunt in bonæ fidei actionibus, & judiciis officio judicis, ex æquo & bono, non obſervato more regionis. Nam olim non fuit certus modus uſuris præſcriptus & præfinitus, quæ veniunt ex mora officio judicis, ſed præſtabantur arbitrio judicis pro more regionum, id eſt, uti fœnus ſolebat in iis regionibus exerceri: idque ita ſcriptum eſt in multis Pandectarum locis. Sed ex conſtitutione Juſtiniani hic mos regionis non ſervabitur, ſi modum excedat uſurarum legitimum; idque eſt additum ad *l. 1. ff. de uſur. l. idemque, §. ſed et ſi pecuniam, ff. mand.* Itaque notandum, moribus non poſſe huic modo legitimo uſuris ab hac conſtitutione impoſito derogari. At quid fiet, ſi quis creditor hunc modum exceſſerit uſurarum legitimum? quæ ejus erit pœna? nulla fere niſi infamiæ: infamia enim notatur qui exercet fœnus ſupra modum, *l. improbum, ſup. ex quib. cauſ. inf. irrog.* At ſortem non amittet niſi pro rata ejus, quod exegit ſupra modum: Nam id minuit ſortem. Olim tenebatur in quadruplum, *l. 2. C. Theodoſ. de uſur.* Aſcon. Pedian. *in Divin.* Adiicitur in hac conſtitutione, ne creditores ex ſorte, quam credunt, aliquid detrahant, vel deducant ſiliquarum, vel ſportularum nomine, *κερατίων ἢ σιτίων.* Creditores hæc nomina prætexentes, ex ſorte aliquid deducebant, & retinebant aliquid dum numerabant, & nihilominus debitorem in integram ſortem ſibi obligabant, & in ejus integræ ſortis uſuras. Id tollitur hac lege, ex qua non contrahetur obligatio, niſi quatenus datum erit, *l. ſi tibi, in princip. ff. de pact.* Igitur ſi ex 100. retinuerit quinque ſportulæ nomine, vel ſiliquatici nomine, non debebuntur niſi 95. nec uſuræ niſi pro ea ſorte debebuntur. Id ad extremum exigitur in hac l. ne quis per interpoſitam perſonam ſupra modum uſuras ſtipuletur, ut puta ne illuſtris quidem per argentarium ſibi adquirat beſſes, quas argentarius ſibi poteſt adquirere, non illuſtris per eum, vel ſi ſuppoſuerit argentarium, & de eo conſtiterit, non feret niſi trientes. Et ut liqueat, hac de re deferetur jusjurandum ſtipulatori, ut purget ſe jurejurando, an alteri ſcilicet operam accommodaverit. Hic eſt modus uſurarum a Juſtiniano præſcriptus, poſt quem Baſilius Imperator uſuras omnino ſuſtulit, & ne nummum quidem uſurarum nomine dari voluit, *Novell.* quæ exſtat apud Harmenopulum *lib. 3. tit. 7.* quæ ibi corrupte dicitur eſſe Leonis, cum ſit Baſilii patris Leonis, vel Baſilii & Leonis. Sed poſtea Leo ſolus reſtituit uſuras trientes omnibus tantum, uſu rerum id exigente. Nam vix ſine his poteſt ſtare Reſpublica. Reſpexit Baſilius ad jus divinum, Leo ad neceſſitatem. Eſt ejus Novel. 83. hæc ratio. Sed videndum quæ ſit uſura centeſima, quod veteres non intellexerunt: definitio centeſimæ variavit bis, aut ter. Prima fuit, quæ in centenos aureos quotannis reddit duodenos .i. in ſingulos ſolidos, ſive aureos quotannis tres ſiliquas: Et ſecundum hanc definitionem uſurarum, unciaria ea eſt, quæ in centenos aureos reddit quotannis unum: ſextans uſura, quæ reddit duos: quadrans, quæ reddit tres: triens, quæ reddit quatuor: quincunx, quæ quinq; ſemis, quæ ſex: ſeptunx, quæ reddit ſeptem: bes, quæ octo: dodrans, quæ novem: dextans, quæ decem in centenos quotannis reddit: & qui hanc exigunt uſuram, dicuntur *δεκατολόγοι* a Baſilio in Pſalmum 14. id eſt, qui quotannis exigunt decimam partem ſortis. Male quidam in eo auctore interpretantur, qui ſingulis menſibus exigunt decimam partem ſortis, hi ſunt *ἑκατοστολόγοι*. Sequitur deunx uſura, quæ reddit undecim. Summa uſura eſt as uſurarum ſive centeſima, quæ reddit duodecim. Deinde definitio centeſimæ hæc obtinuit, quæ in centenos reddit quotannis duodenos ſemis, vel quæ in ſingulos ſolidos quotannis reddit tres ſiliquas nulla minus. *Nov.* 130. Et breviter Græci 5. *Βασιλικῶν tit.* 5. *κεράτια τρία τῷ νομίσματι*, id eſt, tres ſiliquas in ſingulos ſolidos, & ſecundum eam definitionem triens uſura eſt, quæ quotannis in centenos aureos reddit quatuor ſolidos & ſiliquas, vel in ſingulos ſolidos unam ſiliquam, *Nov. Leonis* 83. *Novella Juſtiniani* 32. *Interpretes C. Theodoſ. l. 1. de uſuris.* Quadrans ſecundum hanc definitionem erit uſura, quæ reddit in centenos quotannis tres ſolidos & tres ſiliquas: ſemis, quæ reddit ſex ſolidos & ſex ſiliquas. Bes uſura erit, quæ in centenos quotannis octo ſolidos & octo ſiliquas reddit, vel in ſingulos ſolidos duas ſiliquas; & ſic conſequenter de aliis. Poſtrema definitio eſt: uſura centeſima eſt, quæ in centenos quotannis reddit ſedecim ſemis & ſiliquas quatuor. Nam libra auri cœpit æſtimari aureis 72. *l. 5. infra, de ſuſcept. & arcar.* In libram autem auri uſura centeſima hodie reddit duodecim aureos quotannis auctore Harmen. *lib. 3. tit. 7.* Itaque in centenos reddit ſedecim ſemis & ſiliquas quatuor. Id confirmat Zonaras in Synodi Nicenæ Can. 17. in hanc ſententiam. *Ut*, inquit, *nunc libræ ſunt ſolidorum ſeptuaginta duorum, ita olim fuere centenariæ, & centum ſolidorum uſura duodecim, quæ & ob id dicitur centeſima, quod de ſorte centum exigerentur*: rectiſſime: Nam uſura triens dicitur, quia eſt centeſimæ triens; quadrans, centeſimæ quadrans. Igitur ſecundum hanc definitionem, quadrantes uſuræ hodie erunt, quæ olim trientes dicebantur, id eſt, quatuor ſolidi in ſingulas libras, & excurrentes quædam ſiliquæ. In eo autem canone 17. idem Zonaras uſuras *ἡμιολίας*, de quibus eo canone agitur, videtur accipere pro ſemiſſib. uſuris, ſed male. Videntur potius accipiendæ pro beſſibus, quæ olim erant legitimæ, aut moderatæ: ſed tamen etiam clericis illis uſuris interdicitur. Bes uſura ad centeſimam habet rationem ſexcuplam .i. octo ad duodecim: Semis autem ad centeſimam habet rationem duplam, non *ὁμομερῶς ἡμιολίαν*. Ergo ſemis non eſt *ἡμιόλιος τόκος*. Male quidam *ἡμιολίας* accipiunt pro ſeſquicenteſimis uſuris, id eſt, cum in centenos ſolidos redduntur centum & octo ſecundum primam definitionem, vel 18. ſolidi & 18. ſiliquæ juxta ſecundam definitionem, vel ſecundum tertiam definitionem, cum 24. ſolidi redduntur ſemis & 8. ſiliquæ in centenos quotannis, quæ uſuræ centeſimis ſexculpo majores ſunt. At in eo canone uſuræ *ἡμιολίαι* dicuntur quaſi leviores hoc ſenſu, ut neque centeſimas, neque *ἡμιολίας*, id eſt, leviores uſuras clerici accipiant, & ſane ſeſquicenteſimæ non ſunt leviores. Nunc dicamus de uſuris uſurarum, & hoc pertinet ad l. ult. hujus tituli. Certum eſt, uſuras uſurarum exigi non poſſe, *l.*

ſi non

si non sortem, *§. 1. ff. de condict. indeb. l. placuit*, *ff. de usur.* Exigebantur tamen ante constitutionem Justiniani usuræ usurarum redactarum in sortem, puta, stipulatione usurarum post annos aliquot transfusa in stipulationem ejusdem summæ, quasi sortis debitæ. Quod Justinianus tollit *l. ult. hoc tit.* Item exigebantur usuræ usurarum in condemnationem deductarum post tempora judicati, *l. 1. Cod. Theod. de usur. rei jud.* Hoc etiam merito tollit Justinianus *l. 3. inf. de usur. rei jud.* Igitur penitus improbatur ἀνατοκισμὸς, id est, novatio usurarum, quæ fit vel stipulatione, vel judicato. Sic etiam pœnæ usura exigi non potest, cum pœna sit usurarum vice, & cum usura sit pœnæ vice, igitur pœnæ usura non exigitur, mulctæ tamen usura exigitur, si non solvatur intra tempora judicati, *l. 1. inf. de fiscalib. usur. l. ult. ff. de magistrat. conveniend.* Quæritur de fructibus, an fructuum usuræ peti possint, vel an veniant in judicium usurarum? Certum est fructuum creditorum usuras peti posse, quod supra demonstratum est. Sed de iis non quæritur. Nam quæritur de fructibus, qui quasi accessiones in judiciis veniunt, quæritur an ex iis usuræ dentur. Fructus autem in judicium veniunt, aut officio judicis, aut jure actionis: Officio judicis, si sint percepti post litem, quia hi non sunt petiti, cum nondum essent percepti. Percepti ante litem veniunt actionis jure, & petuntur non quasi accessio, sed quasi sors, quasi comprehensi sint actione. Nunc sic dico, fructuum, qui veniunt officio judicis, ut si sint percepti post litem, usuræ etiam officio judicis non veniunt, ne sit accessionis accessio, ne officium officio subserviat: officium judicis actioni servit, non officio, vel officii parti, *l. heres, in fine, D. de petit. hered. l. neque in princip. ff. de usur.* Fructuum autem, qui veniunt actionis jure, ut si sint percepti ante litem, usuræ etiam veniunt officio judicis in actionibus bonæ fidei, *d. l. heredi*, non in actionibus strictis, *d. l. neque, in fine*. Nam in strictis judiciis usuræ nunquam veniunt officio judicis. Verum a judiciis bonæ fidei excipitur unus casus constitutione Severi benigne receptus, *l. eum qui, ff. de his quæ ut indign. aufer.* Quo casu fructuum ante litem perceptorum usuræ non veniunt in petitionem hereditatis, videlicet si fiscus petat hereditatem ex causa taciti fideicommissi, recipiet hereditatem & fructus, vel fructuum pretia, non usuras: quia benigne hic casus exceptus est constitutione Severi. Nec huic sententiæ obstat *lex cum quidam*, *§. in tacito*, *ff. de usuris*. Ubi fiscus petit hereditatem ex tacito fideicommisso, & tamen aufert usuras: sed ille §. non dicit fiscum auferre usuras fructuum, sed usuras perceptas a debitoribus hereditariis, & ita ille §. nihil obstat rescripto Severi: Et est definitio quæstionis hujus. Concludamus sic, Justinianus valde coercuit rationem usurarum, quæ graviores erant legibus antiquis, leviores eas fecit *d. l. eos*. Item novatione facta usuræ redigebantur in sortem, & ejus sortis rursus usuræ in stipulationem deducebantur, & sic usura usuram gignebat. Hoc sustulit Justinianus omnimodo. Ambrosius usurarum usuras vocat tocoglyphia, & D. Basilius lib. de Tobia, αἰσχρὸν κέρδος. Idem Ambrosius ait, *sors autem fœnoris cum fuerit crescentibus exæquata centesimis, & vetustatem sui renovat, & partus solitos adunatione multiplicat.* Ex quo loco intelligitur, creditores in fraudem legum usurarum usuras a debitoribus suis exigere supra duplum, quod vetant leges, usuras novatione facta, quasi sortem factas in stipulationem deduci, & rursus alias usuras ex usuris stipulari. Id etiam sustulit Justinianus. Item usuræ, per partes solutæ sortem excedere poterant, *l. 10. hoc t.* Et ideo utile erat in calendas usuras stipulari, & singulis calendis diversis pensionibus eas exigebant. Id quoque sustulit Justinianus, & ita cohibuit rationem usurarum: maxime vero de hoc duplo puto intelligendum, quod de Augusto dicit Suetonius: Iis, qui in duplum cavere potuissent, Augustum pecuniam dedisse gratuitam ad certum tempus. Item Sidonius Apollinaris 3. *Epist. centesimam, &c.*

AD TITULUM XXXIII.

DE NAUTICO FŒNORE.

USURA nautica olim non habuit modum, hodie est centesima ex constitutione Justiniani: Item poterat exigi supra duplum, hodie non potest, quod ita est existimandum, etiamsi non sit nominatim definitum, quia quæ taxationem habent certam, & hunc dupli finem habent. Nautica usura, sive fœnus nauticum hodie taxationem habet certam, quia non potest excedere centesimam. Ergo & hunc finem habet: & in *l. penult. tit. sup.* generaliter sic definitur a Justiniano, ut in actionibus bonæ fidei, & aliis omnibus casibus, usuræ non exigantur ultra duplum. Ergo nec nauticæ, quia & hoc etiam ad argentarios porrigitur Justiniani edicto. Igitur nauticæ, & terrestris pecuniæ idem est finis, idem exitus, taxatio diversa. Nam usura nautica est gravior, puta, centesima, quia ejus pecuniæ periculum ad creditorem spectat ex conventione, periculo discusso, vel etiam non suscepto, non currit centesima, nec potest peti, sed communis usura tantum. Et id etiam ostenditur *l. 1. 2. & 4. hoc tit. l. fœnerator, & l. penult. ff. eodem*. Discusso periculo pecunia terrestris censeri incipit, cujus periculum debitor suscepit. Ideo animadverti in l. Rhodia, terrestrem pecuniam appellari carentem periculo creditoris, qua conditione lex Rhodia vetat pecuniam in navi reddi; eo tamen loco legis Rhodiæ, is, qui curavit eam legem excudi, pro ἐγγαῖα, legit ἐγγυΐα, quod mendum etiam est apud Pollucem *lib. 8. περὶ δανείσματος*. Periculum autem nauticæ pecuniæ ad creditorem pertinet ex conventione in solidum, ut naufragio facto creditori pecunia non reddatur. Interdum pro parte tantum ad eum periculum pertinet, ut cum ad tempus pecuniæ societas contrahitur, quod negotium hodie est frequens, & dicitur in ea lege Rhodia c. 17. χρεωκοινωνία, videlicet cum pecunia ita datur, ut quidquid lucri vel damni fecerit debitor per biennium ex ea pecunia, id cummune sit: post biennium solvitur ea societas, tum periculum ejus pecuniæ pertinet ad debitorem in solidum, & redditur tota cum parte lucri, si quid ex ea lucratus sit debitor, vel redditur tantum pars sortis, habita damni computatione, si quid fecerit debitor, non succedente fortuna. Ita recte describitur hoc genus negotii in *cap. 17. legis Rhodiæ*. At in nautica pecunia ex ejusmodi conventione creditor pecuniam periculo suo salvam fore recepit, quoad navis ad portum appulerit. Dubitatur an ex hac conventione creditor se cuilibet periculo subjiciat? Constat naufragii & incendii periculum ad eum pertinere, & piratarum vim, sive hostium, & impressionem metus, & si quid præterea imprudentibus contigerit: at si culpa debitoris intervenerit, periculum pertinebit ad debitorem: ut si illicitas merces in navem intulerit debitor, & fiscus navem & merces vindicaverit, quod fit jure, *l. cotem 11. §. dominus, D. de publicanis*. Cui §. derogatur aliqua ex parte *Nov. Leonis 83.* Hoc vero casu periculum pertinebit ad debitorem. Et hoc proponitur in *l. 3. hoc tit.* In cujus specie debitor non tantum imposuerat illicitas merces, sed etiam locum navigii, id est, navigationis non observaverat, de quo conventum fuerat, quod sufficiebat ne periculum rediret ad creditorem. Nam si non observato loco dicto navigationi, debitor navem alio averterit, & forte piratæ navem deprædati sint, periculum agnoscet debitor, quoniam periere merces ejus culpa: quo modo etiam ut continetur eadem lege Rhodia, si navicularius præter voluntatem vectorum in portum, aut locum latronibus infestum navem deduxerit, omne damnum præstabit vectoribus. Idem & in debitore erit, si naufragium culpa ejus contigerit. Nam periculum omne agnoscet. Item si in navem vetustam,

& ca-

& cariosam merces gravis ponderis intulerit, & imposuerit, & perierit navis, periculum agnoscet, non creditor, qui ex hac *l.* 3. non agnoscit, nisi damna fatalia, non quæ contingunt ex culpa debitoris.

AD TITULUM XXXIV.

DEPOSITI, VEL CONTRA.

HIS tituli verbis significatur duplicem esse actionem depositi, directam scilicet, & contrariam, de quarum ratione satis diximus supra in *tit. de pignerat. actione*. Depositum autem, quod & receptum, & commendatum dicitur, *l.* 24. *D. depos. &* *l.* 186. *de verb. sign.* definimus, quod quis sine mercede custodiendum recepit: recte sine mercede: nam si merces intervenerit, locatio est, non depositum: Pretium tamen depositionis potest intervenire, nec erit locatio, sed depositum, *l.* 2. *generaliter*, *vi bono. raptorum*. Quod quidem pretium etiam merces improprie dicitur, *l. si ut certo*, §. *nunc videndum*, *ff. commodati*. Dico improprie, quia pretii verbo intelligitur, quod depositario datur remunerandi beneficii causa. Dicunt Græci τάξιν ἀντιδώρυ. Sic mandatum pretium non recipit: præmium, remunerationem, honorarium, vel salarium recipit: ut procuratores quandoque sunt salariarii, ita & depositarii. Commodatum quoque, quod constat etiam esse gratuitum, non est dubium recipere posse ἀντίδωρον, ut & precarium: dotem constat etiam recipere ἀντιφέρνα, id est, donationem propter nuptias. In definitione usi sumus verbo recipiendi, quo utitur *l.* 1. §. *si te rogavero*, *& seq. ff. depositi*. Deponit dominus, vel possessor, recipit depositarius. Unde quod nauta, caupo, stabularius servandum recipit, id est depositum, & est cum eo actio depositi. Est etiam præter depositum propria actio de recepto in factum, ex titulo *nautæ, caupones, stabularii*, quæ quidem actio est stricta, depositi est bonæ fidei tam directa, quam contraria, sicut & negotiorum gestorum, *l. & in contraria*, *ff. de usuris*. In actionem de recepto venit culpa levissima, non casus fortuitus. In deposito solus dolus venit, vel culpa dolo proxima, nisi aliud convenerit, vel nisi intervenerit præmium depositionis, *l.* 3. §. *ex hoc edicto*, *ff. nautæ, caupon. stabul. l.* 1. *hoc tit. l.* 2. §. *& generaliter*, *D. vi bonorum rapt.* Item surrepta, & furto ablata re, quam nauta, vel caupo, vel stabularius servandam receperat, nautæ, vel cauponi, vel stabulario datur actio furti, quia ejus periculo furtum cedit. Furtum enim non annumeratur casibus fortuitis, latrocinium annumeratur: quæ duo manifeste separantur in *l.* 52. §. *damna*, *D. pro socio*: hoc ostendi in *l.* 4. *ff. nautæ, caupon. stabul.* alias re deposita surrepta, depositario non datur actio furti, quia nihil ejus interest, cum ejus periculo res surrepta non sit: igitur re furto ablata non agit furti, cum ejus dolo furtum factum non est: rapta tamen re deposita, depositario datur actio vi bonorum raptorum, etiamsi nihil ejus intersit, ut in *dict.* §. *generaliter*, qui quidem §. Florentiæ est male punctis distinctus. Igitur actio vi bonorum raptorum gravior est actione furti. Ideo Græci dicunt ἀναιδεστέρα, quia etiam ei datur hæc actio vi bono. rapt. cujus nihil interest, vel parum. Nam & rapina crimen publicum parit, *lege Jul. de vi*, furtum crimen publicum non parit, sed extraordinarium, *l. ultim. de public. judic. & l. ult. de furtis*: & hæc sufficient de differentia actionum recepti, & depositi. Commendatitia actio nulla est propria, sed idem est, eodemque jure penitus commendatum, & depositum utuntur, quod diximus supra, titulo de commodato, uno nomine, puta commendati, significatur totum depositarii fidei committi, id est, commendari, altero significatur rem valde poni apud depositarium. Nam articulus, *de*, auget, ut ait *l.* 1. *Depositi*. Quo sensu Festus ait latinos dicere dedere; id est, valde dare, & deperire, deamare, despernere, deorare, id est, valde orare, depolire. Eodem sensu dicimus pignus deponi, vel pignus depositum, ut ostendimus *titulo de pigneratitia action.* Igitur aliud est depositum pignoris, aliud depositum custodiæ, utrumque est valde positum. Ex genere custodiæ est sequestratio, quæ sic proprio nomine nuncupatur, de qua est *l.* 5. *&* 7. *hoc titulo*: quæ ostendunt cum sequestro esse depositi actionem, id est sequestrem esse depositarium. Itaque sequestratio est lex quædam depositi, ut ἀντίχρησις est lex pignoris, quam Galli dicunt *mort gage*, & in diem addictio, vel commissoria est lex venditionis. Leges contractuum transformant ipsos contractus: quo fit, ut sæpe illæ propriis nominibus nuncupentur, quæ frequentiores sunt; ut fiducia, addictio in diem, sequestratio, ἀντίχρησις, quæ leges sunt tantum, non contractus proprii. Nunc notandum est cum actione depositi concurrere etiam actionem ad exhibendum, & rei vindicationem, *l.* 1. *hoc tit.* Idem censeo dicendum de commodato, & pignore: interdum etiam cum actione depositi concurrit condictio, & actio furti: Ut si depositarius invito domino rem depositam in suos usus converterit, domino hoc casu datur actio depositi, vel condictio, vel pœnalis furti actio, *l.* 3. *hoc tit. l. si quis inficiatus*, §. 1. *& l. si sacculum*, *ff. depos.* Et hoc casu depositarius tenetur condictione furtiva, & condemnatur in id quod interest, etiam si res deposita perierit casu fortuito, idque sine distinctione, seu fuerit interitura apud actorem, seu non: qua tamen distinctione utemur, si dominus agat depositi secundum Sabinianos. Itaque est gravior hac in re condictio, *l. si plures*, §. *ult. ff. depos.* Proculiani distinctionem rejiciebant in omnibus actionibus re perempta post moram, sive post litem contestatam. Sed obtinuit Sabini sententia, præterquam in condictione furtiva, quæ hanc distinctionem non recipit: repetendum est quod diximus actionem depositi esse bonæ fidei, & dicendum ob id in ea actione usuras venire ex mora, *l.* 2. *&* 3. *hoc tit.* Idque officio judicis, non ipso jure, *l.* 4. *hoc tit.* Ideo si judex actione depositi depositarium damnaverit in æstimationem litis, non in usuras, nulla usurarum est petitio postea, quia non veniunt actionis jure, sed tantum officio judicis, cui officio præstando judex non est obstrictus; & si rursus agatur depositi, quasi minus actor tulerit prima actione depositi, reo condemnato dabitur exceptio rei judicatæ, *l.* 4. *hoc titul.* Id pugnat cum *l. evidenter*, *ff. de except. rei judic.* quæ ait non proficere exceptionem rei judicatæ condemnato: Sed dicendum est, id non verum esse generaliter. Nam constat, condemnato proficere exceptionem rei judicatæ, ne sæpius condemnetur eadem de re, *l.* 7. §. *plane*, *ff. de except. rei judic.* non tamen si deficiat actio judicati. Nam tunc iterari actio potest sine metu exceptionis rei judicatæ, ut in hac specie: Si egi vindicatione rei cum Titio, & Titius putans se possidere, per errorem rem defenderit, & condemnatus fuerit, hoc casu judicati nullus effectus esse potest, quia nec litis contestatæ tempore, nec rei judicatæ rem possedit, quod exigitur, *l. sin autem*, §. 1. *ff. de rei vindic.* & erravit, nec liti se obtulit sciens, alioqui teneretur, etiamsi non possideat. Itaque judicati actio non est, judicati effectus nullus est, licet post rem judicatam rem possidere cœperit. Nam res judicata non extenditur ad id tempus: At iterabitur actio hoc casu: & si opponatur exceptio rei judicatæ, vel non iterandæ actionis, replicabitur non esse actionem judicati, *l.* 9. §. *penult. ff. de except. rei judic.* Item non proficit hæc exceptio rei judicatæ ei, qui egit, & victus est, si postea eadem actione cum eo agat adversarius, de cujus jure pronuntiatum nihil est, *l. si inter me & te*, *ff. eod. tit.* Species est: Egi tecum petitione hereditatis, contra me judicatum est, hereditatem meam non esse, de tuo jure non est pronuntiatum, scilicet tuam esse hereditatem, vel non. Ideo si ego ex ea hereditate aliquid possideam, potes eadem actione uti adversus me, nec mihi hoc casu proficiet exceptio rei judicatæ: & in hanc speciem subjicitur *l. evidenter*, *ff. de except. rei judic.* quæ diximus comple-

plectuntur varias leges hujus tituli. Nunc nobis explicandi sunt duo Pandectarum loci sub hoc tit. hactenus non animadversi. In uno loco est vestigium juris antiqui, *l. Lucius 2. ff. Depos.* Vestigium, puta, senatusc. Claudiani, quod Justinianus sustulit. Ex quo senatusc. mulier ingenua, quæ conjungit se servo alieno, serva fit ejusdem domini, si denuntiante domino á consuetudine servi se non abstinuerit, *Ulp. in fragment. tit. 11. Paulus 4. sentent. tit. 10. Tertull. 2. ad uxorem.* Et ejus exemplo (quod non est sublatum) hodie post denuntiationem, monetaria fit, quæ se conjungit monetario. Item gynæciaria fit, id est, textrinæ sacræ obsequio obligatur, & conditioni, quæ denuntiante fisco non recedit a consuetudine gynæciarii, *l. 3. & 7. inf. de mulier. quæ se propr.* Nunc *in d. l. Lucius* ponitur pater filiam ingenuam conjunxisse servo alieno, & dotem dedisse. Lex ait, *dotem:* at nec matrimonium est, nec dos: Ideoque etiam in cautione datæ pecuniæ quasi dotalis, scriptum est, pecuniam depositam, non dotem datam: postea pater decessit, nulla denuntiatione á domino servi facta, id est, filia nondum redacta in servitutem ex senatusc. Claudiano, mox etiam servus decessit. Lex ait filiæ heredi patris sui adversus dominum mariti sui dari actionem depositi de peculio. In altero loco Pandectarum ostenditur quid proprie contineatur cistæ appellatione, *l. 1. §. si cista, D. depositi.* Si aurum, vel argentum depositum sit, & petatur, actor debet dicere speciem, puta scyphum, pateram, item materiam, & poudus, ut in §. præcedenti. Similiter, si cista sit deposita, & depositario sint ostensæ res, quæ in ea cista erant, adjiciendæ etiam sunt in actione depositi species vestis, nec tantum ista cista est petenda. Sic recte Florent. scriptum est, vulgo pessime: Nam cistæ vocabulum est græcum & latinum: est autem cista vas, in quo reconduntur vestes. Pollux *lib. 7. & 10,* ait esse vasa ad vestium depositionem. Cista pro vase vestiario accipitur.

Ad L. VII. Desiderium tuum cum *rationibus juris non congruit: Nam si custodiam pecuniæ suscepisti, quam aliis a te mutuo datam, conscriptum instrumentum, quo hanc tibi reddi profiteris, arguit: solutionem ejus competentem improbe recusas.*

HÆc proponitur species: Depositarius pecuniam depositam Titio mutuam dedit. Postulat ut cum Titio agatur, non secum. Cum Titio agi potest rei vindicatione, si nummi exstent, vel actione ad exhibendum, si mala fide sint consumpti, argumento *l. rogasti, in fine, de reb. cred. si cert. pet.* Imo & cum Titio agi potest utili condictione a domino pecuniæ, si depositarius solvendo non sit, ut dixi in *l. 2. sup. si certum petatur,* vel etiam agi potest directa condictione ex cessione depositarii: Nam depositarius potest cedere condictionem ex comsumptione, vel stipulatione, si eam sibi reddi stipulatus fuerit. Igitur cum Titio varie agi potest: Sed tamen non ideo dominus cogetur cum Titio agere apud quem deposuit: sed eliget depositarium omisso Titio, & hoc ait *l. 8.* Si depositarius pecuniam depositam, suo nomine, vel alterius mutuam dederit, non si deponentis: verum & si nomine deponentis mutuam dederit, depositarius, quamvis eo casu domino adquiratur directa condictio, ei etiam hoc casu licebit depositarium eligere, nomine improbato, *l. 4. sup. si cert. pet.* Lex 8. est de depositario, qui pecuniam mutuam dedit. Lex septima de depositario, qui pecuniam depositam apud alium deposuit, & in utroque idem jus, Et sic recte Harmenopulus *lib. 3. tit. 9.* interpretatur *l. 7.* Ex quo recte probatur a libris veteribus in l. 7. recte abesse verbum mutuo. Est similis species in *l. 16. D. depos.* In eadem l. 7. male scribitur, conscriptum instrumentum, quo hanc tibi reddi profiteris, &c. Nam profitemur quidem nos reddituros pecuniam. At non profitemur nobis reddi: nemo ex latinis sic unquam loquutus est: ita igitur legendum est, instrumentum, quo hanc tibi reddi conscriptum confiteris: quibus verbis significatur depositarium profiteri pecuniam a se apud alium depositam in cautionem depositarii. At, ut lex ait, & si constet de secundo deposito, ex illa cautione tamen dominus, secundo depositario omisso, eligit primum, cum quo ipse contraxit.

Ad L. IX. Cum hereditas *personam domini sustineat: ab hereditario servo, priusquam patri vestro successeritis, res commodatas, secundum bonam fidem ab ejus, qui suscepit successoribus apud rectorem provinciæ petere potestis.*

NOtandum est actionem depositi dari heredibus, non tantum si defunctus deposuerit, sed & si servus hereditarius. Servus hereditarius dicitur semper ante aditam hereditatem, jacente adhuc ea. Ut igitur domino vivo per servum acquiritur actio, si quid deposuerit ex re domini, vel peculiari, ita & mortuo jacente hereditate: quia non intelligitur esse sine domino, cum hereditas jacens personam dominæ sustineat, ita enim habent veteres, *dominæ, non domini,* quod confirmat *l. non minus, D. de heredib. instituend. l. deniq; §. quæsitum, quod vi aut clam.* Ibi enim ubique est scriptum, *dominæ, non domini, ut l. 15. ff. ad legem Aquiliam.* Sicque legunt Græci; ita si servus hereditarius quid deposuerit, hereditati per eum acquiritur actio depositi, & per hereditatem acquiritur heredi adita hereditate. Sunt tamen quidam casus, quibus hereditas vice dominæ non fungitur, in quibus personam ipsam exigimus, quæ faciat aliquid, nec fictione sumus contenti: ut si servo hereditario interim sit delata hereditas, eam interim non potest adire, quia non est, qui jubeat. Item usufructus per servum hereditarium hereditati adquiri non potest, quia usufructus non consistit sine persona, quæ fructus capere possit: usufructus jus est hominis: hæc ostendi in *l. usufructus, ff. de stipulat. servorum, l. hereditas 2. de acquir. rer. domin. l. 1. §. dies, ff. quando dies ususfru. leg. ced.* Præterea hereditas jacens rerum hereditarium possessionem non habet. Ergo interim possessio vacat, & ob id rei hereditariæ furtum non fit, quia nemo possidet; possessio factum, & animum hominis desiderat. Ideo etiam rerum possessionem servus hereditarius interim hereditati non adquirit, quia non adquirit servus nisi scienti domino, excepta causa peculiari, ex qua servus possessionem adquirit hereditati, ut domino ignoranti, vel furioso, *l. qui a servo, in fine, de act. empti, l. ult. de captiv. & postlimin. revers. l. peregre, §. quæsitum, l. si servo, ff. de adquir. possess.* At exceptis his tribus casibus hereditas jacens vicem dominæ sustinet, nec servi hereditarii videntur esse sine domino.

Ad L. X. Qui depositum *non restituit, suo nomine conventus, & condemnatus, ad ejus restitutionem cum infamiæ periculo urgetur.*

NOta actionem depositi directam, non contrariam esse famosam, & si quis damnetur actione depositi suo nomine, lite in eum initio contestata, non si damnetur procuratorio nomine, vel hereditario: item si damnetur, non si paciscatur de deposito, *l. 1. & l. in actionibus, de his qui not. infam.* Quærunt interpretes, cur actio commodati non sit famosa? cur actio item creditæ pecuniæ? cur pigneratitia? quæ est de deposito pignore, depositi est famosa. Ratio hæc est: Qui rem deponit, commendat, & committit rem suam fidei depositarii, *l. 1. in princ. ff. depos.* sicut mandator committit se fidei procuratoris, socius fidei socii, pupillus fidei tutoris: & ob id etiam mandati actio est famosa, & actio pro socio, & tutelæ, vindicandæ perfidiæ causa, *l. furti in fine, D. de his qui not. infam.* Cum crescit in deposito perfidia, crescit etiam actio, perfidia crescit, si quis tumultus, vel incendii, vel naufragii causa, exigente necessitate abnegat depositum, & non reddit:

Ideo

Ideo hoc casu non tantum est actio famosa, sed etiam pœnalis in duplum, *l. 1. §. hæc autem, ff. depos.* Crescit inquit, perfidiæ crimen hoc casu, & publica utilitas: eadem quoque ratione actio fiduciæ olim erat famosa. Cicero pro Rosc. Comœdo .i. actio pignoris commissi lege commissoria, quæ hodie est sublata in pignore, nec ideo fiducia est in usu. At qui commodat, aut mutuum dat, aut pignus ponit, non confugit ad fidem alienam id est, non dicitur commendare, aut committere quicquam alteri; perfidia quidem est si quis commodatum non reddat, vel mutuum, vel pignus: at major est perfidia, ut ait Arist. Problemat. 29. *μᾶζον τὸ ἀδίκημα*, si, quis depositum non reddat, vel socium, vel mandatorem, vel pupillum fallat: Ideo ex contractibus sunt actiones famosæ, & pœnales crescente perfidia: ex illis vero nec sunt famosæ, nec pœnales. Addendum hoc esse proprium actionis depositi, ut ei non opponatur compensatio, quod fusius diximus in *tit. de commod. & in tit. de compensat.* De hoc est *l. penult. hoc tit.* Depositum debet reddi petenti quamcelerrime: Et sicut debitor pecuniæ frumentariæ ideo non utitur compensatione, ne tam necessaria pecunia moram accipiat, *l. 2. §. frumentariæ, de administ. rerum ad civit. pertin.* Ita depositum, quod tuæ fidei commisi, te fidelem putans, nullam moram redditionis recipit. Ideo in actione depositi compensationi locus non est, etiamsi depositarius velit compensare id quod sibi debetur ex alia causa depositi, ut quia ipse vicissim aliquid deposuit apud eum, a quo depositum recepit. *Ex l. penult. huius tit.* puto etiam secundum Joannem, depositarium non posse compensare id, quod contraria actione depositi potest consequi, quia lex ait generaliter, actionem depositi non recipere compensationem, deductionem, aut retentionem, exceptionem doli. Igitur reddere debet statim depositum, tum agere contraria actione depositi: puto tamen secundum Accursium admittendam esse dominii allegationem, si depositarius dicat se esse dominum rei depositæ, & de eo constet, quia cum ita est, non videtur contractum depositum, *l. qui rem, & l. bona fides, §. ult. ff. depos.* Additur in *l. pen. hujus tituli*, restitutionem depositi moram non accipere ex testatione, vel testata denuntiatione alterius, ut si creditor meus denuntiaverit depositario, ne mihi rem meam restituat donec ei satisfactum sit: quæ denuntiatio est efficax, nec potest contemni sine periculo denuntiati: & ea etiam usus est plerisque in locis: quod confirmat *l. ult. de lege commiss.* Et sane si depositario id sit denuntiatum, ne rem restituat domino, nihilominus rem quidem statim petenti restituet, sed non sine cautione. Nam dominus ei cavere debet cum satisdatione a se depositarium defensum iri adversus denuntiationem creditoris, quod non abrogatur Novella 88. quæ in tribus casibus indicit pœnam denuntiatoribus, non autem improbat omnes denuntiationes sive interdictiones. Primus est, si quis denuntiaverit depositario, ne depositum domino reddat, illa denuntiatio est efficax. Ea enim fit ut depositarius rem depositam retineat, vel cautionem exigat, id est, ut eam non reddat sine cautione. At punitur denuntiator. Nam ex tempore denuntiationis, pecuniæ depositæ periculum ad eum pertinet. Item ex eo tempore præstat usuras trientes rei depositæ. Eodem modo punitur qui denuntiat inquilino, ne mercedem locationis solvat, vel qui denuntiat erogatori annonæ publicæ, ne panes civiles eroget Titio. His tribus casibus coercentur denuntiatores, sed non ideo hæc denuntiatio effectu caret.

Ad L. ult. Supervacuam veterum *differentiam e medio tollentes: si quis certum pondus auri, vel argenti, confecti, vel in massa constituti, deposuerit, & plures scripserit heredes, & unus ex his contingentem sibi portionem a depositario acceperit, alter supersederit, vel alias fortuito casu impeditus hoc facere non potuerit, & postea depositarius in adversam inciderit fortunam, vel sine dolo depositum perdiderit: sancimus, non esse coheredi ejus licentiam venire contra eum coheredem suum, & ex ejus parte avellere quod ipse ex sua parte consequi minime potuit: quasi eo, quod coheres accepit communi constituto: cum si certæ pecuniæ depositæ fuerint, & suam partem unus ex heredibus acceperit, nemini in dubium veniat, bene eum accepisse partem suam, & non debere aliam partem attingere. Nobis etenim non videtur esse homo obnoxius, neque in massa, neque in specie, neque in pecunia numerata, qui suam partem suscepit: ne industria pœnas desidiæ solvat: si enim & alius heres tempora opportuna, quemadmodum coheres ejus observasset: & suam uterque reciperet, & sequentibus altercationibus minime locus relinqueretur.*

QUi pecuniam deposuit, decessit multis heredibus relictis. Certum est unum posse agere pro parte depositi, & ei pro parte posse reddi depositum, *l. 1. §. si pecunia, ff. depositi.* Idem est, si auri facti, vel infecti certum pondus depositum sit, ut cavetur *l. ult.* Nam unus heres exiget partem auri: quid fiet si postea reliqua pars, sed apud depositarium, perierit sine dolo depositarii? Perit alteri heredi, quia perit sine dolo depositarii, & ille coheres, qui sibi vigilavit, id est, qui maturius suam partem exegit, nihil alteri præstabit, qui sero exegit. Non enim pro illius parte exegit; neque vero etiam plus sua parte, sed sibi vigilavit & prospexit. Jus autem civile vigilantibus scriptum est, *l. pupillus, in fine, D. quæ in fraud. creditor.* Idem dicemus si duo coheredes fuerint sub curatoribus, & curatores eorum inter se pecunias hereditarias, & omne patrimonium diviserint, & unus partem suam sit consecutus, alter minus, non recte facta divisione. Is, qui consecutus est minus, non sarciet hoc damnum ex parte, quam alter est consecutus, ideo non tenetur alteri quicquam præstare, *l. Lucius, ff. famil. ercisc.* Nec obstat *lex item Labeo, eod. tit.* Species est: Duo sunt coheredes, unus thesaurum effodit hereditarium, quem alter ignorabat: tenetur alteri familiæ ercisc undæ, etiamsi thesaurum cum extraneo indice forte, & conscio partitus sit, id est, si tantum suam partem perceperit, & reliquam extraneo conscio, vel indici reliquerit. Igitur in hac specie coheres coheredi tenetur, etiamsi partem suam tantum receperit. Dicendum igitur est, eum teneri, quia cum ab initio totum habuisset, postea dolo malo partitus est cum extraneo in fraudem coheredis. Inter socios idem non observatur. Nam si tres sint socii, primus, secundus, tertius, & primus debeat reliquis ingentem pecuniam, alii nihil debeant, & secundus sit consecutus suam partem, tertius non sit consecutus, quia postea primus factus est non solvendo: hoc casu pars, quam extorsit secundus, est contribuenda tertio: hoc inter socios servatur, quia iniquum est, ut ex eadem societate alter plus habeat, alter minus, *l. verum, §. si cum tres, pro socio.* Non obstat *lex si Titius, eodem*, quia ibi extraneus, qui habuit aliam partem, fuit solvendo, & ideo socius ab eo eam recuperare potest. Denique hac in re differentia est inter socios, & coheredes, vel inter societatem voluntariam, & societatem hereditariam.

AD TITULUM XXXV.

MANDATI, VEL CONTRA.

HIS etiam verbis, *mandati vel contra*, significatur duplicem esse actionem, contrariam, quæ datur procuratori sive mandatario, & directam, quæ datur mandatori. Utraque est bonæ fidei, directa sola famosa est. In utramque veniunt usuræ ex mora, & arbitrio judicis. Lex 1. pertinet ad actionem mandati contrariam, & ostendit, pecuniam, quam de suo impendit bona fide in rem alienam procurator exequendi mandati gratia, vel quam ab aliis mutuam accepit, eam cum usuris arbitrio judicis eum consequi con-

contraria actione mandati, *l. si vero remunerandi*, §. *si mandaverit*, *ff. eod. tit.* Additur in *l.* 1. salarium a procuratore actione contraria mandati non peti. Nullo casu petitur salarium actione proposita: Sed quomodo debeat peti cognitio est præsidis. Et ait *l. salarium*, *D. eod.* extra ordinem a Præside peti, quod idem est, omnis cognitio Præsidis, vel Prætoris est extraordinaria. Nam ordo hic est, ut non ipse Prætor, aut Præses cognoscat, sed det actionem, & judicem. Ergo petetur salarium, vel honorarium, sive ἀντίδωρον extra ordinem, non ordinaria actione, At *dict. l. si vero remuner.* ait esse actionem mandati, si intervenerit honor, id est, honorarium. Quod ita cum Accursio est accipiendum, ut etiam si salarium intervenerit non minus mandatum contrahatur, non ut illud salarium petatur actione mandati: si intervenerit merces, non erit actio mandati, sed locati, si honor, erit mandati. Aliud enim est honor, aliud merces. Græci salarium ὀψώνιον interpretantur. Gregorius Nazianzenus contra Julianum Imper. indicat ὀψώνιον significare omne stipendium. Mandatum igitur recipit salarium, non mercedem. Verum ita demum potest salarium a procuratore peti extra ordinem, si dominus, sive mandator id constituerit, & taxaverit, id est, si de certo salarii modo conventum fuerit. Incerti salar. persecutio non est, *l.* 17. *infr. hoc ipso tit.* quæ sententia sumpta est, & deprompta ex Papiniano in *l. qui mutuam*, §. *salarium*, *ff. eod. tit.* Id summopere cavendum est in hac actione, ne sub specie constituendi salarii eventum litis procurator contra bonos mores redimat. Salarium procuratori constitui potest, & nihilominus actio erit mandati: Sed non debet color quæri redemptioni litis; redimitur lis, si procurator ad litem paciscatur, ut si vicerit, victoriæ partem tertiam, aut quartam ferat, quæ pactio turpis est, nec potest defendi specie salarii. Nam hoc genere non continetur salarium, interposita pactione partis litis, & futuræ victoriæ, *dict. l. salarium*, *ff. mand. l. litem*, *sup. de procur. l. sumpt. ff. de pactis*, *l.* 20. *inf. hoc ipso tit.* quæ *lex* 20. ait, frustra peti partem litis, quam redemptor litis sibi dari pactus est: quin etiam si hæc pactio intervenerit, ea l. significat sumptus in litem factos non posse peti actione mandati, vel negotiorum gestorum: humanius tamen est ei dari actionem negotiorum gestorum, si quid in litem utiliter impenderit. Quod autem procuratoribus interdicitur, & idem quoque advocatis, ne lites alienas redimant, *l.* 1. §. *si cui cautum*, *ff. de extraord. cognit.* alioqui eis interdicitur advocationibus, vel foro, *l.* 5. *sup. de postul. d. l. si vero remun.* §. *ult. ff. eod. tit.* De hujusmodi redemptoribus est *l. pen. & ult. eod.* Lex penult. est justissima constitutio adversus litium redemptores. Constat actiones donari posse, & ex hac causa cedi, facto procuratore in rem suam. Vulgo etiam dicitur, actiones & nomina vendi posse, & cedi ex hac causa, quod valde restringit l. pen. Constat etiam cedi posse actiones procuratori constituto in rem alienam, ea lege, ut procurator, quod ex lite consecutus fuerit, totum bona fide domino restituat: at non possunt cedi actiones procuratori sub pactione dimidiæ, tertiæ, vel quartæ partis, id est, ut procurator in partem victoriæ veniat. Nam est hoc redimere litem, & de futuro eventu pacisci, & de victoria: Emi etiam non possunt actiones parvo pretio. Nam & hoc etiam accedit ad redemptionem litis. Hic enim emptor, qui emit uno nummo, vel alio quovis parvo pretio, tacite id agit, ut quod supra pretium ex lite consecutus fuerit, sibi habeat, & ita ferat partem futuri emolumenti: & hoc ita simpliciter tradiderunt interpretes de eo, qui emit parvo pretio: sed generaliter dicendum est, actionem nullo modo emi posse, neque magno, neque parvo pretio ex eventu litis emptori spe proposita vindictæ, dum scilicet emit actionem ut alium vexet, in quem sibi redemit actionem. Hic etiam habetur pro redemptore litis, & recte Harmenopulus dicit redemptorem litis vocari ἐργολαβόντα, & eum esse, qui pecuniam dedit, ut sibi actio cederetur. Inde generaliter constituitur in *l. penult.* ut ne quis mandata, vel cessa sibi actione plus consequatur, quam mandatori præstiterit & solverit: exempli gratia, si quis actionem ex stipulatu creditæ pecuniæ emerit centum, a debitore non recipiet nisi 100. etiam si plus debeat, sed præter illa 100. recipiet etiam usuras debitas pro modo quantitatis, *l. penult.* Nec pugnat *l. ult.* ut putat Accursius, quia quod ait *l. ult.* nihil amplius emptorem actionis percepturum a debitore, quam quod præstiterit, loquitur de sorte, nec usurarum accessionem excludit. Dices, cujus erit in hac specie quod plus est in debito? an ejus, quod plus fuerit dabitur petitio priori creditori? Minime: in quo etiam fallitur interpres. Nam abdicavit se actione, sed id cedet lucro debitoris, idque ita definit aperte *l. ultim.* Non idem dicemus, ut ostendi in *l. penult.* in cessionibus, quæ fiunt inter coheredes, vel collegatarios divisionis causa, cujus quidem causa alteri cedit actionem. Non idem etiam dicemus in cessione, quæ fit creditori solutionis vice. Nam nomen potest creditori in solutum dari, & ceditur ex ea causa. Non idem dicemus in cessione, quæ fit possessori rei alienæ, ejus possessionis tuendæ, & minuendæ causa: Ut si quis possessori rei alienæ cedat jus emphiteuticum, quod in ea habet. Hæ omnes cessiones valent in solidum, cum fiant justa ratione, divisionis puta, vel justa ratione solutionis, vel possessionis tuendæ. Et his cessionibus ex æquo respondere non debet, quod vice mutua est præstitum: ut si debeo tibi centum, nec numeravero pecuniam, sed dedero tibi in solutum aliud nomen, quod est 120. tu ex cessione petes 100. viginti: at empti nominis nulla est ratio, nisi vindictæ, & negotii exhibendi cupiditas, cui non est favendum. Ideo hæ cessiones factæ ex causa emptionis stricte accipiuntur, & non valent supra modum pretii soluti. Hæc est nova constitutio Anastasii. Nam ante eam hæ etiam cessiones valebant supra modum pretii soluti. At ut eadem const. declarat, aliud dicendum in donatione, si donetur actio, & cedatur ex ea causa, hæc liberalitas non est coercenda, cum nihil fraudis in se habeat: igitur hæc cessio, & donatio, quæ manat a liberalitate, valet in solidum: quod tamen ita procedit, ut explicat *l. ult.* si non fuerit imaginaria donatio, ne per simulationem donationis tacite lis redimatur. Item, si quis partem actionis emat, partem quasi donatam accipiat, videtur improbæ redemptioni, & partitioni color quæsitus: & ideo hoc etiam casu cessio non valet supra modum præstiti pretii. Denique *lex ult.* confirmat Anastasii constitutionem, eamque laudat appellans justissimam, & ne quid in fraudem ejus fiat, respicit.

Ad L. II. Cum ex causa fidejussionis *pecuniam patrem tuum exsolvisse proponas, habes mandati actionem: qua non solum pecuniam, sed etiam pignora in obligationem deducta, potes consequi.*

HÆc lex est etiam de contraria actione mandati. Species est: mandavi tibi ut pro me fidejuberes, fidejussisti, & conventus solvisti, habes actionem mandati contrariam in sortem, quam pro me solvisti, & in usuras habes etiam actionem hypothecariam, si quæ pignora in eam rem obligata fuerint, id est, si pignoribus tibi caverim, ut pro me fidejuberes: sic accipe *l.* 2. ex *l.* 8. *hoc ipso tit.* quæ eandem speciem habet. Sed in *l.* 2. deest verbum *Eam*, in eam obligationem deducta, mandati scilicet: videtur quidem prima specie *l.* 2. hoc significare, contraria actione mandati peti a fidejussore non tantum sortem solutam, sed etiam pignora, quod est falsum; sed sunt actiones dividendæ, & dicendum, sortem peti actione mandati, pignora hypothecaria: & ita quarto loco interpretatur Accursius.

Lex 8. eandem speciem ponit cum *l.* 2. Quæ pertinent ad illam dixi in *l.* 4. *sup. quod cum eo, qui in alien. est potest. &c.*

Ad L. III. Si pater tuus *tibi sui juris constituto actionem adversus debitores suos mandavit: potuit & ipse præsens adversus eos re integra experiri. Si quid ita ab eo apud judicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.*

In

IN l.3. hæc quæst. proponitur, an is, qui mandavit actionem alteri, ea experiri possit? Et respondetur posse, & hoc genere mandatum revocari. Mandatum finitur revocatione, seu voluntate mandatoris, vult finiri mandatum, dum agit ipse, idque si revocetur re integra, ut dixi *l.1.supra, de obligat. & actionib.* Item finitur mandatum voluntate mandatarii, seu renuntiatione, *l.si mandavero 2. §. ult. D.mandati.* Item finitur morte mandatoris, si mors contingat re integra, *l.15. h.t.* Mandatum jurisdictionis finitur similiter morte magistratus, & ita quodlibet mandatum finitur morte, vel voluntate, seu renuntiatione & mandatoris & mandatarii, *l.5. D.de jurisd.* Excipitur hic casus, si mandata sit actio ex causa venditionis, vel donationis, & mandator non decesserit sine herede. Nam durat etiam post mortem mandatoris, maxime si reliquerit heredes. Id dixi *dict. l.1. de oblig. & action. sup.* Finitur mandatum morte mandatarii, nec heredes ejus id explere coguntur, *l.si quis alicui, §. morte, ff. eodem.* Excepto illo casu, est etiam alius, quo mandatum non finitur morte mandatoris, puta, si mandator mandatum contulerit in mortem suam, ut si mandaverit sibi post mortem fieri monumentum, vel solvi, *l. si vero non remunerandi, §.ult. ff.eodem tit.* Obstat *lex ultima, de solutionib.* nisi dicamus verba hujus legis esse transposita. Illud quoque sciendum est, mandatum finiri morte, actionem mandati non finiri, *l.inter causas, & l.si præcedenti, D.eodem tit.* Idem est in societate, & venditione, finita societate non finitur actio pro socio, finita venditione non finitur actio ex empto vendito, *l.4. D. de lege commissoria.*

Ad L. IV. Etiamsi contrariam *sententiam reportaverunt qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt: si tamen nihil culpa tua factum est, sumptus, quos in litem probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes.*

HÆc l.ostendit, sumptus in litem factos a procuratore probabili ratione repeti actione mandati contraria, etiamsi procurator non vicerit, dummodo culpa & dolo careat, *l. qui mutuam, §. ult. D.eodem tit. l. 16. hic, infra.* Procurator debet præstare dolum & culpam etiam levissimam, *l.13. h.t.* Ad id etiam pertinet *l. 9. & l. 21. hic:* dum ait, aliena negotia esse gerenda exacta opera, id est, diligentia. Et ob id actionem mandati directam esse famosam, & quemlibet in re sua posse esse negligentem, in aliena non erit impune negligens; & cum ob dolum mandati agitur cum procuratore, dicitur agi de dolo. Nam omnes actiones bonæ fidei sunt de dolo, & dolum vindicant, & quædam etiam culpam continent, ut hæc mandati: depositi actio non vindicat culpam: Et ita dicitur agi de dolo, cum tamen sit actio mandati, *l. 1. sup. de dolo*, quæ lex poni debuit sub hoc titulo. Nam ait fidei ruptæ gratia de dolo agendum procuratoris, id est, mandatarii. Fide autem mandati rupta, est actio mandati quanti interest, *l.16. h.t.* Et in specie *d. legis 1.* nominatim scriptum est, esse actionem mandati. Id etiam pertinet ad fidem, seu officium procuratoris, quod quidem exactum esse debet, ut diligenter leges, & finem mandati observet, *l. 12. h.t.* At quod exegimus a procuratore, addendum id etiam exigi a gestore negotiorum, qui etiam levissimam culpam præstat, *§. 1. Instit. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc. l. si mater, sup.de usur.* Ait ea lex omnem diligentiam: *lex 13. hujus tituli*, quæ loquitur de procuratore, ait omnem culpam. Utrumque idem potest. Ergo in utroque reprehendemus etiam levissimam culpam. Hic gestor negotiorum sæpe procurator etiam dicitur in libris nostris, *l.si ego, D.de negot. gest.* & in multis aliis locis. Et a Cicerone dicitur voluntarius procurator in Bruto, & a Paulo *1. sentent.* Cujus sunt verba: Voluntarius procurator, qui se alienis negotiis offert, &c. at in specie

A hujus l. 4. differentia est inter gestorem & procuratorem. Nam procurator sumptus bona fide factos in litem repetit, etiam si non vincat, gestor non repetit, nisi vicerit. Nam tunc duntaxat habet actionem, cum res cessit utiliter, *l.cum ita demum, §.in hac, D.judicatum solvi.* Procurator habet actionem, etiamsi inutiliter gesserit, dum culpa absit.

Ad L. V. Si maritus sororis tuæ, *tibi procurans petere bonorum possessionem noluerit, cum ipso tibi congrediendum est, quam querelam ita cum effectu habes, si mandasse te, ut peteretur bonorum possessio, eumque neglexisse arguas.*

OStendit l.5. bonorum possessionem recte peti alieno nomine per procuratorem, si specialiter, id mandatum sit ut peteret bonorum possessionem. Ne-
B cessarium est speciale mandatum, ut in restitutione, quæ fit ex senatusconsulto Trebelliano. Nam hæc fit tantum recte speciali procuratori, *l.qui ita, §.1. ad senatusc.Trebell.* Igitur procurator universorum bonorum eam non petet, cui id specialiter non est injunctum: ideo ei non imputabitur, si non petierit: speciali imputabitur, si eam non petierit, *l.5. h.t.* Illud certissimum est, petitam bonorum possessionem alieno nomine sine speciali mandato confirmari ratihabitione, quæ pro mandato habetur, ut ostendi in *tit. ad senatusc. Maced. sup.* imo patientia pro mandato habetur: ut si quis me patiente, nec contradicente, pro me fidejubebat, vel bonorum possessionem petat, ita mandatum tacite contrahitur, *l. 6. h.t.* Hereditas adiri etiam per procuratorem non potest, *l. per procuratorem, D. de acquirend. hereditat.* Ma-
C jor solemnitas requiritur in jure civili, quam prætorio. De lege 7. dixi supra in *l.13. si certum petatur.*

Ad L. X. Si pro ea, contra quam *supplicas, fidejussor, seu mandator intercessisti, & neque condemnatus es, neque bona sua eam dilapidare postea cœpisse comprobare possis, ut tibi justam metuendi causam præbeat, neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis & ante solutionem convenire: nulla juris ratione antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgeri certum est. Fidejussorem vero, seu mandatorem exceptione munitum, & injuria judicis damnatum, & appellatione contra bonam fidem minime usum, non posse mandati agere, manifestum est.*

D PRocurator, vel mandatarius, qui quid solvit ex mandato, id repetit contraria actione mandati, *leg.2. & 14. h.t.* repetit etiam usuras ex mora, *l.18. hic*, vel ex stipulatione sine mora, *ut leg.19. ipso titul.* In hac specie: si mandavi tibi ut rem meam venderes, & vendideris, & pretium acceperis, pretii usuras ex mora præstabis, vel ex stipulatione, non tamen supra legitimum modum, ut supra duplum: licet in eam causam mihi pignora dederis: Nam per retentionem pignoris illicitæ usuræ servari non possunt, *l.4. §.nec pignora, ff. de naut. fœnor.* Licet naturaliter tantum debitæ possint servari, puta ex pacto intra legitimum modum, ut diximus in *tit. de usur. sup.* Hic vero, qui rem meam vendidit meo nomine, & mandato, est procurator, seu mandatarius. Nam omnis procurator est mandatarius.
E Ideo inter dominum & procuratorem semper contrahitur obligatio mandati. Non tamen omnis mandatarius est procurator: ut is, qui Titio meo mandato dat mutuam pecuniam, est mandatarius, non procurator, quia credit meo nomine, non suo. Item qui pro me fidejubet meo nomine, est tantum mandatarius, non etiam procurator. Nam procurator est, qui quid mandatoris nomine facit. Mandatarius est, qui ex alieno mandato, suo, vel alieno nomine quid facit. At quæritur in *leg.10.* an mandatarius ante solutionem mandati agere possit (post solutionem agere diximus) Regulariter non potest, etiamsi sit conventus actione ex stipulatu, vel mandati, cum ipse pro alio fidejussor, vel mandator intercessit: condemnatus tamen agere

potest, etiamsi nondum quid intulerit, nisi injuria judicis condemnatus, dolo malo non appellaverit, & ita præscriptione submotus fuerit a persequenda appellat. Hoc ostenditur in fine *l.*10. qui est de omissa appellat. quod imputatur mandatario: finis l.x. non est de omissa exceptione, quod etiam imputatur mandatario certis casibus: de hoc agitur in *l.si fidejussor*, *ff.mandati*. Accursius hoc tractavit in *hac l.*10. Sed non apte, quoniam finis l. est de omissa appellatione, non de exceptione. Item mandatarius agere potest ante solutionem, si mandator labatur facultatibus: qua ex causa etiam mulier agit de dote ante tempus actionis de dote. Item, si ita convenerit, ut possit agere ante solutionem. Item, si reus diu in solutione cessaverit, aget fidejussor mandati, ut liberetur. Hoc recte in hac *l.*10. & in *l.Lucius*, *ff.eod. tit.* explicatur. Hoc dicimus de eo, cui mandatum est ut fidejuberet pro alio, vel mandaret: cui etiam hoc mandatum videtur ut solvat, & ideo non agit ante solutionem, nisi aliis casibus, *l.indebitam*, *ff.de condict.indeb.* Quod si mandatum ei sit ut expromitteret, quod fit novatione facta, statim potest agere mandati, quia explevit mandatum, expromisit, mandatorem liberavit novatione facta. Item si mandavi ut emeres, & emeris, statim potes agere mandati, antequam pretium solveris, cum hoc mandatum non intelligatur, ut pretium solveres. Item, si mandavi ut promitteres me judicio sisti in diem certum, nec me exhibueris, cum per me staret, statim potes agere, antequam conveniaris ex stipulatione judicio sisti. Si mandavi ut negotia mea gereres generaliter, & tu dum geris te pro me obligaveris, statim potes agere, ut te ea obligatione absolvam & liberem: hæc omnia tractavi in *l.si mand.meo* 45. *D. h.t.* Itaque multi sunt casus, quibus mandatarius adversus mandatorem agere potest, antequam quidquam præstiterit.

AD TITULUM XXXVI.

SI SERVUS EXTERO SE EMI MANDAVERIT.

ULT. quæst. est de servo, qui se mandavit emi. Quæritur an valeat mandatum? Regulariter quæ adquiruntur a servo, ex persona servi valent, quamvis in persona domini inutilia sint. Ex persona servi, id est, si is liber factus ea posset sibi adquirere: quæ liber possum mihi adquirere, & servus domino adquiram, licet dominus sibi adquirere non possit, *l.debitor*, §.*servo*, *ff.de leg.*2. *l.& si maxime*, *D.de servitute legata*. At si emi mandaverit, hoc mandatum non valet ex persona servi, quia liber etiam hoc inutiliter mandaret, liber homo non potest se vendere, potest se venire pati ad pretium partiendum, vel alium actum gerendum. Liber homo non potest mandare se emi, alioqui proderet suam libertatem, & seipsum statim vindicaret actione mandati. Ergo & servus. Illud etiam mandatum non consistit ex persona domini. Non potest etiam dominus a se servum emi mandare. Nam si utile est mandatum, & ex mandato emptus sit servus, dominus aget ex vendito pretii nomine, & rem etiam repetet actione mandati, quasi emptum suo mandato: itaque rem habebit & pretium. Itaque non est actio mandati, id est verissimum, si secuta non sit venditio: at secuta venditione, domino dabitur vel actio ex vendito, vel actio mandati. Nam propter venditionem mandatum consistit, quia principaliter non id agitur, ut solum mandatum contrahatur, sed ut propter mandatum contrahatur emptio. Ideo domino datur electio, si ei non satisfiat de pretio, ut vel actione mandati emptum servum repetat, vel agat ex vendito ad pretium: ei non satisfit de pretio, si nummos peculiares emptor solverit, servo suppeditante, quia nummi peculiares venditoris domini sunt. Utraque actione experiri non potest. Nam repugnat rei recte emptæ pretium præstare, & rem etiam emptam restituere. Ideo in tit. seq. hæ actiones dicuntur contrariæ inter se. Igitur alterum debet eligere. Itaque secuta venditione, illud mandatum servi, qui se emi mandavit, non omnino est inutile, & ex eo domino adquiritur obligatio, si id malit.

AD TITULUM XXXVII.

PRO SOCIO.

Anno 1561. 13. Octob.

HÆC actio pro socio nascitur ex contractu societatis, & est ultro citroque directa, ideo non adjicit, vel contra: est ultro citroque bonæ fidei, & famosa, & recipit usuras ex mora. Socius est, qui indivise agit. Asconius Pedianus 3. in Verrem: Societas est communio pro indiviso contracta, re, aut verbis, aut consensu, *l.*4. *D.eod. tit.* Re contrahitur bonis in commune collatis & redactis: verbis per stipulationem contrahitur, ut ex edicto prætoris collatio bonorum fit vel re, vel verbis .i. *cautione*, *l.*1. §.*quamvis*, *D.de collatio. bonorum*. Item ut plurimum societas contrahitur nudo consensu: ut si inter duos convenerit de societate bonorum universorum: quo casu ipso jure bona communicantur, & fingitur intervenisse mutua traditio, *l.*1. *&* 2. *D. pro socio*. Quod notandum est, quia ceteri contractus, qui consensu contrahuntur non transferunt dominium, ut venditio dominium non transfert, sed traditio, quæ non fingitur intervenisse. Societas transfert dominium ipso jure tacita traditione, quod valde pertinet ad explicandam *l.pen.* in qua ostenditur, societatem posse contrahi sub conditione: ut si Titius consul fuerit, communia habebimus patrimonia. Quid opus fuit ea constitut. Justiniani? Nonne & ceteri contractus, qui consensu perficiuntur condictionem recipiunt, ut venditio? Sed de societate dubitabatur, ut ait Justin. sed constituit, ut id fiat: dubitabatur autem olim: quia societas dominium transfert, & fingitur intervenisse tacita mancipatio, vel traditio. Constat autem mancipationem diem, vel conditionem non recipere, *l.actus*, *de regulis juris*: ubi legendum *mancipatio*, ut Flor. non *emancipatio*. Idem est in omni legitimo modo dominii adquirendi, ut non admittatur conditio, itaque non frustra dubitabatur de societate, quod definitur *l.pen.* de actione pro socio, addendum est, eam sic appellari, quia plerunque datur de eo, quod socius pro socio impendit, & gessit, idque communiter in *l.actione*, §.*si post distractam*, *ff.pro socio.* Veluti si duo coierint societatem ad coemendum prædium, & emerint, & eis sit traditum, atque ita dominium adquisierint in commune pro indiviso: si unus eorum de suo integrum pretium numeravit, & solvit solemnia tributa fisco prædii nomine, id consequetur pro parte actione pro socio, *l.*2. *h.t.* Et generaliter finita societate, actione pro socio id agitur, ut exæquentur portiones lucri & damni, quia coita est societas lucri & damni, *l.*3. *h. t. l.verum*, *si cum tres*, *D.eo.* Dico finita societate agi pro socio, *l.*5. *hoc ipso tit. d. l.actione*, §.*si post distractam*, *D.eod.* Nam est actio generalis, quæ totius societatis, quamdiu consistit, rationes exigit. Sic dicitur *l.pro socio*, *D.eod.* Omnes autem generales actiones non dantur, nisi finito contractu, ut tutelæ non datur, nisi finita tutela, & negotiorum gestorum non datur, nisi finito officio, *l.rationes*, *inf.de adminis.tut.* Ita actio pro socio non datur, nisi finita societate. Tunc enim rationes societatis redduntur actione pro socio. Interdum tamen datur, manente societate, sed specialiter, id est, in rem aliquam specialem, non in generalem, puta, ut communicetur aliquid ex societate, quod retinet unus socius, nec vult referre in commune, agetur pro socio, ut id refe-

referat in commune, quod ex societate seposuit, contracta societate universorum bonorum, idque obtinet non tantum in societate vectigalium, sed etiam in qualibet societate, ut in speciem certam agatur manente societate, *l. actione*, *§. nonnumquam*, *l. cum duobus*, *§. idem Papin. pro socio*. Locuti sumus de societate voluntaria, id est, de contractu sociorum voluntario. Alia est societas necessaria, quam fortuna affert, quæ constituitur reipsa sine contractu: ut si duo heredes instituantur, socii sunt sine contractu: vel si duobus conjunctim donetur, vel legetur conjunctim vel indivisim: quibus casibus, si quid unus eorum impenderit in rem communem, non competeret ei actio pro socio, quia non est contracta societas, quia non eos congregavit voluntas, sed fortuna: non competit etiam actio negotiorum gestorum, quia propter suam partem ad gestionem accessit. Actio negotiorum gestorum est de aliena re gesta, non de communi re gesta, *l. heredes*, *§. non tantum*, *D. fam. ercisc.* Non competit etiam actio propria de communiter gesto, quia nulla talis actio edictis prodita est. Sed competit actio familiæ erciscundæ inter coheredes, & inter alios communi dividundo, *l. quib. casib. D. eod. tit.* Hæc actio communi dividundo competit sociis, & non sociis, id est, competit de utroque genere societatis. Itaque concurrit semper cum actione pro socio: qui habet actionem pro socio, habet actionem communi dividundo, *l. 2. D. commu. divid. l. pro socio, in fin. ff. pro socio*. Actio pro socio est tantum de societate voluntaria. Item actio communi dividundo est mixta tam in rem, quam in personam. Nam continet rerum divisiones, & præstationes personales, si quæ sint, vel si quid damni datum sit culpa socii. Actio pro socio est in personam tantum. Item in actione pro socio habetur ratio nominum, non in actione communi dividundo, *l. si actum sit*, *D. pro socio*. In plerisque aliis conveniunt hæ actiones. Utraque est bonæ fidei. Actio pro socio datur finita societate, sic & actio communi dividundo datur finita societate, dummodo maneat communio: imo & finita communione datur communi dividundo ob præstationes personales, non quidem directo, sed utiliter, *l. si quis putans, in princ. commu. divid.* Potest esse communio sine societate: ut si societati renuntietur, & nondum fiat divisio, solvitur societas, communio non solvitur. Ea autem divisio, si societas coita sit, fiet societatis jure ex æquis partibus, vel ex constitutis partibus nudo consensu, uti societas constituta est, vel fit divisio per stipulationem, aut per permutationem partium ultro citroque plerunque transigendi causa. Huic divisioni stare debent heredes tam ex testamento, quam ab intestato, *l. 4. h. t.* Item actione pro socio interdum agitur manente societate. Certum est communi dividundo actione agi manente societate, ut distrahatur. In utraque id commune est, ut in utramque veniat dolus & culpa. Et numquam fuit dubitatum de societate necessaria, quin in eam dolus & culpa venirent: quia non eligimus eum socium, sed in eum incidimus, & si eligeremus, posset nobis id imputari: Sed quia in eum incidimus forte fortuna, ideo certum semper fuit in eam societatem venire dolum & culpam, *l. heredes*, *§. non tantum*, *ff. famil. ercisc.* At de societate voluntaria dubitatum fuit, an socius socio præstaret dolum & culpam. Verum prævaluit sententia existimantium dolum & culpam venire in actionem pro socio, *l. cum duobus*, *§. 1. l. socius socio*, *ff. eod. §. ult. de societ. Institut.* Sed non venit omnis culpa, ut & in mandato, & negotiis gestis: Nam non venit levissima culpa. Nam in re, quæ ex parte mea est, non omnis negligentia præstanda est. In re mea pro solido omnino negligens esse possum, *l. in re*, *sup. mand.* In re, quæ est ex parte mea, aliquatenus negligens esse possum. Ergo non omnem culpam præsto. Lata culpa est, si quis rem alienam non servat æque ac suam, *l. quod Nerva*, *D. depos.* Lata culpa est, si quis rem communem non servet æque ac suam: hanc tamen præstat socius, quæ in depositario est lata culpa,

A in socio est levis: Contra, quæ in depositario est levis culpa, puta, consueta in rebus suis negligentia, in socio est levissima, & hanc non præstat. Nam non debet esse diligentior in re communi, quam in propria. Socio est similis maritus in rebus dotalibus. Nam in eis eam tantum debet præstare diligentiam, quam in rebus suis præstat, non ampliorem: eam si non præstet, in levi culpa est, *l. si filio*, *§. 1. & l. etiam*, *§. 1. l. si constante*, *§. si maritus*, *sol. matrim. l. in rebus*, *de jure dot. l. Pomponius*, *D. de pactis dotal.* Illa duo genera societatis notavit M. Tullius in oratione pro Quintio, cum ait, *socius, qui cum te voluntas congregasset, aut fortuna contulisset*, & cet. & paulo post: *cum quo voluntariam societatem coibas, &c.* Notandum, quod ait voluntariam: sic vocat, *l. verum*, *§. in heredem*, *D. pro soc.* ad differentiam illius so-B cietatis, quæ jure hereditario pertinet ad heredem, ut cum contracta est societas vectigalium, & ei heres nominatim adscriptus est, alioquin societas finitur morte. Et voluntarium consortium dicit *lex cum duobus*, *§. idem Papinianus*, *D. eod.* Aliud est necessarium consortium, sicut duplex societas. Nam consortium, sive societas idem sive consortio. Consortes igitur sunt, qui bona communia inter se habent ex societate, vel sine societate. Dissortes dicuntur soluta communione. August. in Grammat. Inde Festus *disertiones*, *divisiones patrimoniorum inter consortes*. Legendum, *dissortiones ex l. 1. h. t.* notandum est ita posse coiri societatem, ut unus pecuniam, alter operam conferat, vel artem, quo genere contrahitur cum pastore, vel politore agrorum, vel colono partiario. Lex ait magis obtinuit, scilicet, contra C Mutii sententiam, ut refert Justin. *Instit. tit. de soc. & l. etiamsi, socii*, *D. eod. tit. Etiamsi*, inquit ea lex, *socii pares facultates non habeant, tamen universorum bonorum societas coiri potest, quia pauperioris opera, & diligentia potest supplere quod ejus patrimonio deest*, *l. 5. §. 1. ff. pro soc.* Igitur pretium operæ supplet patrimonium: sic dicitur in *l. cum duob. §. si in coeunda*, *D. eod. Pretium operæ, artis*, quod dicitur ἀντίθετον, *esse velamentum*. Sed dicitur eo loco significari, quod sicut pretium operæ supplet quod patrimonio deest, sic etiam velat, & implet lacunam rei familiaris: & ita non tantum pretium operæ est supplementum, sed etiam implementum societatis.

Ad L. ult. Sancimus, veterum dubitatione *remota, licentiam habere furiosi curatorem dissolvere, si maluerit societatem furiosi, & sociis licere ei renuntiare. Et quemadmodum in omnibus contractibus aliis legitimam auctoritatem ei dedimus, ita & in hac parte eum permittimus competenter commodis furiosi providere.* D

Notandum, curatorem furiosi posse societati renuntiare a furioso contractæ, cum esset sanæ mentis, de quo olim dubitabatur: verum sufficit consensus, vel dissensus curatoris. Sed videtur lex ultima conjungenda cum *l. ult. inf. de curat. furiosi*, quæ eandem habet subscriptionem, & quæ tractat etiam de officio curatoris furiosi. Et adnectit Justinianus quod in hac l. ult. adjicitur. Ideo in inscriptione hujus legis ult. pro *Joanni*, legendum est *Juliano PP.* duo sunt in titulo Pandectarum loci notandi. Unus est in *l. verum*, *D. eod. tit. in princ.* E Qui locus indicat fratrem fratri teneri in id tantum, quod facere potest, si frater cum fratre agat, non aget nisi in id, quod facere potest, nec frater patietur carcerem sicut ceteri: certum est id de parentibus, de conjugibus, & liberis, de liberto, & patrono: sed illa lex ostendit, idem dicendum in fratre: nam inquit, exemplo fratrum, socios teneri in id, quod facere possunt; jus societatis esse fraternitatem quodammodo ostendens: quæ ratio falsa est, nisi idem statuatur in fratribus. Alter locus est in *l. nec quicquam*, *eod.* qui probat actionem servi corrupti esse famosam, quod etiam novum est, & inauditum. Sententia est: in actionibus turpibus, id est, in famosis actionibus (Nihil enim interest inter turpe & famosum) si socius maleficium commiserit, alte-

alterum ſocium pœnam non agnoſcere ob maleficium a ſocio admiſſum, niſi ejus maleficii eſſet ipſe conſcius & particeps. Idque ita intelligendum eſt in omnibus turpibus actionibus, ut in actione injuriarum, l.Aquiliæ, & ſervi corrupti, de qua dubitabatur, quia edicto de infamibus non comprehendebantur. Sed probat illa lex, cui adjunge *l.nec ſervi corrupti, de obſeq.parent. vel patron. præſt.* Deinde ſubjicitur in ea idem eſſe in ceteris pœnis pecuniariis, quæ ex publicis judiciis deſcendunt, ut eas non agnoſcat ſocius pro ſocio. Male id Accurſius accipit de actionibus civilibus, cum ea lex, privatis actionibus voluerit adjungere publicas, quæ plerunque pœnam pecuniariam irrogant, non capitis pœnam, ut l.Julia de ambitu, in 100. ſolidos, & l.Cornelia de injuriis in pleriſque condemnat.

AD TITULUM XXXVIII.

DE CONTRAHENDA EMPTIONE, ET VENDITIONE.

DE hoc contractu emptionis, & venditionis hic liber multos titulos continet. In primo oſtenditur, ſubſtantiam, ſive naturam emptionis conſiſtere ex tribus, re, pretio, conſenſu. Hæc tria omnimodo exigimus in venditione, ſcripturam non exigimus, niſi etiam ita convenerit, *l.ult. hoc ipſo tit.* & expoſuimus in *l.16. ſup.de fide inſtrum.* Rurſus pretii numerationem non exigimus, ſed tantum pretii conventionem: item rei, aut vacuæ poſſeſſionis traditionem non exigimus, & multo minus inſtrumentum traditionis vacuæ poſſeſſionis, *l.12. hoc ipſo tit.* Fidejuſſoris dationem exigimus evictionis nomine, *d.l.12.* Sed nec arrarum dationem. Item rei præſentiam non exigimus: venditio valet, etiamſi non fiat in rem præſentem, *l.1. h.t.* quæ tamen fit in rem præſentem, hoc quandoque amplius habet, ut fingatur traditio interveniſſe, *l.1. D. de acq.poſſ.* At illa tria, rem, pretium, & conſenſum omnino exigimus, de quibus ſigillatim nobis tractandum eſt. Primum rem, ſeu mercem exigimus, quæ veneat, & rem minime noſtram: Nam ſicut donatio, locatio, pignus, item precarium, depoſitum, commodatum: ita emptio rei ſuæ non valet, *l.4. & 10. h.t. Legis* 4. ſpecies eſt. Ego tibi rem donavi & tradidi: deinde heres, & filius meus eam rem tibi vendidit. Lex ait, non duplicari titulum poſſeſſionis. Lex 10. ait, non duplicari dominium. Utrumque eſt verum, quia tu non videris & ex cauſa donationis, & ex cauſa emptionis rem poſſidere, cum nulla ſit emptio: Sed ſi donatio non valuit, quam fecit, ſi te non feci dominum, tum utilis erit venditio, imo etiamſi ab initio valuit donatio, quam in te contuli, ſi in ea tamen cauſa eſt, ut poſſit revocari ut inofficioſa: erit etiam tum utilis poſterior venditio: ut ſi filio defraudato, tibi omnia bona mea dedi, quam donationem poteſt filius reſcindere per querelam inofficioſæ donationis, & in ſolidum quidem ſi dedi extraneo, ut in ſpecie l.4. idque ad exemplum querelæ inofficioſi teſtamenti, quæ inſtituto extraneo herede, reſcindit teſtamentum in ſolidum, & omnino teſtatorem inteſtatum facit. Hanc vero imitatur per omnia querela inofficioſæ donationis, *l.ult. de inoffic. donat.* At ſi donavi alteri filio omnia bona mea, non revocabitur donatio, niſi pro modo partis legitimæ filio defraudato, argumento *l.2. ſup. de inoff. don. & l.3. de inofficioſ. teſtam.ſup.* Nunc de pretio. Exigimus in emptione, ut ſit perfecta, certum pretium, id eſt, ut conventum ſit de certo pretio, *l.9. h.t.* Certum eſt pretium, ſi ſit ejus quantitas certa, ut ſi venierit merx 100. aureis. Item certum eſt pretium ſi venditor dicat ſe vendere quanti emit, vel quanti eſt in arca, ſi quid ſit in ea, quia hoc caſu pretium incertum non eſt, imo rei veritate certum, ideo nec venditio incerta, *l.7. §.pen. ff.eod.tit.* Quid ſi dicat ſe rem vendere, quanti Titius arbitrabitur? quidam

A Juriſconſulti dicebant eſſe certum pretium: Nam ea verba accipiebant pro arbitrio boni viri, quod ſemper certum eſt; ideo dicebant emptionem valere, etiam pretium non ſtatuente Titio, & ſtatuendum eſſe ex bono & æquo. Alii vero negabant emptionem valere, pretium nolente definire Titio, quorum ſententiam probat Juſtinianus in *l.ult. h.t.* tam in emptione, quam in locatione, quæ etiam exigit pretium. Alias in contractibus bonæ fidei arbitrium accipitur pro arbitrio boni viri. In hac ſpecie, quæ exigit taxationem pretii certi arbitrium non egredietur perſonam Titii, nec latius accipietur pro arbitrio boni viri. Itaque pretium non ſtatuente Titio nulla erit emptio venditio. Et hæc dicimus, cum pretium confertur in arbitrium extranei, puta Titii: Quod ſi conferatur pretium in arbitrium B emptoris, nulla eſt emptio, quia eſt ſine obligatione, cum poſſit is, vel emptum, vel non emptum habere, *l.quod ſæpe, §.1. ff. h.t.* Ac multo magis nulla erit emptio, ſi tota ea conferatur in arbitrium emptoris, ſi voluerit, *l.13. hoc t.* quia quæ non aſtringit neceſſitate obligatio, nulla eſt: reſpicit ad obligationis definitionem, quæ eſt *juris vinculum, quo neceſſitate aſtringimur*, & ſic ad eam reſpicit *l.pater filium, in fine, ff. ad leg.Falcid. In ære*, inquit, *alieno erit fundus, quia neceſſitate adſtrictus eſt*, &c. Illud adjiciendum eſt, conferri emptionem poſſe in arbitrium venditoris, quaſi in conditionem, ut ſi veneat ſervus, poteſt adſcribi hæc conditio, ſi rationes meo arbitrio reddiderit, *l.7. ff.eod. tit.* Vel etiam ita recte fiet emptio ſub conditione, ſi intra Calendas res tibi placuerit, empta eſto. At palam C non poteſt conferri in arbitrium emptoris hoc modo, ſi volueris hanc rem, emptam habeto: Nihil enim agitur, quia nulla neceſſitate aſtringitur emptor, *l.13. h.t.* Igitur in emptione exigimus taxationem certi pretii, non numerationem. Conventio de pretio certo emptionem perficit, etſi nondum numeratum ſit, *l.2. ff.eod. tit.* Ideo re tradita, ob pretium non numeratum ab emptore venditio irrita non redditur, nec repetitur res ex mora & pœnitentia non numerati pretii ad tempus. Item emptor ob moram hanc malæ fidei poſſeſſor non conſtituitur, quia initium poſſeſſionis juſtum eſt? Sed parata eſt venditori actio ex vendito de pretio cum uſuris ex mora, vel ex traditione rei, ſi fructus perceperit, hæc oſtendi in *l.8.9. & 12. h.t.* Nunc dicendum de conſenſu, quem omnino exigimus in emptione venditio- D ne. Ideo a furioſo facta venditio non valet, niſi ſit facta tempore furoris intermiſſi, *l.2. h.t.* Item ab invitis facta, vel ſimulate facta, non valet, *l.11. h.t.* Ideo ſi quis fundum venalem habeat, eum vendet cui volet, nec cogetur extraneo præferre propinquum ad eandem emptionem accedentem, *l.pen. h.t. l.3. inf.de comm. rer. alien.* Itaque l.pen. tollit jus *προτιμήσεως*. Sed ei ſolet opponi *l.1. inf.non licere habitator. &c. lib.11.* Quæ lex docet, vicanum, qui fundum venalem habet, debere convicanum præferre extraneo emptori. Itaque illa lex jus admittit *προτιμήσεως*. Sed loquitur illa lex de convicanis, qui Græce dicuntur *κωμῖται* & *συγκωμῖται*, qui male ab Haloandro vertuntur comitiani. Vicanus adverſus convicanum habet hoc jus, ſicut etiam dominus adverſus ſuos homines veluti colonos, cenſitos, emphyteu- E ticarios, qui quid vendere volunt, habet jus *προτιμήσεως*, *l.ult. inf.de jure emphyteutic.* At lex penult. hujus tit. non loquitur de dominis, ſed de propinguis & ſociis: Ii non habent jus *προτιμήσεως*, nec jus contractus ex hac conſtitutione, niſi ex pacto, *l.qui Romæ, §.coheredes, de verb.obligat.* At poſtea Romanus Imp. Conſtantinopolitanus reſtituit jus *προτιμήσεως*, Nov. *περὶ ἐκποιήσεως κτημάτων, de alienatione poſſeſſionum*. Ea Nov. conſtituit, ut jure *προτιμήσεως* vocentur in emptionem rei venalis cognati conſortes, ut fratres, qui indiviſe agunt, tum ut vocentur ſocii, quos ad ſocietatem conjunxit voluntas, deinde extranei ſocii, quos ad ſocietatem conjunxit res ipſa, vel fortuna, ut coheredes, & collegatarii; poſt ut vocentur *συμπαρακείμενοι ὁμοτελεῖς*, id eſt, qui eidem domino

cano-

canonem penſitant, & ſerviunt, vel ut Fridericus ait in ſua conſtitutione, qui ſunt ſub eodem ſervitio. Quinto loco vocantur confines. Igitur ea Nov. 5. gradus facit, & inter eos dat ſucceſſionem, videlicet ut primis non offerentibus pretium intra triginta dies, vel repulſis eis, quod injurias aliquas venditori, aut ejus familiæ fecerint, tum ſequentes vocentur, atque ita alii aliis ſuccedant. Diximus ſimulatam venditionem non valere: Nam hoc abhorret a conſenſu, ut fiat venditio donationis cauſa per ſimulationem, venditio non valet, *l. ſicuti emptio*, *D. Loc.* Ut nec ſocietas valet ea ex cauſa, *l. 5. in fine*, *ff. pro Soc.* Venditio igitur non valet, donatio tamen valet, niſi quid impediat. Nam qui donant ſpecie venditionis, id agunt, ut fraus fiat legi prohibenti donationem; ideo non dicunt ſe donare, ſed vendere: at id non agunt ſemper, & tum donatio valet, & legi donationis directæ parendum eſt, *l. 3. hoc tit.* Quæ lex perfectam donationem dicit, quia donatarius fuerat inductus in poſſeſſionem rei donatæ, quod etiam exigit l. 4. & 9. hoc tit. Nam donatio non perficitur ſolo conſenſu, ut emptio venditio, ſed mancipatione, & traditione, niſi fiat inter conjunctas perſonas, ex conſtit. Divi Pii. Hodie inter omnes perſonas ſolo conſenſu perficitur ex conſtit. Juſt. ad exemplum venditionis. Pertinet ad hanc emptionem ſimulatam *l. 6. hoc tit.* Species eſt: Mulier dum bene vellet Titio, ei donare cupiens, rei ſuæ dominium tit. vend. in eum tranſtulit; deinde ei nupſit, venditio, vel donatio valet, quia facta eſt ante nuptias, & ideo poſtea facto divortio non poteſt repeti a viro. Id confirmat *l. pen. in fine*, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Ad idem pertinet *l. 7. hoc tit.* Species eſt: Mulier rem emit ab extraneo, & traditam accepit: deinde finxit ſe eandem rem a marito accipere donationis cauſa in fraudem legis, ut ſcilicet maritus eam rem revocaret quaſi illicite donatam, atque ipſa illi quodammodo donaret: quæritur, an divortio facto eam poſſit maritus revocare tanquam illicitam? minime, quia eſt ſimulata donatio, quæ mulieri dominio jam acquiſito ex cauſa emptionis nihil adjecit. Ergo nihil etiam detrahet dominio mulieris. Idem erit ſi rem emptam ab extraneo, mulier iterum emere ſe finxerit donationis cauſa, *l. 10. hoc tit.* Hæ ſimulationes contrariæ ſunt conſenſui, qui omnino in emptione venditione exigitur. Poſtremo id continetur *l. 5. hoc ipſo tit.* ut tutor poſſit emere rem pupilli bona fide, & palam, id eſt, ex auctione pupilli: ſic accipio leg. hanc, idque ex *l. 2. §. tutor*, *D. pro empt.* Alias tutor non poteſt emere rem pupilli. Sic etiam comes rer. privat. & palatini, id eſt, apparitores comitis, & patronus fiſci poteſt emere rem fiſci ex auctione fiſcali, non aliter, *l. ult.* quæ Græca eſt, & deſ[illegible]ratur *l. 1. de fide, & jure haſt. fiſcal.* Non obſtat vero *l. 5. l. tutor rerum*, *D. de adminiſtrat. tutor.* Ex qua colligunt tutorem jure emere rem pupilli, etiamſi non emat palam, ſed id male ex ea colligitur: Nam ibi tutor non emit rem pupilli, ſed extraneus: at rem pupilli jure extraneo venditam, emptore non ſolvente, tutor retinuit, nec tradidit, & pretium rationibus pupilli acceptum tulit, perinde atque ſi emptor numeraſſet, ideo de ſuo intulit pupillo pretium, & perinde eſt, ac ſi extraneus pretium dediſſet, eique res tradita eſſet, nec tutori avocabitur, cum venditio ſit principaliter collata in extraneum.

AD TITULUM XXXIX.

DE HEREDITATE, VEL ACTIONE VENDITA.

DE hereditate vendita eſt l. 1. 2. 4. 5. & 6. de actione vendita eſt l. 3. 7. 8. & 9. Si heres hereditatem vendiderit, non ideo liberatur a creditoribus hereditariis, vel legatariis, vel fideicommiſſariis, imo eis reſpondere cogitur cum ſit heres. Nam vendendo non deſinit eſſe heres: emptor vero hereditatis, invitus non reſpondebit creditoribus hereditariis, volens reſpondebit, & excipiet illorum actiones: quo caſu ſi cum emptore volente agant creditores hereditarii, tacite videntur pacti, ne agant cum venditore. Ideo electio emptoris proficit venditori ad exceptionem taciti pacti, *l. 2. ſupra, de pact.* Quod ſi emptor nolit ſuſcipere actiones creditorum, tunc neceſſario venient ad venditorem quaſi heredem. Verum quod venditor eis præſtiterit, dederit, ſolverit, id ab emptore hereditatis recipiet, *l. 2. inf. de legat.* Recipiet id, inquam, actione ex vendito, vel etiam ex ſtipulatu actione. Nam ſolent de hac re interponi ſtipulationes inter hereditatis venditorem & emptorem, & venditor promittit, quanta pecunia ex hereditate ad ſe pervenerit, tantum emptori redditurum: B Emptor contra promittit quantam pecuniam venditor præſtiterit, & ſolverit hereditario nomine creditoribus, tantum ſe præſtiturum venditori. Nam id agitur hac venditione hereditatis, ut in emptorem hereditatis omnia commoda & damna tranſeant. Hæc oſtenduntur in *l. 2. §. ſicut*, *& l. ſi ex pluribus*, *ff. de heredit. vel act. vend.* Ergo quod ſolverit venditor, cum quo ſolo eſt actio, licet hereditatem vendiderit, id repetet ab emptore actione ex vendito, vel ſtipulatu, vel ſi nondum quid ſolverit creditoribus hereditariis, in hoc aget venditor actione ex vendito cum emptore, ut emptor ſuſcipiat defenſionem venditoris adverſus creditores hereditarios, argumento *l. hereditatem*, *de donat.* de qua l. diximus in *tit. de condict. ob cauſ. dat.* Vel aget cum emptore actione ex vendito, ut caveat emptor ſe C creditoribus hereditariis ſatisfacturum. Nam hoc eſt commune omnibus bonæ fidei actionibus, ut agatur eis ad interponendam cautionem, vel ſi ita res ferat, ſatisſdationem. Hoc tamen caſu venditor aget, ut caveat ſe ſatisfacturum, non etiam ut ſatiſdet, niſi ab initio ita convenerit, *l. 2. hoc tit.* Hoc ibi exprimitur eleganter. Nam natura emptionis & venditionis hæc eſt, ut nulla ex parte ſatisdationes interponantur, ſed repromiſſiones, & cautiones nudæ, niſi aliud convenerit, *l. pacta, de contrah. empt. & vendit.* Et ita etiam agit emptor, ut caveatur, non ut ſatisdetur de evictione, niſi ita convenerit. Sic merito ait *l. 2. hoc t.* in ſpecie propoſita venditori non dari actionem ad ſatisdationem ullam exigendam de abſolvendis creditoribus hereditariis, de qua initio conventum non eſt, dabitur tamen ad exi- D gendam repromiſſionem. Quæret aliquis an utiles actiones in emptorem hereditatis creditores habeant? Minime. Nam nulla lege, aut ſenatuſconſulto id expreſſum eſt. Ipſe quidem emptor hereditatis habet actiones utiles in debitores hereditarios ſine ceſſione ex conſtitutione Divi Pii, *l. ſi cum emptore*, *D. de pact.* *l. 5. hoc tit.* vel habet directas ex ceſſione, quam etiam flagitabit actione ex empto: verum in eum non competunt actiones utiles. Itaque emptor hereditatis non eſt per omnia ſimilis fideicommiſſario hereditatis. Nam fideicommiſſario, & in fideicommiſſarium hereditatis competunt actiones utiles ex ſenatuſconſulto Trebelliano: Emptori hereditatis competunt utiles ex conſtitutione Divi Pii: in emptorem non competunt utiles, quia deficit conſtitutio: nihil temere conſtituendum eſt ſine E conſtitutione. Excipiendus autem eſt fiſcus ab hac definitione: nam ſi ad fiſcum pervenerit hereditas caduca, aut vacans, & eam vendat, jam creditores hereditarii cum fiſco, qui hereditatem vendidit, non agent, ſed cum emptore utili actione, *l. 1. hoc tit.* *l. eum qui bona*, *D. de jure fiſci.* Opponitur huic exceptioni *lex 2. & 3. inf. de quadrien. præſcript.* quæ leges tuentur eos, qui a fiſco emunt, & eos liberant omnibus actionibus tam in rem, quam in perſonam. Et ait *lex 3.* adverſus emptorem ceſſat omnis motus, id eſt, actio, ut Græce *κίνησις*, & *κινεῖν*, id eſt, agere. Sic eadem lex ait, *cum moveatur*, id eſt, agatur, & *lex 3. in fine*, *de præſcript. 30. vel 40. annorum*. Igitur in emptorem ceſſat omnis actio. Dant igitur illæ leges illi, qui emit a fiſco, ſecuritatem pleniſſimam,

mam, etiamsi vendiderit fiscus rem alienam, quia dominus cum fisco, non cum emptore aget. Emptori datur perpetua securitas. His videtur pugnare, quæ dicit, fisco hereditatem vendente dari actionem in emptorem. Ergo quicunque emit a fisco, non est securus. Sed hæc non pugnant: Nam lex 2. & 3. dant securitatem emptoribus, cum quibus agitur de proprietate, & hypotheca rerum, quæ venditæ sunt, *§. ult. Institut. de usucap.* ne scilicet hoc genere res illis avocentur: de statu cum eis agi potest: ut si vendiderint ancillam, *l. 5. inf. de liber. caus.* Et sic recte Thalelæus ad *dict. l.5.* Sic etiam hereditate vendita a fisco, cum emptore agi potest de debito hereditario, vel legato, vel fideicommisso, quia non agitur de auferenda hereditate, de re liberanda. Sic recte Fulgosius hic: Verum cum eo, qui emit a fisco hereditatem, quasi caducam & vacantem ex *l. 2. de quadrien. præsc.* postea non agetur petitione hereditatis, ne auferatur hereditas. Itaque recte idem Fulgosius dicit *d. l. secundam* corrigere *legem nec ullam, §. item si quis a fisco, de petit. heredit.* quæ dat petitionem hereditatis in eum, qui emit a fisco hereditatem, quod est contra sententiam *l. 2.* Igitur ex ea l. 2. si fiscus vendiderit hereditatem quasi caducam & vacantem, is, ad quem pertinet hereditas, jure aget cum fisco intra quadriennium, cum emptore non aget de hereditate ipsa: sed si hereditas fuerit fere caduca, & jure vendita, aget cum emptore quilibet creditor hereditarius, vel legatarius, vel fideicommissarius. Certum est etiam quod ante constitutionem Zenonis securitas data fuit emptoribus, qui emissent a fisco occupante bona debitorum suorum, & distrahente forte ob non solutas solemnes pensitationes, vel tributa, si quis emisset hæc bona ob eam causam securus erat emptor, etiamsi res illæ aliis essent pignori obligatæ: Nam fiscus semper censetur antiquior in hypotheca, *l.2. infra, si propt. public. l. 1. inf. de capiend. & distrahend. pignor. tribut. cau.* Item si bona quædam sint confiscata forte ex causa delicti, certum est etiam hoc casu ex jure veteri ante constitutionem Zenonis ea bona in fiscum transire sine ære alieno, & a fisco rursus in emptorem, nisi sint pignori obligata aliis quibusdam: quo casu fiscus tenetur, non emptor ex eadem constitutione Zenonis. Pertinet ad hanc speciem *l.2. inf. de debitoribus civit.* Nam ait, si quis fisco locum fecerit, quod dicitur de his, quorum bona sunt publicata, *l.3. de jure fisci, l.3. Cod. Theod. de bonis proscriptorum.*

Ad L.IV. Qui nondum certus *de quantitate hereditatis, persuadente emptore quasi exiguam quantitatem eam vendidit: bonæ fidei judicio conveniri, ut res tradat, vel actiones mandet, non compellitur (nam) suo quoque jure eorum persecutionem habet.*

LEX quarta est de dolo emptoris hereditatis. Si emptor hereditatis venditorem induxit dolo malo ut venderet, venditio ipso jure nulla est, quia dolus dedit causam contractui. Ideo rebus hereditariis traditis, venditori competit vindicatio, vel condictio sine causa: rebus autem non traditis, emptor non habebit actionem ex empto, quia nulla est, *l. 4. hoc tit.* At si vendituro hereditatem emptor persuasit, ut minori pretio venderet, affirmans, vel jurans hereditatem esse perexiguam, cujus vires heres ignorabat, hoc casu venditio valet: Sed venditori datur actio ex vendito in id quod interest, vel in id quanto pluris est hereditas, *l. si quis affirmavit, D. de dolo.*

Ad L. VI. Qui tibi hereditatem *vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, & ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit: ex empto actione conventus: quanti tua interest, præstare cogetur.*

LEX 6. ostendit venditorem hereditatis, qui res hereditarias non tradidit, teneri emptori actione ex empto in id quod interest, si postea rem aliquam ex hereditate alii vendiderit, & tradiderit, rupta fide prioris venditionis: Nam hic posterior emptor potior erit, cum ei prius traditum sit, & potuit vendere res hereditarias alteri, & jure eas vendidit, quoniam venditio nuda dominium non trasfert: qui vendidit, nec tradidit, dominus manet; ideoque recte alteri vendit, & si ea tradat, alter fit dominus. Conjunge hanc *l. 6.* cum *l.3. de his, qui a non domin. manum. sunt*, quæ ait, idem esse dicendum, si venditor hereditatis postea ancillam hereditariam manumiserit: valet libertas, quia data est a domino, sed tenetur ex empto ad id quod interest. Nunc de actione vendita videndum. Constat actionem vendi posse tam in rem, quam in personam: & sicut emptor hereditatis habet actiones utiles sine cessione, & directas ex cessione; ita emptor singularium rerum actiones habet ex cessione directas, sine cessione utiles ad exemplum earum, quæ venditori competunt tam in personam, quam hypothecarias, *l. 7. & 8. hoc tit.* Lex 7. addit posse etiam actionem, vel nomen debitoris pignori obligari: qua ex re datur creditori utilis actio in personam, videlicet in debitorem debitoris. At semper meminisse oportet in his casibus *l. pen. sup. mand.* ne scilicet emptor actionis plus ferat ex actione mandati, quam solverit pretii nomine, ut coerceantur redemptiones, & redemptores litium. Igitur directæ actiones ex cessione competunt emptori, sive emerit actionem in personam, seu in rem, actiones utiles etiam competunt in personam sine cessione: At de actionibus in rem dubitatum fuit, an emptor actionis in rem haberet actionem utilem sine cessione, quia venditio sola non transfert dominium, nec de eo præbet actionem sine mancipatione, traditione, vel cessione. Hoc recte definitur *l. ult. hoc tit.* quæ constituit utilem dari sine cessione ei, qui emisset actionem in rem. Notandum ex lege tertia actionis venditionem, & cessionem fieri invito debitore & ignorante, cui conjugenda est *l. 1. de novationibus, inf.* quæ lex addit, aliud esse in delegatione, quæ novandi causa non fit invito debitore: Nam fit per stipulationem.

AD TITULUM XL.
ET TRES TITULOS SEQUENTES.

Quæ res venire non possunt, & quæ vendere, vel emere vetantur.

QUINQUE hujus tractatus sunt capita. Primum caput de purpura, & serico, secundum de, annona populari & militari, tertium de armis & aliis quibusdam non exportandis, nec habendis, quartum de eunuchis, quintum de non distrahendis filiis: quod ad primum attinet, *l. 1. hujus tit.* commercio purpuræ, & confectione privatis interdicit; sive tinctione, proposita pœna capitis, & omnium bonorum confiscationis: ait autem, fucandæ: recte Accur. id est, tingendæ, arg. *l. 3. de vest. holosericis, l. ult. C. Theod. de muril.* Purpura soli principi dicata est. Ea privati non utuntur, ideoque ad usum principis tingendæ purpuræ jus est tantum certis concessum personis huic conditioni addictis, quæ Græcis dicuntur Baphii, *tit. de muril.* Sveton. scribit Neronem interdixisse usum Tyrii coloris purpuræ, & matronam vetita purpura cultam, non veste modo, sed bonis exuisse, ut *l. 1. hoc tit.* Ocyus exuit bonis omnibus & emptorem & venditorem purpuræ. Sic *l. pen. inf. de vestib. holosericis*, interdicit privatis viris, & feminis usum sericarum, purpurearum vestium, & purpuræ usum. Hæc l. 1. non tantum purpuræ usum interdicit in serico, sed etiam in lana qualibet, & adjicit, quæ blatta, vel oxyblatta, vel hyacinthina, & hyantina dicitur. Sic jampridem ostendi legendum *hyantina* hoc loco, dum ait

quæ .i. quæ purpura, non quæ lana. Purpura dicitur blatta, unde blatteæ veſtes. Eſt & alia purpura, quæ dicitur oxyblatta, confecta ex ſplendidiore, & lucidiore colore, qui & blatta appellatur a veteribus. Alia Purpura dicitur hyantina a violis Martiis, ut in *l.70. ſi cui lana*, §. *ult. de leg.* 3. quæ dicitur Tyrianthina a Vopiſco in Car. Igitur lex interdicit privatis viris & feminis uſum purpuræ, id eſt, blattæ, oxyblattæ, hyanthinæ. Quæri poteſt, an omnino non liceat privatis veſtibus purpuram prætexere? Id definit Leo Imper. Nov. 80. qua permittit uſum veſtium purpura prætextarum, & multo magis permittitur uſus veſtium ſerico prætextarum. Nam purpura fuit ſemper pretioſior auro & ſerico. Sericum fuit auro par, ut in *l. Rhod. ca.* 40. & a Vopiſco in Aurel. *libra*, inquit, *auri tunc libra ſerici fuit*. Purpuræ veſtes viris & feminis interdicuntur holovere, id eſt, holoſericæ, quod idem eſt: Nam *βῆρος* ſericum dicitur. Zonaras & Balſamon, in can. 12. Gangrenſi *βῆρυς* interpretantur *σηρικὰ ὑφάσματα*, & in ficta illa donatione Conſtantini ſcriptum eſt, Pontificem, uti veris veſtimentis, & vero Selochalino. Igitur veſtes holoveræ interdicuntur viris, non feminis, *l. pen. de veſt. holov.* Vopiſcus in Tacito: *viris omnibus interdixerit holoſericam veſtem*, feminis nunquam fuerunt interdictæ, at purpureæ etiam feminis. Quæri etiam poteſt de cocco grano tinctorio, an interdictum ſit, quod granum ſcribunt purpuræ genus eſſe: Nam faciunt aliam purpuram violaceam, aliam coccinam: Sed ſequemur *legem ſi cui lana*, §. *ult.* quæ negat purpuræ appellationem coccum contineri. Igitur ejus uſus non eſt interdictus, ſub quo continetur etiam ſericum, quod omnimodo non eſt interdictum privatis, cum uſus ſerici indulgeatur matronis, *l. 2. hoc tit.* Id tamen prohibitum eſt, ne privati ſericum emant ab hoſtibus, ut a Perſis, a quibus Romani ſericum conficere didicere, & ut a barbaris ſericum emere poſſit ſolus commerciorum comes. Fuit quidam commerciorum comes, qui fuit ſub diſpoſitione comitis largitionum: ſine ejus auctoritate non recipiuntur alienigenæ, peregrini, & Barbari mercatores, ut emant aut vendant in ſolo Romano, *l. ult. de commer. & mercator.* Sine ejus auctoritate Romanus mercator nec ſericum, nec aliud quidvis a Barbaris emit. Secundum caput eſt de annona populari, & militari. Alebat princeps populum Romanum præbitis panibus, qui dicebantur civiles: alebat & exercitum datis obſoniis. Proponitur in *l. 3.* pœna capitis, ſi quis annonam populi Romani emerit, aut vendiderit, dum in litoribus navibus vehitur; quo pertinet *l. 2. & l. pen. de navic.* Vocant eam publicum canonem, id eſt, canonem frumentarium populo Romano alendo. Eandem pœnam conſtituit in eum, qui quid emit ex annona militari in *l. 4. hoc tit.* Leo in *Nov. 60.* mutavit pœnam capitis in pœnam quadrupli.

AD TITULUM XLI.

QUÆ RES EXPORTARI NON DEBEANT.

TERTIUM caput eſt de armis, & aliis quibuſdam non efferendis, nec habendis, ut ſupra, & conſtituitur *l. 1. quæ res exportari non debeant*, ne ad barbaricum transferatur vinum, vel oleum, liquamen guſtus, vel promercii cauſa: ſic barbaricum dicit, ut nos hoſticum. Eutropius, *uterque in barbarico occiſi ſunt*. Liquamen Græci interpretantur *γάρον*: rectiſſime: ſic apud Vopiſcum in Aureliano: *Liquaminis ſextarium unum*, id eſt, gari. Igitur ex *l. 1.* vinum, oleum, garum, vel oxygarum exportari non debent. Additur in *l. 2.* ut barbaris nulla vendantur arma, nulla tela nociva, vel alia, nihil ferri facti, vel infecti: & nominat ſpecialiter loricas, arcus, ſagittas, ſcuta, ſpathas, & gladios, id eſt, ſemiſpathas, quæ dicuntur *παραμήρια*, *Nov. de armis.* Veget. *lib. 2. cap. 15. Gladios*, inquit, *majores, quos vocant ſpathas, & alios minores, quos ſemiſpathas nominant*. Additur etiam in *l. cotem*, *ff. de publ.* ne barbaris vendantur cotes ferro acuendo, ne frumenta, ne ſales. In omnibus proponitur pœna capitis, quam pœnam etiam in mitiorem Leo mutavit *Nov. 63.* At generaliter ſciendum eſt, commercio ſalis omnibus eſſe interdictum, non tantum inter Romanum & barbarum, ſed etiam inter Romanos ſine perſona mancipum .i. ſine publicanis. Publicani autem ſunt ii, qui ſalinas conduxerunt, quo etiam jure hodie utimur in Gallia, *l. ſi quis, de vect.* id eſt, nemo ſales vendit, niſi manceps, aut is, cui id ipſe permiſit: nemo etiam ſales emit, niſi a publicano & mancipe, aut de eo, cui ipſe permiſerit: ſic etiam generaliter commercio cuilibet armorum interdicitur, idque non tantum Nov. de armis, ſed etiam *leg. Julia de vi publica, & l. 1. inf. ut arm. uſus, &c.* Ideo privatis non licet habere fabricam armorum, quia erant publicæ omnes fabricæ armorum, & in eis erant conſtituti certi fabricenſes, qui milites, vel ſcholares vocabantur: erat enim una ex undecim ſcholis, qui ſoli poterant fabricare arma publica, & dicebantur deputati & ſtatuti. Non licuit etam privatis habere ferrariam. Eſt hac de re locus in *l. ul. §. magn. ff. de publ.* Qui §. etiam oſtendit prædium, in quo quis ferrariam habuerit, fiſco committi, ſi id habuerit ſciente domino & diſſimulante.

AD TITULUM XLII.

DE EUNUCHIS.

QUARTUM caput eſt de Eunuch. ne ſcilicet ſpadones fiant. In quam rem proponitur in *l. 1.* pœna capitis, & publicationis ſervi excifi, item hujus domus, in qua id commiſſum fuerit. At ex *Nov. 142.* ſervus caſtratus contra præceptum legis non fit ſervus fiſci, quod tamen lex 1. voluit, ſed fit liber. Itemque ex Nov. Leonis 60. quæ quidem Nov. derogat Nov. Juſt. 142. Unus locus eſt in ea Nov. Juſt. notandus, dum præcipit ne ſpadones fiant in orbe Romano. *Si*, inquit, *barbari noſtro præcepto paruerunt, non feram, ut mei etiam ei non pareant in orbe meo:* quem locum intellige de Abaſdis, quos Juſt. Chriſtianos fecit & præcepit ne ſpadones facerent. Id indicat Evagrius *lib. 4. cap. 22.* Porro ea conſtitutio de ſpadonibus vetuſtiſſima eſt, & celebratur lex Domit. apud Svet. item Nervæ & Adriani, *l. 4. ad leg. Cornel. de ſicar.* Et in eam rem ſenatuſconſulta facta quædam ſunt, *l. 3. §. & qui hominem, & l. 5. 6. eod.* At tres ſunt exceptiones hujus interdicti. Unam ponit Juſt. martyr in 2. apol. pro Chriſtianis: *ἄνευ τῆς ἡγεμόνος ἐπιτροπῆς* .i. *ſine permiſſu præſidis*, & eo fine quendam ex noſtris preces, ſive libellum Felici rectori Alexandriæ obtuliſſe, &c. Aliam exceptionem ponit Zonaras *in Clement. can. 24.* niſi ſcilicet propter morbum in eam partem irrumpentem, &c. quod etiam continetur *Nov. Leonis 60.* Tertia exceptio eſt in *l. 2. de eunuch.* ſi barbari in barbarico caſtrati ſint, quorum commercium eſt: ſervorum Rom. gentis, etiamſi in barbarico caſtrati ſint, non eſt commercium, & capite punitur emptor & venditor, & tabellio, qui inſtrumentum emptionis venditionis conſcribit, ſicut in ſpecie *l. jubemus, §. his tabell. de ſacroſanct. eccleſ.* Item ex *d. l. 2.* punitur publicanus, qui vectigal ſuſcepit pro ſpadone, quaſi pro merce, quia ſpado non eſt in merce, niſi ſit barbarus, & in barbarico exſectus. Et notat genus vectigalis, puta octavam, ex quo apparet mercium invectarum vectigal fuiſſe octavum quæſtus cauſa, quod probat *l. 7. de vectig. & commiſſ. l. 7. inf. de loc.* Svetonius ait, Caligulam exegiſſe hanc octavam vectigalis ex diurnis gerulorum quæſtibus, id eſt, ex bajulorum diurnis quæſtibus.

AD TITULUM XLIII.

DE PATRIBUS, QUI FILIOS SUOS DISTRAXERUNT.

POSTREMUS casus est de filiis non distrahendis a parentibus, nec donandis, aut alio quovis modo alienandis, quod etiam indicat *l. ult. quæ res pign. obl. poss. vel non*, Paul. *lib. 5. sent. tit. 1. de liberali causa*. Ex XII. tabul. vendi poterant, hodie non possunt, nisi cogat egestas victus causa, *l. 2. hoc tit.* Id est, si pater liberos non possit alere: duo hic exigimus, ut scilicet pater sit pauper, item ut desit educator, videlicet, qui vel gratuito filium alat: Nam si adsit aliquis educator filii, vel si de publico sint alimenta constituta, non poterit pater ob egestatem suam solam filium distrahere: exigimus ut filio victus causa desit. Sed filii ex hac causa venditi servi fiunt, nec de hoc dubitandum est, ut Accurs. dubitat. At Paulus in supradicto loco dicit, ingenuitati filii venditi non præjudicari, etsi necessitatis causa venditus sit. Id ita est accipiendum, ut explicat *l. 2.* ut filius ob eam causam venditus, possit redimi reddito pretio emptori, vel servo vicario, & ita liberatus filius libertinus non fiet, sed suæ ingenuitati restituetur. Ita ingenuitati deductio in servitutem non præjudicat. Præterea notandum quod ait *l. 2.* etiam filios sanguinolentos vendi posse .i. recens natos, ut alias exposuimus in *tit. de infant. exposit. inf. l. 1. C. Theod. de expos.* Prudentius contra Symmach. *quos sanguinol. edendi mos juvat*. Donatus in Andria, *a matre sanguinol.* Denique redemptionem filii ita venditi l. 2. publicam facit, vultque ut pateat omnibus, & ut quilibet possit ad emptionem accedere, sicut etiam prostitutarum redemptionem publicam facit, *l. ult. inf. de spectac.* Quærit Accurs. an ob eam etiam causam filios pignori obligari liceat? Respondit licere etiam. Id confirmat *l. 2. C. Theod. de alimen. quæ inop. parem. de publ. &c.* Quærit an mater possit ex causa vendere? Recte respondit non posse: quia non habet potestatem in filium. Pater jure potestatis poterat vendere liberos ex 12. Tab. hodie non nisi alimentorum causa: sed hujus juris hoc etiam casu sola causa est patria potestas. Itaque idem jus non habet mater. Vide etiam quæ diximus in *l. 12. sup. de oblig. & act.*

AD TITULUM XLIV. & XLV.

DE RESCINDENDA VENDITIONE, ET QUANDO LICEAT AB EMPTIONE DISCEDERE.

IN hoc ti:. proponuntur causæ, ex quibus venditio rescinditur, vel non. Et primo venditio rescinditur, si quis vi, aut metu coactus vendiderit, aut dolo adversarii deceptus & inductus, *l. 1. & 5. hoc tit.* qui scilicet non erat venditurus, nisi fuisset vis, dolus, vel metus illatus. Itaque vis, dolus, aut metus venditioni dedit causam, & ob id ea rescinditur. Dices, venditio est contractus bonæ fidei, dolus dans causam contractui bonæ fidei, vitiat ipso jure contractum, *l. & eleganter, de dolo, l. 4. de hered. vel actione vendita, sup. l. 3. §. ult. ff. pro soc. l. in causæ 2. §. 1. de minorib.* Item vis & metus dans causam contractui bonæ fidei vitiat etiam ipso jure contractum. Nam & in vi dolus inest. Ideo semper actio de dolo cum actione de vi, aut metu concurrit, *l. item si cum, §. eum qui, ff. quod metus causa gest. erit*. Plus dico, hic dolus, vel metus non tantum vitiat contractum bonæ fidei ipso jure, sed etiam ex strictis contractibus ipso jure vitiat dotis stipulationem, *l. si mulier, §. si dos, ff. quod metus causa*. Non aliam stipulationem vitiat, quia in aliis exceptione opus est, *l. si quis cum aliter, de verb. obligat*. Non eodem & pari jure stricto omnes contractus stricti censentur. In actionibus bonæ fidei veniunt usuræ ex mora. In strictis veniunt etiam ex mora in actione ex testamento, non in aliis. Item in actionibus bonæ fidei plerumque ignoranti parcitur, & in strictis etiam parcitur ignoranti, ut in condictione indebiti, & in condict. sine causa. Item in actionibus bonæ fidei dolus dans causam contractui, vitiat eum ipso jure, & stipulationem etiam dotis, ut jam dixi. Sic e contrario, in omnibus actionibus bonæ fidei, non semper est eadem æstimatio bonæ fidei, seu æquitatis. Id dixi *sup. tit. commod.* Verum ad rem. Si dolus dans causam venditioni, vitiat eam ipso jure, quid opus est rescissione? Dicamus: venditio duo significat, venditionem nudam, & venditionem, quæ traditione sumpsit effectum, id est, venditionem & alienationem dominii. Venditio, cui dolus, vel metus dedit causam, ipso jure nulla est. Ideo ex ea nulla nascitur actio ultro citroque. Venditio & traditio, quibus dolus, aut metus causam dedit, egent rescissione: Nam rescindi debet traditio, quæ intercessit, & restitui oportet omnia in integrum: venditio illa non rescindetur, sed traditio; & quidem si dolus dederit causam traditioni, erit actio de dolo, ut recte Accursius in *l. 4. sup. de heredit. vel act. vend.* vel rescissa traditione restituetur vindicatio ei, qui suum dominium alienavit. Sic si metus dedit contractui causam, vel dabitur actio quod metus causa, vel rescissa traditione, restituetur dominium sic alienatum, *l. metum, §. volenti, D. quod met. causa*. Hæc quidem jure ordinario, vel extraordinario præses gesta rescindet, & auctoritatem suam interponet, *l. 1. & 5. hoc ipso tit.* Igitur de rescissione agetur, vel ordine, vel extra ordinem. Id etiam lex 1. exigit, ut qui vult traditionem rescindi, emptori restituat pretium quod accepit, & rem traditam recipiat: Nam ex utraque parte etiam omnia sunt in integrum restituenda, *l. 3. & 4. sup. de his, quæ vi metusve causa gesta sunt*. Obstat *l. si per impressionem, eod. tit.* quæ ait, emptorem, qui metu illato venditionem extorsit, rem restituere non recepto pretio. Dicendum, eam legem specialiter loqui de iis, quæ vendita sunt officium publicum gerentibus hominibus, *per impressionem*, id est, officii & potestatis terrore adhibito. Qui gerunt officium publicum, quo loci id gerunt, legibus emere prohibentur, *l. non licet, & l. qui officii, ff. de contrah. empt. vendit.* & si emerint contra legum interdicta, amissione pretii puniuntur, id est, rem restituunt non recepto pretio, quod declarat apertius *l. 1. Cod. Theod. de his, quæ administr. &c.* Alii autem, qui vi aut metu illato aliquid emerunt, pretium non amittunt. Itaque *lex si per impressionem* habet tantum locum in administrationibus, & officiis publicis. Nunc quæro quid dicendum, si dolus non dederit causam contractui, an rescindetur venditio, si qua alia in re dolus fuerit? Finge me hereditatem venalem habuisse, cujus vires nesciebam; dolo emptoris, & suasione circunscriptus & circumventus eam minoris vendidi, puta, emptore affirmante eam esse perexiguam. Quid fiet? Dabitur mihi actio ex vendito, quanto pluris hereditas valet, *l. Julianus, §. per contrarium, ff. de action. emp. l. si quis affirmavit in princ. ff. de dolo*. Ita per actionem ex vendito rescindetur venditio pro parte, quod scilicet ad pretium attinet. Nam res vendita non revocatur, nec vindicatur. Et hoc est quod ait *l. 10. hic, in fin. in integrum restitutio*, inquit, *æstimationis rei competit*. Sic enim legendum est, quæ duo verba, *æstimationis rei*, in quibusdam Codicibus desunt. Et est alia causa, ex qua rescinditur venditio, si res venierit justi pretii dimidio minoris, quæ est quæstio *l. 2.* Non pono rem venditam dimidio minoris dolo emptoris. Nam si dolus emptoris intervenerit, & si res non venierit dimidio minoris, sed vel dimidio tantum pretio, vel dimidio paulo pluris, non tamen justo pretio, competet rescissio pro parte .i. competet in integrum restit. pretii. At pono dolum emptoris non intervenisse, sed in re ipsa esse fraudem, quia res justo pretio non veniit: quæro an ob id solum venditio rescindatur? Minime: quia dolus emptoris abest. Nam dolus ex quantitate pretii non æstimatur, sed ex calliditate & insidiis emptoris, *l. 8. hoc tit.*

Ex manifestis insidiis, *l. dolum. sup. de dolo.* Ubi vulgo male *indiciis*. Græci eo loco, ἀπὸ ἐπιβουλῶν: dolus æstimatur ex calliditate facti, *l.* 10. *hoc tit.* .i. ex calliditate machinationis: Sic factum etiam accipitur in *l.* 11. *hoc tit.* Ex quantitate sola pretii, puta, quod res vilioris venierit, non æstimatur dolus. Ad id etiam pertinent ll. 4. 11. 12. 15. *hoc tit.* In l. 12. tollenda est negatio illo loco, *non vilioris pretii*, idq. apertum est. Lex ait, venditionem non rescindi, quod dicat venditor se rem vilioris vendidisse, cum maxime pecunia egeret, urgente ære alieno, vel mun. civili sibi injuncto, quod sumptum exigebat, si venditor dicat se hac necessitate coactum minoris vendidisse, non ideo venditio rescindetur. In *l.* 11. pro *majus pretium*, legendum, *minus pretium*: idque exposita sent. legis constabit. Proponit lex assertionem, deinde exemplum, seu speciem. Assertio hoc ostendit, venditorem de dolo emptoris post venditionem queri posse, si ignoraverit dolum tempore contractus: Nam si tempore contractus venditor emptoris dolum animad. & nihilominus vendiderit, secus est: quia dolus scienti non infertur. Hoc proposito, Imp. subjicit speciem his verbis, quæ omnino pendent ex propositione: quæ species, ut sunt verba, est de dolo venditoris, quo adhibito venditor paulo majore pretio rem vendidit, non est de dolo emptoris cum esse debuerit, quia propositio est de dolo empt. non venditoris. Ut igitur species propositioni congruat, necessario ponendum est, dolo emptoris instrumento emptionis comprehensum esse minus pretium, quam esse convenerat, idq; sciente & consentiente venditore, ideoq; ei non videtur illatus dolus, cum sciverit & consenserit. Deniq; hæc allegatio non est idonea ad rescindendam venditionem: at venditori competit petitio pretii non soluti. Item ei competit petitio pretii, de quo instrumento comprehensum est, ut compensaretur in pecuniam quasi debitam, quam venditor tamen non debebat emptori, sed id per errorem facti scriptum est, quod non officiet petitioni pretii. Ergo summa hæc sit: prætextu minoris pretii venditio non rescinditur, sicut nec locatio, si absit dolus: & in pretio emptionis licet se invicem circumscribere, *l. in causæ* 2. §. *pen. de min.* ἐμπορικῶς, ut ait *Nov.* 97. *c.* 1 ut fit in mercimoniis. In *d.* §. *pen.* ait, naturaliter, id est, secundum naturam & substantiam ejus contractus, *l.* 8. *hoc. tit.* Emptor emit quam minimo potest, venditor vendit quam maximo potest. Plerumque diu inter se de pretio disceptant, ad extremum consentiunt. Hæc studia non improbantur, si quis velit quam maximo vendere, vel quam minimo emere: Sed hoc ita accipi debet, nisi si res dimidio minoris venierit, ut si res digna 20. venierit 8. at si res digna 20. venierit 10. non rescindetur, si 8. tantum, vel 9. rescindetur, *l.* 2. & 8. *hoc tit.* Non tamen omnino rescindetur ex hac causa, quia electio datur emptori, ut rem restituat, pretio recepto, vel ut suppleat quod deest justo pretio, puta 12. cum emit tantum 8. ut actio Fabiana non omnino est rescissoria, *l.* 1. §. *si quid in fraudem*, *D. si quid in fraud. patr.* quia eadem electio emptori defertur d. l. 1. Quæritur an etiam emptori subveniatur, si dimidio pluris emerit? Et ratio facit, licet non sit lege comprehensum, nec quisquam contradicit, ut emptori etiam subveniatur, eadem electione data venditori, ut vel pretium reddat quod accepit, & rem accipiat, vel ut quod soluto pretio superest, restituat, *d.* §. *si quid in fraudem*. At id etiam petitur exemplo demostrari, quemadmodum emptor dimidio pluris emat. An si rem dignam 20. emat. 30. videbitur emisse dimidio pluris? minime: hoc casu venditio non rescinditur. Idque sic ostendo: sicut ex parte venditoris venditio non rescinditur, si pro re digna 20. 10. accipiat, quia pretium numeratum tanti est, quanti dimidia pars justi pretii: ita etiam ex parte emptoris venditio non rescinditur, si res tanti sit, quanti est dimidia pars pretii, quod est numeratum: At in specie proposita res est aliquanto pluris. Nam res est 20. dimidia soluti pretii est 15. Igitur & si rem dignam 20. emerit 40. empt. non rescindetur venditio. Ita si rem dignam 10. emerit 16. vel 20. At si rem dignam 20. emerit 41. vel si rem dignam 10. emerit 21. rescindetur venditio,

A quia res vendita est minoris quam sit dimidium justi pretii. Hanc interpretationem attulit Accursius, sed deteriorem sequitur. Quæritur etiam, qua actione rescindatur venditio ex hac causa. L. 2. dicit auctoritate judicis intercedente, id est, præsidis, quod fit extra ordinem, ut in *l.* 1. *hoc tit.* Actio ex vendito ordinaria dabitur, ut & in specie l. 10. At intra quæ tempora agetur ad rescissionem ex hac causa? standum est Harmenopulo 3. *Epit. tit.* 3. ut intra quadriennium agatur, quod expressum est Nov. Romani, quæ refertur ab Harmenop. Et recte: quia hæc actio rescissoria restitutio est in integrum. Sicut & cum venditor dolo emptoris minoris vendidit, restitutio in integrum dicitur, *l.* 10. *inf. hoc. tit.* Restitutiones in integrum hoc tempore concluduntur, id est, quadriennio, constitutionibus Gallicis decennio: Ergo & hæc B actio rescissoria quadriennio extinguitur. Et ita observatum fuisse scribit Eustathius *lib. de temporib. tit. de quadrien.* Quæritur in specie l. 2. an emptor etiam debeat reddere fructus perceptos, si nolit supplere quod pretio deest? Respondi in *l.* 2. *sup. de usur.* fructus compensari cum usuris pretii, idque servata proportione: quia tantum pars justi pretii soluta est, & quidem dimidia minor, pars etiam fructuum pro rata veniet in compensationem, reliqua pars fructuum in restititutionem, argumento *l. empt. D. de rei vindic.* & ita Harmenop. *lib.* 3. *tit.* 3. vel etiam emptor restituet fructus omnes, omissa compensatione, & recipiet pretium, quod numeravit cum usuris: Ita est expressum in Novel. Romani, in Græca scilicet: nam qui eam latinam fecit, sensum perturbavit. Quod si emptor malit pretium supplere, id debet supplere cum usuris C medii temporis absque dubio. Nam fructus omnes interim percipit, *l.* 2. *sup. de usur.* Quæritur, quid juris sit in minoribus 25. annis ementibus & vendentibus. Nam l. 2. & 8. accipiendæ sunt de majoribus 25. annis, alia est causa minorum: Nam si minor 25. annis rem suam jure vendidit viliore pretio, etiamsi ea fraus non superet dimidiam justi pretii, constat minori subveniri ex causa per restitutionem in integrum, *l. si quidem, de præd. min. inf.* Ideo recte dicitur *l.* 1. *hic*, *quisquis major*, inquit, &c. Nam aliud est in minore: verum quemadmodum minori subvenietur? an dabitur electio emptori, quæ defertur *l.* 1. sive minor dimidio minoris vendiderit, sive dimidio paulo pluris, sive dimidio tantum? Minime: qua in re fallitur Accurs. quia cum electio datur emptori, plena restitutio non est: minori autem datur restitutio plenis- D sima ex edicto minoribus indulto, & rei vindicatione ei restituitur omnimodo. Sic cum dolo emptoris minoris pretii venditio facta est a majore 25. annis, venditio rescinditur, & reformatur ad aliquid, non in totum, ut diximus ex l. 10. hic: at cum facta est a minore 25. annis, venditio in totum rescinditur, *l.* 1. *sup. si adver. fisc.* Præterea quæritur, an hæc constitutio legis 2. habeat locum in aliis contractibus? Sic respondeo. Constat eam habere locum in locatione: ut si ædes meas locavero justi pretii dimidio minoris: Nam locatio quasi emptio est, conductor alias emptor dicitur, sive redemptor, ut Festus scribit. Ideo veteres venditionis & emptionis verbo promiscue utebantur etiam in locatione & conductione, *l. veteres & l. idem est*, *D. de act. empt.* In utroque contractu intervenit pretium. Ergo idem juris est E hac in re in locatione & emptione. Item in permutatione, si ea fraus in permutando inciderit: Nam ea est emptioni proxima. Idem dicemus in divisione rerum communium, si eadem fraus inciderit. Nam & hæc est emptioni vicina, *l.* 1. *sup. comm. utr. jud.* Divisio, est permutatio, *l. cum pater*, §. *hereditatem*, *de legat.* 2. & nominatim Accursius in *l.* 3. *comm. utr. jud.* ait esse locum in divisione huic legi 2. & recte. Idem dicemus (licet repugnent quidam) esse locum huic constitutioni in emptione redituum. Nam est vera emptio. De ea in jure nostro est unus tantum locus in *Novella* 160. Constitutionem legis secundæ non proferemus temere ad alia negotia, quæ emptioni non sunt proxima: Nam ait lex 2. hoc dari humane & benigne. Quod autem ita in-

troductum est, non temere protrahemus ad consequentias, *l. qui negotia*, *D. mand.* Quæritur etiam quæ sit definitio justi pretii: Verum hæc quæstio in facti probatione tantum consistit: Igitur nihil ad nos, id tantum scimus in universum, æstimandam esse qualitatem rei venditæ, & quantitatem redituum. Nam ex quantitate redituum statuitur justum pretium, *l.16. hoc t. l. si fundum per fideicommissum, de legat.* 1. Postremo quæritur an beneficio ejus constitutionis possit renuntiari, nec ne: Cur non? ut aliquando respondit Scævola: nam regula juris est, eo uti non licere, quod nobis nostra causa lex dedit .i. unumquemque de suo jure detrahere posse, *l. pen. & l. potest, sup. de pact.* Sic mulier renuntiat Senatusc. Vellej. creditor actioni, debitor cuilibet præscriptioni, minor restitutioni in integrum, condemnatus induciis, heres Fal. etiam recte venditor restitutioni concessæ a *l. 2. & 8. hoc t.* Eadem non est ratio rescissionis donationis, quæ fit supervenientibus liberis, *l. si unquam, de revoc. donat.* Nam ea rescissio est introducta non tam donatoris, quam liberorum, & posterit. causa. Itaque ei non renuntiat donator in fraudem liberorum: quod lex mihi dedit non tam mea causa, quam aliena, ei frustra renuntio. Quod item lex mihi dedit alieno odio, ut Senatusc. Maced. ei frustra renuntiasse videor. Item quod l. mihi omnino dedit mea causa, ei frustra renuntio, si quid inde adversario possit esse incommodi: & ita Asconius in prætura urbana, qua de causa etiam non renuntiatur societati, nec mandato. Tertio loco rescinditur venditio mutuo consensu re integra, *l. jurisgent. §. adeo, l. ab empt. D. de pact. l. 1. tit. seq.* Et quidem rescinditur hoc modo ipso jure: nam pacti exceptio inest bonæ fidei judicio, *l. 3. ff. de rescind. vend.* Unius autem consensu non rescinditur invito altero, *l. 3. & 5. hoc t.* Dixi in *l. 4. sup. de obl. & act.* Ait l. 5. a majore 25. annis: nam a min. 25. annis etiamsi dolus adversarii absit, & jure vend. facta sit, variis ex causis rescinditur vend. per restitutionem in integrum invito altero, sed non a majore. Res est integra, si nec pretium, vel pars pretii soluta, nec traditio rei facta sit: etiamsi fidejussor datus sit evictionis causa, vel etiamsi emptioni subdita sit stipulatio, *d. l. 3. de resc. vend.* etiam si arræ datæ sint, *l. 2. tit. seq.* De arra diximus *tit. de fid. instr.* Ita re integra rescindetur venditio mutuo consensu, at re non integra non rescindetur mutuo consensu venditio: nisi etiam reponantur res in pristinum statum, id est, nisi retro detur res, quæ tradita est, vel pretium, quod numeratum est, quod etiam titulo sequenti ostenditur: Nam solus consensus, id est, solum pactum non parit dati pretii repetitionem, non parit etiam exceptionem, quia id non agitur ut pariat exceptionem, sed ut emptionem resolvat, quod pactum præstare non potest. Quarto rescinditur venditio si procurator fisci, vel Cæsarianus .i. apparitor, rem debitoris fiscalis non solventis per gratiam viliori pretio addixerit emptori, *l. 16. hoc tit. l. pen. ff. eod.* Id ita demum fiet, si debitor fisco postea solverit integram debitam pecuniam: nam tunc fiscus resolvet emptionem, & pretium emptori restituet, *l. 3. inf. de jure fisci.* Quinto venditio rescinditur, si decurio, sive Curialis, quem constat obligatum esse muneribus civilibus, onera civilia vitans, bona sua omnia vendiderit, & fugerit: nam omnia bona revocantur, & fugitivus ipse si potest, & ei restituuntur intra annum utilem: Post annum curiæ civitatis, quam deseruit addicuntur in *l. 51. inf. de decurionib.* quæ conjungenda cum *lege penult. hic*, quarum eadem est subscriptio & inscriptio. Sciens autem emptor punietur hoc casu amissione pretii, si emerit furtim, id est, sine decreto, sine auctione publica, *l. 1. inf. de prædiis curial.* Ergo emptor pretium non recipiet & rem restituet: at id pretium non cedet lucro venditoris, quoniam est etiam in mala fide, & ut malæ fidei possessor non admittetur, sed ærario publico infertur illud pretium, & ita Accursius existimat recte *d. l. pen. & l. 7. inf. de agricol. & censit.* Ultimo venditio rescinditur ex alia causa, quæ proponitur in *l. ult. hoc tit.* Hæc lex loquitur de Palatinis. Palatini semper in libris nostris sunt apparitores Comitis Thesaurorum, seu largitionum, seu Comitis rerum privatarum. Ideo lex ult. scripta est ad Comitem rerum privatarum, qui gubernat privata Principis negotia, quæ lex dum ait a privatis nostris .i. ex privatis nostris, non dicit a privatis hominibus, sed a privatis nostris, ut Julianus *in epist. ad Ecebolum τὰ κτήματα* &c. id est, *possessiones adjungi privatis nostris*. In his privatis sunt mancipia, agri, aurum, argentum, vestes pretiosæ. Ea Palatini, qui eorum administrationi parent, emere vetantur: sicut tutor eadem ratione vetatur emere rem pupillarem, & curator, & procurator, & gestor rem domini, *l. si in empt. §. ult. de contrah. empt. & vend.* si ea privata Palatini emerint, venditio rescinditur, & pretii amissione mulctantur, nisi ea emerint ex auctione publica, ut diximus in *tit. de contrah. empt. & vend.* Exposui causas, ex quibus venditio rescinditur. Non tamen rescinditur venditio prætextu vilioris pretii, nisi ea fraus superet dimidiam justi pretii, non rescinditur unius nuda voluntate, aut consensu, aut etiam rescripto principis, aut privilegio fiscali, id est, fiscus non rescindit suas venditiones, *l. 3. hoc tit.* non rescinditur etiam oblatione pretii, etiamsi venditor offerat duplum pretium, *l. 6. hoc tit.* non rescinditur privilegio militiæ, etiamsi miles offerat pretium, & impetraverit rescripto principis jus retrahendæ rei venditæ, *l. 7. hoc tit.* Non concedemus rescissionem venditionis hoc casu: Rescriptum forte sequemur illis tribus concurrentibus, militia, oblatione pretii, rescripto principis, ut adsignificat dicta *l. 7.* Sed si miles eo rescripto jus illud obtinuerit, & impetrarit rescissionem, eodem jure adversus eum utentur, qui aliquid ei vendiderint: nam etiam illi revocabunt venditionem oblato pretio *ex edicto quod quisque juris*, &c. Quam in rem notanda valde *d. l. 7. de rescind. vend.* Non rescinditur etiam venditio, si pretii nomine non sit soluta pecunia, sed data sint pecora in solutum volenti: hæc etiam venditio non rescindetur hoc prætextu, *l. 9. hoc tit.* Non rescindetur etiam venditio si me vendente, cuidam emptori denuntiaverit ne rem emeret, & nihilominus perfecta venditio fuerit: nam ego hujus nuntiationis prætextu non revocabo denuntiationem, etiamsi is, qui denuntiavit dominus sit, non ideo minus est perfecta venditio, *l. 13. hoc tit.* vox legis est, ne bonæ fidei contractus quolibet colore rescindatur. Postremo non rescinditur venditio, quod emptor dictæ legi non pareat, ut si convenerit, ut emptor solveret vectigal Reipublicæ, nec solverit, sed erit actio ex vendito, ut impleatur lex: hoc ostenditur in *l. 14. hoc tit.* de qua diximus in *tit. de cond. ob caus. dat.*

AD TITULUM XLVI.

SI PROPTER PUBLICAS PENSITAT. &c.

HIS, quæ diximus nudiustertius de non rescindenda venditione, ex hoc titulo est addendum, non rescindi venditionem si quæ bona a fisco ob tributorum cessationem capta sint, & vendita, etiamsi dominus pretium eorum offerat, etiamsi ea bona pignoris jure alteri sint obligata: nam fiscus tacitam hypothecam habet semper, & in ea ob causam tributorum, semper antiquior esse intelligitur aliis creditoribus, *l. 1. hoc t.* Rursus ea venditio fiscalis non rescinditur rescripto principis, vi, & auctoritate rescripti, nec beneficio ætatis, ut si minoris 25. annis bona venierint ob tributorum causam, *l. 5. de fide, & jure hastæ fisc.* ob cessationem tributorum, seu canonum primum pignora capiuntur statim, si conventus & interpellatus per judicem, collator cessaverit in solutione solemnium pensitationum, *l. 3. hoc t. l. 8. inf. de furt.* Deinde distrahuntur post duos menses a die capionis, ut Accursius tradit in *l. 1. de capiend. & distrahend. pign. tribut. causa, lib. 10.*

*lib.*10.C.& probat *l.*1.*Cod.Theod. de distractione pignor.quæ* A *tribut.*Et ita distractis bonis debitorum fiscalium, emptoribus præstatur perpetua securitas, hæc est fides hastæ fiscalis. Excipitur causa *l.*16. *de rescind.vendit.* Ideo lex secunda hoc titulo exigit, ut ea venditio fiat a fisco justo & vero pretio, & bona fide, & solemniter, id est, sub voce præconis, sub hasta, seu *sub adnotatione Quæstoris*, ut ait Tertullianus in Apologetico: & ut fiat auctoritate Præsidis, seu permissu, vel etiam Procuratoris Cæsaris, alioqui rescindetur si quid horum defuerit reddito tributo, *d.l.*16.*&* *l.*1. *&* 2. *inf. de fide, & ju. hastæ fisc.*Idem etiam exigitur in *l.*3.*hoc tit.* ne minoris indefensi, id est, tutorem, vel curatorem non habentis ob tributorum cessationem bona capiantur & distrahantur: qui locus est singularis. Venditio autem hæc nomine fisci ob has causas fit ab exactoribus, vel ut ait *l.*3. fit B ea venditio ab officialibus procuratoris summæ rei, id est a Cæsar. vel ab officialib. rectoris provinciæ, id est, cohortal. Hæc l.procurat. summæ rei dicit procuratorem Cæsaris, ut in inscript. *legis dominicis*, *sup. ubi cau. fisc.* *ὁ τῶ μεγίστε πράγματος προεστεύων*, vide ad *l.*5. *de jure fisci*, *lib.*10.*Cod.*Euseb. *lib.*7.*cap.*13.

AD TITULUM XLVII.

SINE CENSU, VEL RELIQUIS FUND. COMPARARI NON POSSE.

MULTUM interest utrum quis emat a fisco, an C a domino: nam si a fisco emat rem alienam distrahente, ob tributorum cessationem, vel ex alia causa, emit sine reliquorum onere, *l.*1.*inf. de fide, & jure hastæ fisc.l.ult.de censib.l.*2.*in fin.inf.de fund. rei privat.* Sed valde obstat *l.præd. D. de jure fisci*, quæ ait, placere ut prædiis a fisco distractis reliqua tributorum sequantur emptorem. Quæ lex de tributo tantum videtur accipienda, non de reliquis: non enim uteretur reliquorum verbo, vel si ut lex innuere videtur, intelligatur etiam de reliquis, dicendum est id quandoque placuisse Principibus, quod indicat *l.* 1. *Cod. Theodos. de fisc. deb.*Verum displicuisse posterioribus Imperatoribus, quo videlicet facilius fiscus emptorem inveniret. Itaque secundum posteriores constitutiones, eum, qui a fisco emit, sequitur futuri temporis tributum, non reliqua præteriti tem- D poris: At qui emit fundum a domino, censum, seu capitationem fundi agnoscere debet, & reliqua, quæ debebat venditor, *l.*2. *Cod.Theod. de contrah.empt.& vend.* *l.*2.*h.t.Sine censu*, id est, sine tributo, vel reliquis fundus vendi non potest: pactiones contrariæ illicitæ sunt, ut si conveniat inter emptorem & venditorem, ut non emptor sed venditor agnoscat fundi capitationem, hac conventione jus fiscale lædi non potest, cum census sit onus prædiorum, non hominum. Et ideo possessorem prædiorum sequitur, *l.Imperatores, D.de publican.*Non valet etiam pactio facta inter donatorem & donatarium rerum donatarum, ne donatarius censum agnoscat, & fisco tributum præstet, *l.*3.*hoc t.* Non valent etiam hæ pactiones factæ inter virum & uxorem in dando fundo in dotem, puta, ne maritus censum fundi agnoscat, E sed uxor: conventio injusta est, *l.*1.*hoc t.l.neque, D.de impens.in res dot.factis*. Igitur semper censum fundi agnoscit, qui eum possidet, & fructus percipit. Species legis primæ hæc est: Noverca cum patri meo fundum in dotem daret, pacta est, ut ipsa fisco tributa solveret, non pater meus: fiscus tamen ea tributa suo jure exegit a patre meo, non a muliere. Quæritur soluto matrimonio morte patris an eo nomine, quod scilicet subierit onus tributorum, non mulier, ut convenerat, an eo nomine, inquam, competat mihi ulla actio contra novercam ex pacto, vel stipulatione ei pacto subdita? l. negat actionem competere: Quoniam ea conventio penitus illicita est, ideo a Prætore non servatur. Idem esse ait lex, si mulier fundum æstimatum in dotem dederit, quo genere emptio venditio contrahitur inter virum & uxorem: nam æstimatio illa venditio est, *l.plerumque, D.de jur.dot.*Hoc vero casu etiam actio ex empto patri, vel mihi non competit: sicut superiore casu non est actio ex pacto, vel ex stipulatu. *L.*1.ait actionem ex vendito, manifesto, ut ait Accursius pro actione ex empto vendito, quæ datur emptori, ut etiam in *l.sed hoc nomine, & l.si cum venditor*, *§.si secundus, D. de evict.* contra etiam interdum actio empti, id est, venditi empti, vel actio ex empto, id est, vendito empto, *l. Julianus*, *§. si procurator, D.de act.empt.& vend.* Ergo hac lege prima negatur ob eam pactionem factam inter virum & uxorem in datione fundi æstimati, vel non æstimati esse actionem ex empto, vel ex pacto, vel ex stipulatu. Notandum est diversum esse si inter debitorem & creditorem convenerit in dando pignore, ut debitor non creditor tributa agnosceret. Hæc pactio non omnino est inutilis: nam ea quidem pactione fisco non præjudicatur, quia nihilominus exiget creditorem fiscus, qui pignus possidet, *l.inter debitorem*, *D. de pact.* At inter ipsos paciscentes ea pactio valet. Ideo quod creditor tributorum nomine fisco solverit, id consequetur vi pactionis per exceptionem, vel retentionem pignoris, vel per actionem pigneratitiam contrariam, *l.epistola*, *§.pactum*, *D. de pact.* diversitatis causa est, quia hac pactione onus transfertur in dominum, id est, in debitorem, qui dominus manet, dum cavetur ut debitor tributa agnoscat. Igitur justa est pactio: At illa pactione fundi dati in dotem æstimati, vel inæstimati, onus transfetur in non dominum, id est, in uxorem, quæ desiit esse domina traditione fundi, quod est iniquum, ut non dominus censum præstet alieni fundi, ideoque neque ea pactio fiscum lædit, nec ei nocet, neque etiam inter ipsos paciscentes servatur, sed penitus improbatur quasi injusta & illicita fuerit. Diversum est quoque, si mulier in dotem fundum dedit, qui obligatus erat pignori quibusdam creditoribus, si pacta sit, ut ipsa usuras solveret ipsis creditoribus: Hæc pactio justa est, quandoquidem ipsa debet usuras: si igitur paciscatur, ut ipsa solvat usuras, justa est pactio: verum si maritus accepto fundo solverit usuras creditori hypothecario mulieris, ne scilicet sibi fundus evinceretur actione Serviana: heres ejus aget quidem cum muliere pro præterito tempore, ut Accursius recte in *l.* 11. *sup. de pact.* sed pro futuro tempore non aget, ut ipsa usuras solvat, ut fundum liberet: quia fundus apud heredem mariti non remanet soluto matrimonio. Ideo cum fundus apud eum non remaneat, nihil ejus interest, eam pactionem in posterum servari. At si fundus apud heredem mariti remaneat, ut si datus sit æstimatus in dotem, tum aget heres ex empto vendito, ut mulier fundum liberet. Hæc duo genera pactorum, inter quæ differentiam esse statuimus, Imp. Alexander eodem rescripto notavit, sed Tribonianus partem rescripti, quæ pertinebat ad pactionem ut uxor censum agnoscat, non maritus, quæ pactio est illicita, hoc titulo posuit: alteram partem rescripti, quæ pertinebat ad pactionem, ut uxor debitrix solveret usuras creditori hypothecario, non maritus, quæ pactio justa est, posuit sub titulo de pactis in *l.ex conventione*, quam legem apparet ex his, quæ diximus, non pugnare cum hac *l.*1. nam inter has duas pactiones constituenda est differentia. Qua tamen in re multum laboravit Accursius. Igitur sine censu & reliquis fundus vendi, donari, in dotem dari non potest, hæc onera sequuntur fundum, & possessorem fundi: emptor, donatarius, maritus censum agnoscunt, pactiones contrariæ penitus sunt illicitæ inter creditorem & debitorem, non sunt penitus inutiles: *l.ultima* addit, ut huic sententiæ etiam sit locus, si emptoris nomen nondum censualibus tabulis sit inscriptum, dum venditor fingit se adhuc possidere quod non possidet, & ita profitetur: dum census agitur se eum fundum possidere, quem non possidet. Nam si de vero possessore fisco constiterit, ab eo fiscus censum exiget potius, quam ab eo, qui se falso eum possidere profitetur.

AD

AD TITULUM XLVIII.

DE PERICULO, ET COMMODO REI VENDIT.

PRIMO ostenditur, ad quem pertineat periculum, vel commodum rei venditæ, ad emptorem, vel venditorem, quæ inspectio utilissima est: de ea tamen id vulgo traditur: Post perfectam venditionem, rei venditæ periculum emptorem respicit, etiam re nondum tradita. Ideo re deteriore facta, vel perempta, ab eo pretium integrum deberi. Perficitur autem venditio solo consensu statim sine traditione, si pura sit venditio, quoniam si sit conditionalis, B perficitur cum impleta fuerit conditio, *l.7. D. de contrah. empt. & vendit.* Et ideo ante conditionem impletam commodum & periculum pertinet ad venditorem; post conditionem pertinet ad emptorem, *l. 5. hoc t.* Dico periculum, id est, peremptionem rei venditæ, interitum rei. Nam si res vendita non extet tempore existentis conditionis, emptio nulla est, & ideo pretii petitio non est, quasi res venditori perierit. At si tempore existentis conditionis, res vendita extet, deterior forte facta, damnum ad emptorem pertinet, quia impleta conditione emptio retrotrahitur, tempus conditionis retrotrahitur ad tempus contractus, *l. necessario, D. eod. tit.* Perficitur venditio solo consensu si fiat sine scriptis, *l. 2. D. de contrah. empt. & vendit.* Quod si convenerit venditionem fieri ex scripto, tunc perficitur venditio, cum scriptura C impleta fuerit, & ideo ante confectionem instrumenti, commodum & incommodum pertinet ad venditorem; post completionem, pertinet ad emptorem etiam ante traditionem, *l.4. hoc t.* Perficitur venditio solo consensu, nisi interveniat aliud, quod impediat, puta, nisi vinum veneat, cujus venditio quasi imperfecta est, antequam id emptor degustarit, id est, antequam emptori placuerit venditio. Itaque nisi post degustationem, periculum ad emptorem non pertinet, quia degustatione videtur perfecta ea venditio, *l. 1. D. eod. t.* Hoc ita procedit, si vinum venierit aversione *ἀθρόως*, quod exposui in titulo *de exercit. act.* ut si venierit universum vinum, quod erat in horreo vinario, nullo expresso modo, vel mensura: ita venit aversione, & periculum respicit emptorem post degustationem demum, non ante. D At si vinum venierit ad mensuram, quod est contrarium aversioni, ut in singulas amphoras constituto pretio, ut plenissima sit venditio, non tantum exigimus degustationem, sed etiam admensionem, *dict. l. 1. & l.2. hoc t. l. quod sæpe, §. in his, D. de contrah. empt. & vendit.* Et ideo nonnisi post mensuram factam periculum est emptoris, quoniam post admensionem demum perficitur ea venditio, aut perfici intelligitur. Idem est non tantum in vino, sed etiam in oleo, frumento, & similibus. Et etiam in fundo, ut si fundus venierit, non aversione, sed in singula jugera constituto pretio, aut in singulas centurias: nam antequam fiat mensura fundi, periculum pertinet ad venditorem, nisi casu majore interierit, *l. 2. & l. si in vendit. in fine, D. eod.* Post E mensuram factam periculum est emptoris: & *l.2. hoc tit.* dum ait, vini aversione venditi periculum esse emptoris, ponit etiam claves horrei vinarii fuisse emptori traditas, quod adjectum est ex abundanti, ut ait Accursius: quia ita emerat. Nam etiamsi claves horrei vinarii emptori traditæ non sint, perfecta est venditio, & periculum ad emptorem pertinet, si modo vinum sit degustatum, clavium autem traditio pro rei traditione habetur, *l. clavib. D. de contrah. empt. & vendit. l.1. de crim. expilat. hered.* Videlicet si fiat in tempore, ut si vendito vino, quod est in horreo, post degustationem tradantur claves cellæ vel horrei; sic etiam assignatio habetur pro traditione, ut si quis vino vendito, dolia assignaverit, *l. quod si neque, D. eod.* Sed

A etiam hoc ita si ea assignatio fiat post degustationem, *l.1. §. 1. D. eod.* Nam venditio ante degustationem perfecta esse non intelligitur, multo etiam minus intelligetur traditio intervenisse, id est, alienatio: sed postea venditione perfecta, vino degustato, tunc clavium traditio, vel assignatio pto rei traditione, & pro alienatione habebitur. Cum dico periculum esse emptoris, hoc dico, pretium integrum ab eo deberi, seu res sit perempta, seu diminuta. Cum dico periculum esse venditoris, dico ei pretium non deberi. Et quo casu dico periculum esse emptoris, hoc ita procedit, nisi venditor moram tradendæ rei fecerit, *l. 4. & ult. hoc tit.* quia ex mora venditor periculum sustinet, etiam perfecta venditione: ante moram, & perfecta venditione, emptoris est periculum indistincte. Contra, quo casu dico pe- B riculum esse venditoris, hoc ita procedit, nisi emptor moram interposuerit, *l. 2. hoc tit. l. si per emptorem, D. eod.* ut si vino vendito ad mensuram, emptor mensuræ faciendæ, & tollendi vini moram fecerit: ex tempore moræ periculum erit emptoris .i. periculum acoris, mucoris, & fusionis, & fortuitum, aut fatale, ut ostenditur in *d.l. si per emptorem, D. eod.* Rursus quo casu dico periculum esse emptoris, ita procedit, nisi dolo vel culpa venditoris rei periculum contigerit: venditor ante traditionem alias præstat dolum tantum, ut si emptor moram interposuerit, tum venditor non præstat culpam, sed dolum tantum, *d.l. si per emptorem, & l. illud, D. eod. tit.* Vel si apud emptorem sit possessio rei venditæ precaria, vel condictionis jure non emptionis jure, eo etiam casu venditor præstat dolum tantum, C non culpam, *l. servi emptor, D. eod.* Alias venditor præstat dolum & culpam, id est, diligentiam boni patrisfamilias, *l. si res, D. eod. tit. l. quod sæpe, §. si res, D. de contr. empt. & vendit.* Culpam cum dicimus, levem dicimus: lata culpa est proxima dolo, levissima est proxima casui, igitur culpa absolute est levis culpa. Alias venditor præstat etiam levissimam culpam, id est, extremam diligentiam, ut si vinum venierit ad mensuram, ante mensuram factam venditor præstat custodiam, *l. 1. §. sed & custodiam, D. eod. tit.* Quod recte Græci explicant lib. 53. *Basilicon, tit. 7. φυλακὴν ἀκριβεστάτην*, id est, *custodiam exactissimam*. Id etiam probatur *l 2. D. eod. tit.* Itaque ante mensuram venditor præstabit periculum acoris, & mucoris, quod tamen est proximum fatali periculo. Quoniam sunt quædam re- D media acescentis, & mucescentis vini: ideoque hoc præstat. Item præstat periculum effusionis, ut si vinum sit effusum vasis pertusis, casu quodam: nam debuit vasa lustrare, picare, ut diligentissimus paterfam. Denique omnem culpam præstat ante mensuram, & omne periculum, excepto casu majore, ut chasmate, & latronum impetu. Igitur multum interest, an imperfecta sit venditio, vel quasi imperfecta. Est quasi imperfecta si vinum venierit ad mensuram, & nondum sit admensum: illa venditio est quasi imperfecta, *d. l. 1. §. sed & custodiam.* Priusquam vinum admetiatur, quasi nondum veniit. Si venditio sit penitus imperfecta, & res perierit casu majore, periculum est venditoris, & pretium ei non debetur. Si sit quasi imperfecta, & res casu majore, sive damno fatali perierit, periculum est emptoE ris, & ab eo pretium peti potest. Rursus multum interest utrum venditio sit perfecta, an quasi perfecta: quasi perfecta est, quæ & quasi imperfecta est, si venditio sit perfecta, venditor non præstat omnem culpam, si sit quasi perfecta venditor præstat omnem culpam. Ex his intelligitur ratio differentiæ. De dolo venditoris est quædam sententia legis tertiæ, hoc titulo: Dolum venditoris bonæ fidei emptori non nocere, quæ sententia latius patet, quam ut possit adstringi ad tractatum hunc. Ejus est exemplum in *l. qui a debitore, D. quæ in fraud. creditor:* Species est: Si quis sciens rem emit a fraudatore mala fide tenetur actione Pauliniana. Rursus qui ab isto malæ fidei emptore emit bona fide, non tenetur Pauliana, quia mala fides, seu dolus venditoris

bonæ

bonæ fidei emptori nocere non debet. Sciendum quoque, post perfectam venditionem, re perempta sine dolo vel culpa venditoris, periculum esse emptoris, nisi ex præterito vitio, quod fuit ante venditionem, & ignoravit emptor, res perierit, *l. ult. hoc tit.* Cui exceptioni locus est, etiamsi res tradita sit emptori, & perierit post traditionem ex præterito vitio, dummodo id ignoravit emptor: Et generaliter ex præcedenti causa amissa, vel evicta rei venditæ, vel amissionis, *l. 1. hic*, quæ addit ita demum periculum evictionis præstari ab auctore: si controversia emptori mota de re empta & tradita emptor auctori, id est, venditori denuntiaverit, ut liti subsisteret, id est, si laudaverit venditorem: illaudatus auctor non sustinet periculum evictionis, *l. 7. & 8. inf. de evict.* Additur etiam in *l. 1. hoc tit.* venditorem non teneri de evictione si emptor sit condemnatus μονομερῶς, id est, absens, quod explicatur latius *l. si ideo, D. de evict.* Præcipua sententia legis primæ hæc est, post perfectam venditionem ad venditorem non pertinere nisi periculum evictionis, alia pericula respicere emptorem.

AD TITULUM XLIX.

DE ACTIONIBUS EMPTI, ET VENDITI.

Ex contractu emptionis, & venditionis, duæ nascuntur actiones directæ: actio empti, & actio venditi: de actione venditi dicamus. Actio venditi datur venditori. In hac actione venit pretium quanti res veniit. Hæc actio sola est de pretio. Si id non solvatur, ob cessationem pretii, venditori non datur rei venditæ & traditæ vindicatio, *l. 1. hoc tit.* quia rei dominium est mutatum, quando scilicet res tradita est transferendi dominii animo, fide habita de pretio. Idem ostendit lex 2. pretium scilicet vel partem pretii non solutam venire in actionem ex vendito. Et non tantum pretium, quod solutum non est, sed etiam pretium, quod per errorem facti, vel per fraudem emptoris inter contrahentes compensari placuit, quasi in quantitatem debitam a venditore, quæ vere non debebatur: nam compensatio est vice solutionis, & videtur solutum pretium, quod ita placuit compensari, sed error facti debitorem excusabit, ideo de pretio aget actione ex vendito. Idem ostenditur in *l. 11. sup. de rescind. vendit.* Item est actio ex vendito de pretio, si emptor pretium solverit ex pecunia venditoris, ut servo vendito sine peculio si solverit emptor nummos peculiares, nil videtur actum, quia solvit nummos venditoris; & ideo competit actio ex vendito de pretio, *l. 7. hoc tit. l. 1. si servus ext. se emi mand.* Addendum est ex *l. 2. hoc tit.* in actionem ex vendito venire fructus ante venditionem perceptos, quos emptor occupavit quasi sibi venditos, cum hi venditione non comprehendantur. Ob id veniunt in actionem ex vendito, quia ab emptore sunt occupati quasi venditi, ut scilicet, quod occupavit quasi accesserit venditioni fundi, cum non sit accessio, restituat venditori. Sic servo vendito sine peculio, peculium, quod ad emptorem pervenit, venit in actionem ex vendito, *l. quoties, & l. seq. D. de contr. empt. & vendit.* Competit etiam his casibus venditori vindicatio fructuum, vel peculii. At de pretio agit tantum venditi actione, non rei traditæ vindicatione. Addendum, in actionem ex vendito venire etiam usuras pretii ex mora, vel ex pacto sine mora, *l. initio, inf. de pact. inter emptor. & vendit.* vel ex tempore traditionis rei venditæ sine interpellatione, *l. 5. & 13. hoc tit.* Et diximus in *l. 2. sup. de usur.* reipsa, id est, sine interpellatione mora fit, si pretium non solvatur post diem traditionis rei venditæ. Item re ipsa minori 25. annis rem distrahenti emptor moram facit, etiam non interpellatus, *l. 5. hoc ipso tit.* Cum qua conjunge *leg. 3. sup. in quib. caus. in integr. rest. non est necess.* quæ lex generaliter statuit, minoribus re ipsa debitores moram facere sine interpellatione in his casibus, qui moram desiderant, ut in bonæ fidei contractibus, legatis, fideicommissis: addatur & libertatibus, *l. cum vero, §. certe, D. de fideicommiss. libert.* Addendum etiam in actionem ex vendito sumptus venire, quos venditor fecit in rem venditam post perfectam venditionem, *l. penult. hoc tit. l. Julianus, §. præterea, D. eod. tit.* Imo vero & si post venditionem perfectam ante traditionem servus venditus mortem obierit sine dolo aut culpa venditoris, & aliquid venditor in funus servi impenderit, id consequetur actione ex vendito. Servus emptori periit. Postremo actione ex vendito venditio rescinditur interdum, ut & actione ex empto, ut diximus in *l. 2. & 10. sup. de rescind. vend.* Sed id non fit facile, ut ait *lex 6. hoc tit.* non facile datur ex vendito ad rescindendam venditionem, id est, non nisi ex justissima restitutionis causa. Nunc dicamus de actione empti. Actio empti, sive ex empto datur emptori. In hanc actionem id principaliter venit, ut rei venditæ vacua possessio tradatur emptori omnimodo: nam potest in id agi districte, ut tradat venditor hanc vacuam possessionem rei venditæ, venditor præstare debet omnimodo, *l. 8. hoc tit. l. cum res, sup. de probat. l. 2. D. eod.* Ubi etiam ostenditur quid sit vacua possessio, *l. 2. inf. de acquir. poss. l. 13. de distract. pignor. inf.* Et ita venditor tradita emptori possessione dominium rei venditæ transfert in emptorem si dominus sit, si dominus non sit, possessionem nudam transfert, quam habebat, & sustinet periculum evictionis, & tenetur etiam doli nomine, si sciens vendiderit rem alienam, *l. 1. D. de rer. permut.* Utraque actione empti & venditi vindicatur dolus malus, quia utraque est bonæ fidei. Traditio dominium transfert, non tantum naturalis, sed etiam ficta, ut clavium traditio, aut instrumenti auctoritatis traditio, *l. 1. inf. de donat.* Item adsignatio. Item ususfructus retentio, qua hodie utimur frequenter, *l. quisquis, inf. de donat.* Item venditio facta in rem præsentem, ficta traditio est. Sola autem venditio dominium non mutat, *l. 11. hoc tit. l. 6. de hered. vend.* Sola etiam vectigalis, seu tributi pensitatio non est idoneum argumentum traditæ possessionis: ut si emptor, quod solverit tributum rei venditæ, ex eo velit probare se esse possessorem: hæc probatio non est idonea, *l. 8. hoc tit. l. ult. sup. sine censu, & rel.* Addendum, in actionem ex empto venire etiam id quod interest ex mora, ob rem non traditam, si emptor malit consequi quod interest, quam directe consequi rem, *l. 4. hoc tit.* Vel si res vendita tradita non sit ad diem præstitutum, *l. 10. hoc tit.* vel etiam si ancilla vendita, nec tradita, a venditore sit manumissa, *l. 11. hoc tit.* Manumissio non revocabitur, sed aget emptor ad id quod interest ancillam manumissam esse. Ancilla autem manumissione est facta civis Romana, quia ut ait *l. 10.* venditor erat ante traditionem pleno jure dominus. Et ita in *l. generaliter qui & a quib. manum. lib. non fiant.* Servus, inquit, pignori datus, est debitoris pleno jure, ideo manumittendo plenam libertatem præstat, id est, civitatem Romanam: Qui non erat pleno jure dominus, manumittendo non præstabat civitatem Romanam, sed Latinam, vel dedititiam ante Justinianum. Item si venditum frumentum non tradatur, idque per venditorem fiat ex mora, actione empti amplior frumenti modus exigetur, quasi pro usuris, vel etiam ex pacto. Quam in rem valde notanda est *l. 15. hoc tit.* ut scilicet quis posset dicere, sicut in actionem ex vendito veniunt usuræ ex mora: ita etiam dari posse casum, quo veniant usuræ in actionem ex empto, *l. 15.* Addendum etiam actione ex empto repeti arras, quas dedit emptor, non etiam vindicari, *l. 3. hic.* Ex arrali pacto, inquit, personalis duntaxat actio, id est, actio ex empto (ut sæpe hic accipitur) non vindicatio paciscentibus præparatur, id est, formatur. Et generaliter pactiones ultro citroque formant actiones ex empto & vendito,

l. 14.

l. 14. de rescind. vendit. sup. & in tit. de pact. inter empt. & vendit. compos. A Addatur etiam actione ex empto interdum agi quanto minoris, quæ dicitur æstimatoria, est actio ex empto, resciſſoria, æstimatoria, & redhibitoria, *l. ex empt. §. redhibitionem, D. de act. emp.* Esse actionem ex empto æstimatoriam quanti minoris ostendit *l. 9. hoc tit.* Sic e contrario nonnunquam actio ex vendito est quanto pluris, quæ etiam dicitur æstimatoria, *l. Julianus, §. per contrarium, D. de act. emp.* Species legis 9. hæc est: Venditor in vendendo fundo dixit, minorem esse capitationem fundi, id est censum, seu tributum, Græci vertunt *συντέλειαν* in hac l. 1. quod scilicet præstatur pro colonis, & mancipiis, quæ sunt in fundo, quæ etiam dicitur functio animalis, *l. cum satis, inf. de agric. & censit.* Et ita etiam capitatio accipitur in *l. ult. Cod. Theod. sine censu, & reliquis, &c.* Et a Sidonio B ad Majorianum Imp. *Sic capita ut vivam, tu mihi tolle tua.* Igitur venditor dixit fundi esse minorem capitationem, inventa est esse major, quid fiet? Si emptor sciebat majorem esse capitationem, quam diceretur, eo nomine nulla ei datur actio ex empto, quia scienti fraus non infertur. Si ignoraverit, competit ei actio ex empto æstimatoria quanto minoris emisset, quæ actio dabitur seu id scierit venditor, seu ignoraverit: in venditore non distinguimus, in emptore distinguimus, sciens non agit, ignorans agit, *l. Imperatores, D. de public.* ait, *si emptores ignoraverint censum, actionem ex empto habent.* Vulgo male, *exemplo*: imo videtur etiam distinguendum in venditore, *l. si sterilis, §. 1. D. eod.* Species est: Venditor de tributo & onere fundi nil dixit, sciens C tenetur ex empto, ignorans non tenetur: ut si vendiderit prædium hereditarium, cujus qualitatem ignoravit. Respondendum est, quæ una est ex solutionibus Accurs. in specie *l. 9.* dixit venditor capitationem esse minorem, ideo ex dicto tenetur actione ex empto, quæ plerumque ita appellatur adversus dictum promissumque, in *tit. de ædil. edic.* duobus locis, quorum unus est in *l. 1.* & in *tit. de dolo, l. pen. D.* At in specie *l. si sterilis*, venditor nihil dixit, & ideo non tenetur nisi ex scientia. (†) Præterea in actionem ex empto veniunt fructus, fœtus & partus post perfectam venditionem, *l. 13. & l. pen. hoc tit.* Et generaliter omne commodum, quod rei venditæ accessit post perfectam venditionem, cum etiam emptor omne periculum sustineat, & onus functionum publicarum, & capitationum d. *l. 13.* Sed D emptor periculum sustinet etiam ante traditionem, onus autem publicarum functionum nonnisi post traditionem. Fingamus ex *l. 12.* Vinum certæ qualitatis, ut optimum, venit aversione, quo casu degustationem non exigimus, cum de qualitate constet. Hoc vinum est admensum, id est, ex doliis in amphoras est transfusum, nondum tamen sublatum est ab emptore. Quæritur cujus sit periculum, si vinum corrumpatur, & mutetur in vappam? Constat periculum esse emptoris, cum sit perfecta venditio. Contra si augeatur pretium vini post perfectam venditionem, hoc commodum est emptoris. Itaque si auctor, id est, venditor aucto vini pretio jam nolit vinum tradere, quod eo nomine pluris intersit emptoris quod interim pretium vini creverit, actione ex empto crescet æstimatio ejus quod interest, quæ E non exigetur ad modum pretii, sed statuetur judicis arbitrio, & plerumque egredietur vini pretium, *l. 1. de action. emp.* Cum crescit pretium rei venditæ, augetur etiam æstimatio ejus quod interest. Addendum etiam, in hoc agi actione ex empto, ut caveatur cautione ædilitia emptori servum venditum sanum esse, noxiis & furtis esse solutum, non esse erronem, nec fugitivum, animalia vendita sana esse, bibere posse ut oportet, *l. ex empto, §. animalium, de action. emp. & l. 14. hic*, ait agi posse ut repromittat venditor de his omnibus, quia in hoc contractu neutra ex parte exigitur satisdatio nisi ita convenerit: repromissio, id est, nuda cautio sufficit.

(†) *Vide Merillum Varian. ex Cujac. lib. 1. cap. 26.*

A Adjicit *l. 13.* agi etiam ex empto, ut caveatur de tradenda re vendita ad diem. Postremo agitur etiam ex empto re evicta emptori jure judicioque: Quod si emptor dejectus sit de possessione fundi empti per vim a Titio, hoc casu non competit actio ex empto in venditorem, sed emptori competit interdictum unde vi in Titium, *l. ult. hoc tit.* Ex hac causa adversus venditorem non habet regressum, ex causa evictionis habet, quia periculum evictionis venditor sustinet. Et hic locus ut singularis maxime notandus est.

AD TITULUM L.

SI QUIS ALTERI, &c.

B AUT emit quis sibi, aut alteri. Si quis emat sibi, nihil interest sua, an aliena pecunia, suo, vel alieno nomine inscripto. Nam etiamsi emat aliena pecunia, ut si mulier rem sibi emat pecunia mariti, non marito, sed mulieri datur actio ex empto, eique dominium ex traditione acquiritur, *l. 1. 6. & pen. hic.* Itaque marito non competit vindicatio rei mulieri venditæ, & traditæ, sed datur tantum ei actio personalis in mulierem pecuniæ suæ nomine, vel certi condictio, vel actio gestorum negotiorum, vel condictio sine causa: datur certi condictio, si eam pecuniam mulieri credidit: actio negotiorum gestorum datur, si negotium mulieris gerens eam pecuniam numeravit venditori: datur marito condictio sine causa si eam pecuniam C mulieri donavit, nam ea donatio revocatur, *l. 9. inf. de donat. inter vir. & uxor.* Sic si socius omnium bonorum rem sibi emit ex pecunia communi, ea res non fit communis, sed acquiritur tantum ei, cui tradita est: potest quidem cogi pro socio actione ut communicetur ea res quæsita communi pecunia, at ipso jure non fit communis. Ita recte Accursius ex *l. si quis societatem, D. pro soc.* A superiori definitione excipitur miles, cujus pecunia procurator, vel gestor negotiorum sibi quid emit. Item pupillus, & minor 25. annis, cujus pecunia tutor, vel curator aliquid sibi emit: Nam his personis datur rei emptæ utilis vindicatio indistincte, sive tutor, curator, & procurator solvendo sit, sive non, *l. si ut proponis, sup. de rei vindic. l. 2. quando ex fact. tut.* aliis vero personis non datur vindicatio utilis, ne marito quidem aut socio, ni- D si in subsidium, puta emptore non existente solvendo, id est, emptore actione personali, quæ in eum competit, satisfacere nequeunte, *l. uxor marito, D. de donat. inter vir. & uxor.* Sic concilia *l. res quæ, D. de jure dot.* cum *l. ex pecunia, inf. eod. tit.* Thalelæo auctore, & ex Latinis Cyno, ut scilicet non nisi marito non existente solvendo res empta ex pecunia dotali pro dotali habeatur, & vindicari possit utiliter quasi dotalis. Idem diximus de actione *si certum petatur, de reb. cred. sup. l. 2. si cert. pet.* Rursus pupillo, vel adolescenti non datur utilis vindicatio indistincte, nisi cum tutor, vel curator emit eorum pecunia: si enim extraneus emit pupili pecunia, vel adolescentis, eis non dabitur vindicatio nisi in subsidium, id est, emptore non existente solvendo. Idem est in milite, ut scilicet ei non detur uti- E lis vindicatio rei sua pecunia emptæ, nisi cum procurator, aut gestor negotiorum ejus emit, arg. *actionis, si cert. petat. de reb. credit. l. si pecuniam, D. de reb. cred.* Si quis igitur, ut initio proposui, emat sibi fundum aliena pecunia, & traditum accipiat, ei dominium acquiritur, non ei, cujus pecunia fuit, *l. 6. sup. de rei vindic.* Item ei soli ante traditionem competit actio ex empto, non auctori pecuniæ. Quid si emat tibi sub alterius nomine, & rem traditam sibi habeat? Finge: Tu rem tibi emisti, & tabulis emptionis inscriptum est, Titium emisse, non te. Tibi res tradita est, tu rem tenes & possides. Titio autem traditæ sunt tabulæ emptionis, quibus etiam Titii nomen est inscriptum. Hoc casu potior est rei possessor eo, qui tabulas possidet, id est, tibi, non

Titio

Titio dominium acquiritur, *l.* 4. 5. 6. *hoc tit. l. si filii, de donat. inter. vir. & uxor.* Et re nondum tradita, tibi, non Titio competit actio ex empto. Igitur inscriptio alieni nominis nihil facit, alii nihil juris tribuit: nam plerumque contrahentes nolunt sua nomina inscribi, *l. pupillus*, §. *ult. de auctor. tutor. l. pen. inf. de contrah. stipul. & edicto 7. Justin. de Argentar. contract.* Item traditio tabularum emptionis dominium non transfert, etiamsi tradantur vero emptori: quamquam aliud sit in traditione tabularum auctoritatis venditoris: nam harum tabularum traditio si fiat vero emptori, dominium transfert, *l.* 1. *inf. de donat.* Et licet *lex* 5. *hic* dicat pecunia propria emisse, idem tamen est si aliena pecunia emerit. Sed ut recte Accursius, propria pecunia dictum est, quia ita evenerat, ut Ulpianus interpretatur in *l. item veniunt*, §. *ait Senatus, de pet. hered.* Denique hac in re potest esse alius emptor, alius inscriptus instrumento emptionis. Item alius emptor, alius pecuniæ auctor, & numerator, & generaliter nihil interest ejus, qui sibi emit rem, suum nomen, an alienum inscribat, suam, an alienam pecuniam numeret, nihil interest numeret ipse, vel alius, nihil interest an per se, an per procuratorem emat, quod attinet ad rationem adquirendi dominii, vel possessionis: Nam traditione rei venditæ facta procuratori, alias per procuratorem adquiritur dominium solum, alias possessio sola, alias possessio & dominium, ut supra diximus *in tit. per quas personas.* At actionem ex empto per procuratorem non adquirit, *l.* 7. *hoc tit.* Per se adquirit actionem ex empto, item per nuntium, sicut per epistolam, *l. ult. hoc tit.* Procurator contrahit cum venditore, nuntius non contrahit, sicut epistola non contrahit, nuncius præstat vicem epistolæ, & non contrahit cum venditore, sed nuntiat dominum contrahere: itaque quod per nuntium adquiro, id videor per meipsum adquirere, sicuti quod per epistolam: nuntius est epistola loquens, epistola est nuntius mutus. Si quis igitur alii emerit, ut procurator, aut negotiorum gestor nomine Titii, & venditor rem tradat Titio, vel procuratori, non Titii nomine, & deinde procurator eandem Titio tradat; vel etiam si venditor rem tradat procuratori, vel gestori nomine Titii quo casu nil interest, suo nomine acceperit procurator, an nomine Titii, ut diximus *sup. tit. per quas personas.* His omnibus modis Titio dominium adquiritur ex causa emptionis, sive ejus pecunia propria numerata sit venditori, sive aliena, *l.* 2. & 3. *hoc tit.* Et sive nomen Titii inscriptum sit, sive procuratoris. Itaque inscriptio nominis, vel pretii numeratio, non mutat substantiam emptionis, sive quis sibi emat, sive alii. In actione ex empto differentia est: Nam qui sibi emit, adquirit sibi actionem ex empto: qui alii emit, nec sibi quærit actionem ex empto, quia id non vult; nec alii, quia per liberam personam actio non adquiritur, *l.* 6. & 7. *in fin. hoc tit.* Verum is, qui alii alieno nomine emit, alii adquirit possessionem solam, vel cum dominio, vel etiam dominium solum: ut in eo tit. exposuimus.

AD TITULUM LI.

DE REBUS ALIENIS NON ALIENANDIS.

HOC ostenditur in hoc titulo, a non domino rem alienam alienari non posse, id est, ejus dominium non transferri. Et ideo si non dominus rem alienam vendiderit, domino competit vindicatio in emptorem, etiam ei pretio non oblato, vel si emptor eam rem usuceperit, cum emisset bona fide, tum in eum non erit vindicatio, sed in venditorem domino dabitur actio negotiorum gestorum, ut reddat pretium, quod accepit ex re sua, quasi reipsa suum negotium gesserit, *l.* 1. *hic*, *l. mater, sup. de rei vindicat.* & latius dicemus in *l.* 1. *seq. tit.* Hoc ita pro-

A cedit, etiamsi dominus rei per imprudentiam signaverit instrumentum emptionis: hæc subscriptio domino imprudenti non nocet, *l.* 2. *hic*. Scienti noceret hæc signatio: haberetur enim pro consensu: constat autem consentiente domino rem alienam alienari. Continet etiam superior sententia exceptiones, puta, si quis rem alienam jure pignoris vendiderit, transfert dominium, *l.* 4. *hic*. Item si ob cessationem tributorum Cæsarianus rem vendiderit, vel quilibet alius officialis, quod etiam fit jure tacitæ hypothecæ, *l.* 6. *hoc tit.* dominium transfert in emptorem. Item si dominus rei venditori successerit, *l.* 3. *hoc tit.* Nam etsi dominus rei vindicet ab emptore rem suo nomine, non hereditario, repelletur exceptione doli, quod debeat heres præstare factum defuncti, & rata habere quæ fecit defunctus: vel
B re ab eo evicta emptori hujus exceptionis non habita ratione, vel hac exceptione omissa, emptori in eum dabitur actio ex empto evictionis nomine in id quod interest, *l. Seja, ff. de evict.* quæ res facit, ut omnino rata sit venditio rei alienæ si dominus venditori successerit. Secunda pars est de prohibita rerum alienatione, vel hypotheca, in qua idem prorsus continetur, quod in tit. *Instit. quib. alien. lic. vel non*, non dominum rem alienam alienare posse, puta jure pignoris, dominum interdum rem suam alienare non posse: alienatione domino interdicit alias lex, alias testatoris voluntas, alias pactio contrahentis, quæ alienatio si fiat a domino contra prohibitionem, quæritur an valeat: & id exposuimus in *l.* 3. *sup. de condict. ob caus. dat.* Prohibitæ a lege alienationis sunt innumera exempla. Pupillus sine tu-
C tore non alienat. Marito l. Julia fundi dotalis alienationem interdicit, quamvis sit dominus. Senatusconsulto prohibetur alienatio prædiorum pupilli, etiamsi id fiat tutore vel curatore auctore: constitutionibus prohibetur alienatio prædiorum Ecclesiæ. Quid autem alienatione prohibita prohibitum intelligatur, ostendit *lex ult. h. tit.* Alienatio est omnis actus, per quem dominium transfertur, *l.* 1. *inf. de fun. dot.* Veluti traditio ex qualibet justa causa, mancipatio, in jure cessio, atque ita alienationem definit Tullius in Topicis. Solent legum auctores augere verborum significationem, ut hic Justinianus auget significationem verbi alienationis, & prohibita alienatione lege, testamento, seu pactione, significat Justinianus non tantum contineri dominii translationem, sed etiam servorum manumissionem,
D quæ non est translatio dominii, sed peremptio. Item declarat eo verbo significari ususfructus constitutionem, servitutum impositionem, hypothecam, pignus, & emphyteuseos contractum. Et hoc continetur *l. ult. inf. hoc ipso tit.* At dices, constitutionibus prohibetur alienatio prædiorum curialium, non tamen prohibetur omnis actus, per quem dominium transfertur: nam non prohibetur donatio, ut constat ex tit. *de prædiis curialium.* Respondendum est, ex hac l. ult. ea omnia, quæ diximus, contineri verbo alienationis, nisi lege, vel pactione, vel testamento strictius accipiantur. Constitutiones id verbum stricte accipiunt in quæstione *de prædiis curialibus non alienandis*, in quæstione etiam *de rebus Ecclesiasticis non alienandis*. Constitutiones non omnino emphyteusim excludunt, quæ tamen prohibita
E videtur, si late hoc verbum accipiatur. Sed late accipitur hoc verbum, nisi aliud suadet lex testatoris, aut contrahentium. Interdum etiam hoc verbo alienationis, sola venditio intelligitur, *l.* 1. *inf. de jure emphy.*

AD TITULUM LII.

DE COMMUNIUM RERUM ALIENATIONE.

DIctum est supra rei alienæ alienationem non esse, id est, in solidum alienæ. Idem dicamus de re communi, id est, de re pro parte aliena, ejus non esse alienationem: & alie-

alienationis verbum hic late accipiamus: nam non potest unus ex sociis prædio communi servitutem imponere, *l. 2. de servit.* Non potest id obligare inconsulto, vel ignorante socio, *l. si fratres, sup. comm. utriusq. judic.* ergo alienationis verbum hic etiam accipiemus latissime. Si socius vendiderit rem communem in solidum, hoc casu alteri socio in emptorem datur rei vindicatio, per quam suam partem emptori evincet, ac deinde parte evicta, emptori dabitur in venditorem actio ex empto in id quod interest, si ignorans emerit rem communem, etiamsi de evictione nihil convenerit nominatim, vel si sciens emerit rem communem, demum dabitur actio ex empto evictionis nomine, si de evictione inter eos nominatim convenerit, *l. ult. hoc tit. l. vindicabit, de rei vindic. l. si fundum inf. de evict.* Datur autem alteri socio, qui non vendidit vindicatio tantum partis suæ in emptorem, etiam non oblato pretio emptori, *l. 3. sup. de rei vind.* Partis autem venditoris vindicatio ei non datur: pro ea parte venditio tenet, etiamsi pretium ejus partis offerat, etiamsi miles sit, *l. 4. hoc tit.* Ergo rei communis alienatio non est in solidum. At quid fiet si emptor rei communis totius rei dominium adquisierit usucapione, vel longi temporis præscriptione, usucapione quidem in Italia, præscriptione longi temporis in provinciis? sic enim hoc accipiendum est jure antiquo. Et sic recte Fulgosius. Sic accipe *legem 2. tit. præcedent.* Tunc vero alteri socio in emptorem non competit vindicatio, sed tunc socio in socium, qui vendidit datur actio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, *l. inter coheredes, §. si coheredes, D. famil. ercisc.* & in *l. 1. hoc tit.* quæ usucapionem, vel præscriptionem longi temporis vocat jus receptum. Certum autem est socium invito altero posse suam partem vendere, & quidem cuilibet: nam non cogitur socius in venditione aut alienatione suæ partis, quasi quodam jure προτιμήσεως, socium præferre extraneo, *l. 3. hoc tit.* Quam conjunge cum *l. 8. sup. de actionib. emp.* Vendere, inquam, potest cuilibet partem suam, antequam acceptum sit judicium communi dividundo, vel familiæ erciscundæ inter socios, *l. 3. hoc tit.* Quia accepto judicio communi dividundo inter socios, rei litigiosæ non valet alienatio facta ab uno ex soc. invito adversario, *l. 1. C. com. divid. l. 1. de jure fisci,* & in *tit. de litigios. D. & C.* non est etiam pignoris alienatio, neque etiam obligatio ulla existit, altero non consentiente socio, *l. 1. §. ult. D. quæ res pign. oblig. poss. vel non.* Id ita servatur in judicio familiæ erciscundæ, ne quis suam partem alienet post acceptum judicium familiæ erciscundæ, *l. alienationes, D. fam. ercisc.* Ubi male Accursius. Nunc excipiendus est fiscus: nam fiscus potest rem communem cum privato alienare socio invito, sed tamen pars pretii rei venditæ servatur socio, quam etiam potest petere actione ex vendito utili, quasi videatur ipse vendidisse, quod fiscus vendidit suo jure, *l. 1. inf. de vend. rerum fiscal. & l. 2. hoc ipso tit.* Hodie etiam ex *l. 2. de quadrien. præscript.* quod notarunt Græci in *l. 2. hujus tit.* Si fiscus rem alienam vendiderit, emptor securus erit, sed in fiscum est actio domino intra quadriennium, in emptorem nulla est actio. Verum si privatus alienam rem, vel communem vendiderit, emptor securus non erit, etiamsi pretium ad fiscum pervenerit, *l. 2. hoc t.* Nam id privilegium tantum datur fisco vendenti, non si privatus vendiderit: hæc est sententia l. 2.

AD TITULUM LIII.

REM ALIENAM GERENTIBUS NON INTERDICI RERUM SUARUM ALIENATIONE.

IN hoc tit. quæritur, an qui rem alienam administrat ut tutor, & curator possit res suas alienare? ratio dubitandi, quia sunt tacite pupillis, vel adolescentibus obligatæ. Lex ait, nihilominus eum res suas posse alienare cum sua causa, puta pignoris, cui nexæ sunt. Ergo, inquit, poterit etiam obligare eas, etiam post condemnationem, cum sua tamen causa, & suo onere: nam quod alienari potest, & obligari potest, *l. 9. §. 1. D. de pign.* Interdum tamen, qui jure prohibetur vendere vel emere, non prohibetur pignori accipere, *l. in quorum, D. de pignor.* Ad quam non traditur exemplum, quod mihi videtur ponendum in officiali, quod male Accursius negavit. Officialis quo loco officium gerit, nihil potest emere, pecuniam tamen mutuam dare potest, *l. præsides, D. de rebus credit. si cert. pet.* Cur non etiam & ex ea causa pignus accipere potest? Ideo dicit in quorum finibus, id est in qua regione prohibetur quis emere, velut officialis, potest tamen pignus accipere, quod vetitum esse confirmat *lex qui officii, de contr. empt.* quæ est ex eodem libro. *Lex qui officii* interdicit emptione. *L. in quorum,* permittit acceptionem pignoris. Adjicitur hic, si tutor, vel curator rem fisco obligaverit, vel privato, eam obligari cum sua causa, id est, cum causa pignoris tacite cum pupillo contracti. Ex quo apparet, fiscum in hypothecis non præferri antiquioribus creditoribus, etiamsi tantum habeat hypothecam tacitam, non expressam. In personalibus actionibus habet privilegium, id est, præfertur fiscus creditoribus antiquioribus chirographariis.

AD TITULUM LIV.

DE PACTIS INTER EMPTOREM, ET VENDITOREM COMPOSITIS.

LEX 1. 3. & 4. sunt de lege commissoria, de qua diximus in *l. 4. sup. de pignerat. act.* Ea lex commissoria ita fit, si pretium ad diem solutum non erit, fundus inemptus esto. Cujus legis potestate, seu conventione legis commissoriæ, id est, ad diem pretio non soluto, etiamsi sit res tradita, dominium censetur esse venditoris, nec ab eo recessisse videtur, & ideo rei traditæ & venditæ competit vindicatio, *l. ult. D. de leg. commiss. l. 4. hoc t.* Et ex eo non est colligendum, pacto dominium mutari & transferri, quod numquam fit: nam non mutatur dominium, quod nec in emptorem translatum intelligitur: nam venditori vindicatio ita demum lege commissa competit, si rem tradiderit emptori precario, non emptionis jure, non voluntate dominii transferendi, *l. 3. hic.* Itaque dominium non videtur ad eum redire, sed ejus semper fuisse. At si venditor emptionis jure rem tradiderit emptori, hoc casu cessabit vindicatio, & competet actio ex vendito, resolvendæ venditionis causa, *l. si fundus, de leg. commiss.* Huic distinctioni est locus, si dixeris venditionem factam lege commissoria esse puram, quæ sententia obtinuit, *l. 1. ff. de leg. commiss.* pura est venditio, sed resolvitur sub conditione: At si dixeris esse conditionalem ex *l. 2. §. Sabinus, pro empt.* secundum Sabini sententiam, etiam tradito fundo emptionis jure, & lege commissa, venditori vindicatio dabitur. At cum lex commissa est, & ideo actio ex vendito venditori competit rescindendæ venditionis causa, vel vindicatio, si malit venditor partem pretii petere, vel usuras pretii actione ex vendito, quam agere ad rescissionem, videtur renuntiasse legi commissoriæ, & non fiet resolutio emptionis, *l. de lege, in fi. & l. seq. ff. de lege commiss. & l. 3. & 4. hoc tit.* Quod etiam nominatim, & disertis verbis adjiciebatur legi commissoriæ, si venditor fundum inemptum esse vellet. Ideo non utitur hac lege invitus, sive id adjectum sit, sive non, ut solitum esse adjici etiam indicat *lex ult. §. ult. ff. de rescind. vendit.* Id etiam adjiciebatur pacto commissorio, ut pretio ad diem non soluto emptor arras perderet, *l. 1. hoc tit. l. de lege, in princip. l. ult. ff. de leg. commiss.* Alio etiam modo componitur lex commissoria,

ſoria, puta, re tradita, & pretio ſoluto venditori, ut ſi venditor pretium emptori reſtituerit intra certum diem, res inempta fiat: Quo caſu pretio oblato, & obſignato intra diem, venditori competit actio ex vendito: ſola oblatio non ſufficit, debet etiam obſignare, quo jure etiam utimur, cum quid retrahitur vel pactionis hujus jure, vel προτιμήσεως: ſolam oblationem non ſufficere oſtendit *lex 7. hoc tit.* Poſt diem etiam facta oblatio, & obſignatio non ſufficit, nec reſolvit emptionem, etiamſi reſcripto principis impetrarit venditor, ut poſt diem oblationem facere liceret: nam venditori agenti poſt diem, obſtat exceptio peremptoria, quæ non poteſt adimi reſcripto principis: dilatoria poteſt quidem, & ita reſpondendum *l. 2. ſup. de precibus Imperat. offer.* Pertinet etiam ad hoc genus legis commiſſoriæ *l. 2. hoc tit.* Appello legem commiſſoriam, ſeu convenerit, ut res fiat inempta B pretio ad diem non ſoluto ab emptore, vel pretio ad diem a venditore ſoluto: Utraque eſt lex commiſſoria, nam & a veteribus utraque dicebatur fiducia. Inde filium emancipare contracta fiducia, id eſt, ea lege, ut remancipetur a patre fiduciario, & patri naturali reſtituatur. Itaque fiducia, ſeu (†) lex commiſſoria dicitur, ſi res venierit ea lege, ut venditori reſtituatur, pretio intra certum tempus reddito; ex qua certe eſt actio ex vendito ad diem pretio oblato, & obſignato, vel ſoluto emptori ex *l. 2.* quæ ait eſſe actionem præſcriptis verbis, & ſtatim ſubjicit: *Vel ex vendito*: quibus verbis ſignificat ſuperfluam eſſe actionem præſcriptis verbis, ut in *l. Labeo, de contrah. empt. & vendit.* ex priore etiam genere legis commiſſoriæ eſt etiam actio ex vendito, ex reſcripto Severi & Antonini, in *l. ſi fundus, D. de leg. commiſſ.* Ante C hæc reſcripta tutius erat agere præſcriptis verbis, quod videatur novum quoddam negotium geri diverſum ab emptione & venditione, his pactionibus interpoſitis, & agi videatur finita venditione, vel imperfecta: at reſcripto ſubmovetur omnis dubitatio, data actione ex vendito: aliis caſibus, quibus nulla ſunt reſcripta ad venditionem diſtrahendam ex pactionibus, tutius erit agere præſcriptis verbis actione, quia deficiunt reſcripta, ut in ſpecie *l. ſi vir, de præſc. verb. l. ſi convenit, D. de reſcind. vendit.* Duobus ſuperioribus caſibus ex reſcriptis agetur actione ex vendito: Itaque ſeperflua eſt actio præſcriptis verbis, aliis eſt neceſſaria. Nunc videndum, quid fiat de fructibus medio tempore perceptis ab emptore, antequam lex committeretur, & venditio: & quidem in priori ſpecie legis commiſſoriæ omnes fructus veniunt D in actione ex vendito, *l. 4. & 5. D. de lege commiſſ.* Quod etiam plerumque nominatim exprimebatur: nam contrahentes in cautionibus ſolebant ſibi omnino proſpicere, ideo multa in cautionem deducebant, atque etiam ea, quæ ipſo jure ita ſe habebant, & ſuperflua: id indicat *lex 6. §. ſi fundus, D. de contrah. empt.* Excipitur unus caſus, ſi emptor partem pretii ſolverit, & de reliqua parte compoſita ſit pactio commiſſoria, puta, ut reliqua parte non ſoluta ad diem, inempta eſſet res: hoc caſu legis commiſſoriæ, parte ad diem non ſoluta, fructus pro parte compenſabuntur cum parte pretii venditori ſoluti, quam emptor amittit lege commiſſoria, *d. l. 4. hoc tit.* Ut & arras amittit emptor, quæ cedunt plerunque loco pretii, ſi in nummis conſiſtant, *l. ult. de lege commiſſ.* ergo etſi emptor arras dederit lege commiſſa, E fructus pro rata compenſabuntur cum arris, quas emptor amittit: itaque arris datis, vel parte pretii, omnes fructus non veniunt in actionem ex vendito. In poſteriori ſpecie legis commiſſoriæ omnes fructus non veniunt, & emptor non reſtituit fructus niſi ex mora, *l. 2. hoc tit.* Emptor moram facit poſt pretii oblationem, niſi rem reſtituat, & quaſi venditori revendat: ſola ſufficit oblatio hoc caſu, & adverſarium in mora conſtituit, *l. interdum, §. ult. D. de verbor. oblig.* Ex oblatione igitur, id eſt, ex mora, etiamſi pretium non ſit depoſitum, emptor præſtabit fructus ven-

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 6.*

A ditori, medii temporis fructus cum uſuris pretii compenſabuntur, & non præſtabuntur. Notandum etiam ex hac *l. 2.* conditiones harum pactionum ab heredibus impleri poſſe, idque his pactionibus adjici ſolitum, quod tamen omiſſum pro adjecto habebitur: quia conditio eſt ejus generis ut ad heredes tranſeat, ſecundum ea, quæ tractantur in *l. 57. D. de verborum obligat. l. qui Romæ, §. Agerius, eod. tit.* Sicut ea, quæ diximus ſupra his pactionibus adjici ſolere de fructibus, & arris, quæ omiſſa etiam pro adjectis habentur: hæc ſunt de pactis commiſſoriis. Nunc de aliis pactionibus, ſi res veneat ea lege, ut emptor præſtet pretii rei venditæ uſuras ex tempore venditionis, quæ non ſolent præſtari, niſi ex mora, vel ex die venditionis, rata eſt conventio, *l. 5. hoc tit.* Idem eſt, ſi conveniat frumento vendito, quod admittit acceſ- B ſionem uſurarum, ut tardius traditi frumenti venditor uſuras, ſeu acceſſionem præſtet ex tempore venditionis: hæc etiam conventio rata eſt: quod indicat *l. 15. ſup. de action. empt. & vend.* in illis verbis, *citra pactum*: & hæ uſuræ petentur actione ex empto vel vendito, de quibus ita convenit, quia pactiones formant ipſam actionem, *l. juriſgent. §. quinimo, D. de pact.* ipſam actionem, id eſt, actionem ex contractu, & ideo pactiones illæ dicuntur formæ, & leges contractuum. Igitur ut fiat quod convenit, agitur ex contractu, cui pactum ineſt, niſi pactio illa novum quoddam genus negotii ſtatuere videatur, quo caſu ex pacto tutius erit agere præſcriptis verbis actione, niſi conſtitutiones dubitantes nos confirmaverint, quæ dederunt actionem ex contractu, ut in ſpecie *l. 2. hic.* Aliud genus pactionis proponitur in *l. 6.* C *hoc tit.* Vendidi prædium exiguo pretio, ſub ea lege, ut me aleret qui emeret, eaque fuit conditio inter nos, ne ſtaret venditio alimentis non præſtitis: emptor legi non paret, id eſt, non præſtat alimenta. *L. 6.* oſtendit agi poſſe ex vendito reſolvendæ venditionis cauſa, reddito emptori pretio. Dixi in *l. 1. ſup. de condict. ob cauſam dat. cauſa non ſec.* eſſe etiam ob rem dati condictionem, quod negavit Accurſ. & nihil obſtare *l. 14. ſup. de reſcindenda vendit.* Quoniam ponendum in ſpecie *d. l. 6.* id agi, ut reſolvatur venditio lege non impleta. Aliud genus pactionis proponitur in *l. ultim. hoc tit.* qua lege corrigitur *l. pen. D. de pact.* Vendidi locum ea lege, ne emptor in ſacrum dedicaret, vel religioſum faceret, vel ne me invito, qui fundum vicinum mihi retinebam, eum alienaret: ex *l. penult. D. de pact.* non valet pactio, etiamſi contractui in- D hæreat, ex *l. ultim. hic*, quæ eſt ex 50. deciſionibus Juſtin. & ideo correctoria: rata eſt conventio: & ſi emptor ei non pareat, id eſt, ſi locum dedicet, vel alienet invito vicino, venditori dabitur actio ex vendito in emptorem in id quod intereſt. Nam plerumque venditoris intereſt, vel nullum vicinum habere, aut non probatum, & ſibi cognitum: ſunt vicinitatis multa commoda & incommoda, *l. 1. §. alias, D. ſi quid in fraud. patr.* Ideo venditor ex vendito emptori tenetur, ſi in vendendo fundo vicinum celaverit, quem ſi ſciſſet emptor, non emiſſet, *l. quod ſæpe, §. ult. D. de contrah. empt.* Igitur ex omnibus pactionibus, quæ hic proponuntur, datur actio ex empto, vel ex vendito, quia inſunt venditioni, & pars venditionis eſſe cenſentur, cum interponantur venditioni initio & tempore venditionis: & generaliter in *l. 8.* E *hic* definitur idem eſſe in omnibus aliis pactionibus, juſtis ſcilicet & legitimis, quæ inter emptorem & venditorem componuntur tempore venditionis: ex eis dabitur actio ex vendito, vel in dubio præſcriptis verbis; pactiones autem ex intervallo compoſitæ inter emptorem & venditorem non formant ipſam actionem, nec pariunt actionem præſcriptis verbis.

AD TITULUM LV.

SI SERVUS EXPORTANDUS VENEAT.

TRIBUS seq. titulis agitur de pactionibus, quæ adjiciuntur venditionibus mancipiorum, quæ in Pandectis proponuntur sub uno tit. de servis exportandis, prima pactio est, si servus venierit ea lege, ut exportaretur, id est, ut ne eo loci moraretur, in quo venditur: quod venditor paciscitur plerumque securitatis suæ causa, vel vindictæ, *l. 1. & l. servus ea lege, D. de ser. export.* Et ob eam causam hac lege venditioni apposita plerunque venditor sibi excipit manus injectionem, id est, jus abducendi servi, nisi ex- B portetur secundum venditionis conventionem: ideo hi tres tituli sunt etiam de manus injectione, *περὶ χειρὸς ἐπιβολῆς*. Ex hac lege non datur venditori vindicatio nisi manu injecta: manus injectio restituit dominium, non pactio nuda. Finge in l. 1. hujus tit. servus est ea lege venditus, ut Roma exportetur: secundum legem venditionis, Roma est exportatus, & manumissus ab emptore: manumissio valet, cum sit manumissus extra Romam. Sed si Romæ fuisset manumissus, non valeret manumissio, *l. 3. hoc tit.* sed manumissus est extra Romam. Itaque pervenit ad libertatem. Post manumissionem ipse Romam venit, venditori in emptorem nulla est actio, quia jure servum manumisit, neque etiam habet in liberum manus injectionem, quam sibi servavit. At ex con- C stitutionibus, hic servus, qui non paret pactioni (nam hæ pactiones hærent personis servorum, nec indicuntur solis emptoribus) fiet fisci servus ipso jure l. 1. servus inquam fiet sub eadem conditione, ne Romæ moretur, & si, posteaquam factus est fisci servus, Romæ maneat, erit venditori manus injectio in servum, si eam videlicet sibi exceperit, atque ita fiscus eum amittet, *l. pen. D. de serv. export.* Fit ergo fisci sub eadem lege, ne fiat fraus voluntati venditoris. At quid dicemus, si venditor non exceperit sibi manus injectionem, quam non habet, nisi reservavit, sed tantum vendidit servum ea lege, ut exportetur, & adjicit pœnalem stipulationem, si non exportaretur? Hoc casu, si servus non exportetur, datur in emptorem venditori actio ex stipulatu pœnæ nomine, servus autem fisco committetur, *l. 2. & 3. hic*. Vel igi- D tur committitur venditori ex manus injectione ipsi reservata, vel fisco ipso jure, si legi non pareat. Quid si venditor non sit pœnam stipulatus, nec exceperit manus injectionem, & non exportetur, an dabitur actio ex vendito in id quod interest, nulla distinctione addita? qua in re variavit Papinianus. Servus autem fiet fisci, & venditor aget ex vendito: excipitur hic casus, si non voluntate domini, id est, emptoris servus Romam venerit, quia fuit ei interdictum, *l. 2. hoc tit. l. pen. D. de serv. export*. Hoc casu non est in servum manus injectio, cui assensus non est dominus, & factum servi non tollit emptori dominium servi, non est actio ex stipulatu, nec ex vendito: fisco etiam locus non est. In l. pen. hæc species proponitur: Servi dominum vendiderunt facta conjuratione ea lege, ut exportaretur: post exportationem E manumissus est ab emptore: itaque jure est manumissus, & accusat servos, vel furti facti, vel conjurationis in dominum. Lex ait, eos capite puniri, pendente autem accusatione habebitur pro liberto accusator, non pro ingenuo.

Ad L. ult. Qui exportandus *a domino de civitate sua venit, nec in urbe Roma morari debet: qui autem de provincia certa, nec in Italia. Si itaque contra legem constitutam factum probare potes: utere jure, quod propterea tibi competit.*

LEx ultima ait, servum, qui lege venditionis exportandus est aliqua civitate, nec in ea civitate morari posse, nec Romæ, etiamsi de Roma nihil dictum sit, cum A sit civitas communis. Cui civitate mea interdico, & communi etiam civitate interdico, nec quærenda alia ratio, quam hæc, quia est civitas communis ex constitutione Antonini Imperatoris. Sic Callistratus in *l. 19. de interd. & releg.* quæ deest in Pandectis, & supplenda est ex lib. Basilic. relegatus, seu patria sua interdictus, Romæ etiam morari non debet, etiamsi id nominatim non sit adjectum, cum Roma sit communis patria, quod confirmat *l. 7. §. si constitutum, eod. l. si cum dotem, §. si patri, sol. matrim*, Adjicit Callistratus eum, cui interdictum est patria, abstinere ea civitate debere, in qua princeps agit, vel per quam transit, quod ei soli liceat intueri Imperatorem, qui pater patriæ est, qui & Romam accedere potest. Atque etiam ita de iis, qui ignominiose mittuntur proditum est, nec Romæ, nec in sacro comitatu eos B agere posse, *l. milites, §. missionem, de re milit.* Ergo, cui sua patria interdicitur, ei etiam Roma, & sacro comitatu interdicitur, & servus exportandus civitate domini, nec Romæ, nec in sacro comitatu versari potest. Ostenditur etiam in hac *l. ult. servum exportandum provincia aliqua*, nec Romæ, nec in Italia morari posse, vel si moretur, emptorem in legem venditionis incidere: sic etiam in pœnis, ut Suetonius scribit in Claudio, Claudius sanxit, ut quibus provinciæ interdicerentur a magistratibus, urbe quoque & Italia submoverentur: At si servus sit exportandus Italia, lege venditionis, constat eum posse in provincia morari, nec cogi ire in hosticum, aut Barbaricum, *l. 2. de servis export.* Cujus argumento idem dicemus in relegato, & interdicto, ut cui interdictum est Italia, versari possit in provincia.

C

AD TITULUM LVI.

SI MANCIPIUM ITA VENIERIT, NE PROSTITUATUR.

ALTERA pactio est, ne ancilla prostituatur, quæ pactio venditionibus mancipiorum addi solet, eaque committitur, non tantum, si in taberna meritoria prostituatur ex professo, sed etiam si in caupona specie ministerii, *l. ult. hoc tit.* Fraus fieri non potest huic pactioni, *l. palam, de ritu nupt. l. Athletæ, §. ait prætor, de his qui notant. inf.* Prostituta ancilla contra legem venditionis, venditor habet manus inje- D ctionem, si eam sibi exceperit: ut servi est manumissio, ita & manus injectio: ut justa manumissio fit jussu magistratus, ita & manus injectio fit in urbe, auctoritate prætoris, & præfecti urbis, *l. 1. hoc tit.* Et in provinciis fiet auctoritate præsidis, qui semper exemplum urbis sequitur, & urbanorum magistratuum vicem sustinet. Igitur non omnis manus injectio fit auctoritate judicis: nam est sæpe lis de manus injectione, an sit manus injectio, nec ne, ut in superiore pactione tituli superioris, manus injectio venditori non est, etiamsi eam sibi exceperit, si legem, quam dixit, remiserit, & patiatur servum venditum loco prohibito morari, nec potest variare, *l. 1. D. de serv. export.* Et in eo genere pactionis, de quo hic est titulus, venditori etiam non est manus injectio ex constitutione Divi Adriani, *si legem quam dixit, remiserit*, id est, si pa- E tiatur ancillam prostitui, & cum potest eam abducere, manu injecta, non abduxerit, & productori non eripuerit: præcedentis tituli legem remittere licet, sicut & in contrarium pacisci, ne servus exportetur: hujus tituli legem non licet remittere, nec etiam in contrarium pacisci, ut prostituatur, quia pactio & remissio turpis est, & venditor, qui legem remiserit, id est, passus sit ancillam prostitui, amittit manus injectionem, sicut etiam pater privatur patria potestate, creditor jure pignoris, dominus dominio. Igitur, si passus sit prostitui ancillam, amittit & ancillam, & partum ejus, si prægnans fuerit, & pepererit. Quid igitur fiet de ancilla? An retinebit eam productor? Minime. Sed fit libera ex constitutionibus Imperatorum Divi Severi & Anto-

Antonini: Itemque Divi Adriani, *l. 1. hoc tit. l. 7. D. qui ſine manumiſſ. ad lib.* qui ſine manus injectione eam ancillam, etiam ejus partum retinere poteſt. Igitur, hac lege dicta, ne ancilla proſtituatur, ſi ſecus fiat, vel venditori competit manus injectio, vel ancillæ libertas, non ſolum ſi emptor primus, cui lex primum dicta eſt contra legem faciat, ſed & ſi ſequentes emptores, licet eis non ſit repetita eadem lex. Hæret namque perſonæ ſervi, etiamſi currat per plures emptores, *l. 1. hoc tit. l. ſi quis ſub hoc, D. de contrah. empt. & vendit.* Quod etiam ſervatur in l. ſuperioris tituli, ut ſcilicet eadem lex maneat, ſi ſervus cucurrerit per plures emptores. Interdum venditor non excipit ſibi manus injectionem, igitur eam non habet, ſed eadem lege dicta ne proſtituatur ancilla, adjicit, ut ſi proſtituatur, libera exiſtat: Quo caſu conditione impleta, id eſt, ancilla proſtituta, ſtatim fit libera ipſo jure, αὐτομάτως, ſive ipſa pactio tabulis emptionis ſit inſerta, ſeu non, *l. 2. hoc tit.* Id eſt, ſi per nuntium, vel epiſtolam, ita ſunt pacti emptor & venditor, nec pactum ſit inſertum inſtrumento emptionis: puto etiam pactionem factam ex intervallo proficere ad libertatem. Eſt ea lex 2. ſcripta ad præfectum urbi, non ad præfectum prætorio, ut in vulgaribus: & lex ſignificat, emptorem, qui ea lege ancillam emit, cogendum eſſe manu militari, id eſt, per urbanitianos, ſic appellantur apparitores præfecti urbi, ut ancillam, quam proſtituit, exhibeat apud tribunal præfecti urbi, ad cujus officium pertinet ex conſtitutione Severi, nec non ex reſcripto Antonini & Divi Adriani, ut mancipia tueatur, ne proſtituantur contra leges venditionis, *l. 1. §. hoc quoque, D. de offic. præf. urb.* Exhibita ancilla præfecto urbi ſi dubitatur de lege venditionis, & libertate ex ea competente, præfectus urbi cauſam remittet ad prætorem, qui ſolet de liberali cauſa cognoſcere, nec ipſe cognoſcet, *l. 1. hoc tit.* ut contra prætor quandoque remittit puniendos ad præfectum urbi: quia non habet merum imperium, *l. 1. §. ult. de ſuſpect. tutorib.* Igitur hoc intereſt inter ſpeciem legis 1. & 2. quod dicta lege ne proſtituatur in l. 1. venditor ſibi excepit manus injectionem, quam ſi remittat, ancilla fit libera ex conſtitutione Divi Adriani. In ſpecie *leg. 2.* eandem legem dixit, & adjecit ut proſtituta ancilla libera fieret, nec ſibi excepit manus injectionem, ut in ſpecie *leg. 1.* Adrianus eſt auctor libertatis, eſt etiam veriſimile in ſpecie *leg. 2.* auctorem eundem fuiſſe ejuſdem libertatis. Laudatur tamen Veſpaſianus in *l. Divus, D. de jure patron.* Videndum eſt an ſit error in nomine, ut in *l. 2. de ædificiis privatis*, oſtendimus pro Adriano, laudari Veſpaſianum. Male enim accipiunt Accurſius & alii eam *legem Divus*. Nam ea ita accipitur, ut ſi ancilla venierit ea lege ne proſtituatur, & ut, ſi proſtituatur, fiat libera, ut competat ei libertas, ſi vel emptor alii eam vendiderit, ſine hac conditione, etiamſi ſecundus emptor eam non proſtituerit, quod eſt iniquum. Rectius Græci 49. Baſilicon *tit. 1.* adjiciunt, καὶ προσϑῇ, id eſt, & proſtituatur a ſecundo emptore, hoc neceſſarium, ut fiat libera, & ex hac quidem cauſa facta libera venditorem patronum habet. Ex ea cauſa *leg. 1.* ſi fiat libera, eſt ſine patrono, *l. ſed ſi hac lege, §. 1. D. de in jus vocando.*

AD TITULUM LVII.

SI MANCIPIUM FUERIT ALIENATUM UT MANUMITTATUR, VEL CONTRA.

HOC titulo eſt alia pactio, quæ addi ſolet mancipiorum venditioni, puta ut manumittantur, vel ſimpliciter, vel intra diem certum: cui legi ſi emptor non pareat, id eſt, ſi non manumittat, ipſo jure ſervus liber fit ex conſtitutione Divi Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, qui fuit

A urbi præfectus, ut docet Capitol. & bis conſul. Indicat quoque lex 3. eam conſtitutionem fuiſſe ſcriptam in Semeſtribus. Sunt etiam multæ in libris noſtris conſtitutiones, quæ dicuntur ſcriptæ in Semeſtribus, & omnes ſunt Divi Marci: Semeſtria igitur appellati ſunt libri conſtitutionum Marci. Ea conſtitutio repræſentat factum emptoris manumiſſoris, id eſt, quod facere debet emptor, & conditionis poteſtatem: & ideo pœnalis ſtipulatio non committitur, ſi qua legi ſit ſubdita, *l. ult. hic*: ut ſi venierit ea lege, ut manumittatur, & ſi non manumitteretur, venditor pactus ſit ſibi pœnæ nomine centum dari: ſuperflua eſt ſtipulatio pœnalis, quandoquidem factum emptoris repræſentat conſtitutio, *l. ult. hic*: quæ conſtitutio proprie pertinet ad ſervos venditos ea lege, ut manumittantur, non ad donatos, *l. qui Romæ, §. Flavius,*
B *D. de verb. obligat.* Non pertinebat etiam ea conſtitutio ad negotium do ut facias, id eſt, do rem, vel pecuniam, ut ſervum tuum manumittas. Diximus in fine *tit. de condictione ob cauſam dati*, porrectam eſſe etiam eam conſtitutionem ad ſervos donatos, *l. 1. hoc t. l. pen. qui ſine manumiſſ. ad libert. perven.* Igitur conſtitutioni locus eſt in venditore & donatore: non tamen in donatore marito, quia hæc donatio dominium non mutat cum ſit contra jus civile: & ideo maritus, qui ſervum uxori dat ea lege, ut manumittat, ſibi legem dicit, non uxori. Ideo ceſſat conſtitutio, cui tantum locus eſt, cum lex alteri dicitur, & ab eo, cui lex dicta eſt, negligitur, nec impletur, *l. quod autem, §. uxori, de donat. inter virum & uxor.* Porrecta eſt etiam ea conſtitutio ad negotium datæ pecuniæ, quaſi pro pretio, ut ſervus manu-
C numittatur, *l. 4. hoc tit. l. Paul. reſpondit, §. 1. de liber. cauſ.* Non tamen eſt porrecta ad ſervum legatum ea lege, ut manumittatur, *l. ſi fundum ſub conditione, §. Stichum, de legat. 1.* Rurſus huic conſtitutioni locus eſt, ſeu venditor ita dixerit in perſonam, ut ab emptore manumittatur, ſeu in rem, ut libera fiat cum erit annorum viginti, *l. 3. hoc tit.* ſeu contulerit libertatem in tempus mortis emptoris, *l. ult. de ſerv. export.* Huic conſtitutioni locus non eſt, ſi ante diem libertati præſcriptum venditor mutaverit voluntatem, poſt pœnitentiam ceſſat conſtitutio: qui auctor eſt libertatis, ea locum nondum habente voluntatem mutare poteſt, & tum deficit conſtitutio *l. 1. & ult. hoc tit.* ſi venditor vel donator mutarit voluntatem, *l. 3. D. de ſerv. export.* Non obſtat *lex quæſitum, D. eod.* Breviter ſic reſpondeo: Poſt pœnitentiam
D venditoris non competit libertas ex conſtitutione ipſo jure, competit tamen ex facto emptoris, ſi forte velit manumittere; pœnitentia obſtat libertati, quæ fit ipſo jure, id eſt, ex conſtitutionibus ſupradictis, non liberalitati emptoris. Non obſtat *lex 1. qui ſine manumiſſ.* quæ lex ait in fine, competere libertatem, etiamſi venditor mutaverit voluntatem. Sed id eſt intelligendum ſecundum legis initium, poſt pœnitentiam competere libertatem, ſi deinde emptor & venditor deceſſerint ſine herede: competit libertas ipſo jure, quia nullius intereſt. Proponitur etiam in *l. pen. hoc t.* contraria pactio ne manumittatur, quæ pactio efficit, ne ſervo manumiſſo ab emptore libertas competat, quia omnes pactiones, quæ his titulis proponuntur hærent ſervi perſonæ. Ideo non exſtinguuntur etiamſi ſervus currat per plures emptores.
E Ita in primo genere pactionis, quod ſupra expoſuimus, ſervus manumiſſus poſt exportationem, ſi in locum prohibitum venerit, fit ſervus fiſcalis: quia hæ omnes pactiones hærent ſervi perſonæ. Igitur ſi conveniat, ut ſervus non perducatur ad libertatem, & ſubjiciatur pœnalis ſtipulatio, & deinde manumittatur ab emptore ſervus, an dicemus committi pœnam? Minime, ut declarat *l. ult.* quia ad libertatem non pervenit, cum obſtet pactio, & maxime ſi emptor non dixerit in perſonam, ut ne manumittatur ab emptore, ſed in rem, ut ne ad libertatem perducatur, quod *lex ult.* ait, quoniam ita evenerat. Sed idem erit ſi id dictum ſit in perſonam, ut ne ab emptore manumittatur, & emptor manumiſerit, quia non committetur pœna, & manumiſſio effectum non habet. In *l. ult.* reprehen-

henditur venditor duplici de cauſa, primum, quod agebat de pœna, quæ non intelligitur commiſſa, deinde quod apud procuratorem Cæſaris agebat, qui non habet juriſdictionem inter privatos, qui non poteſt ſe privatorum contractibus immiſcere: procurator Cæſaris juriſdictionem habet inter fiſcum & privatos, *l. ex conſenſu, ff. de appellat. l. 1. ſup. de juriſ. omn. judic. l. 5. ſup. ubi cauſæ fiſcal. & tit. ſi adverſ fiſc.* niſi ſcilicet procurator Cæſaris vicem præſidis ſuſtineat, tunc enim inter privatos cognoſcit, *d. l. ex conſenſu, l. 3. ſup. ubi cauſæ fiſcal. l. 2. inf. de pœn. l. non valet, ſup. ad leg. Fal. l. 1. de pedan. jud.* igitur errabat venditor, qui agebat de pœna, & procuratorem Cæſaris Judicem eligebat.

AD TITULUM LVIII.

DE ÆDILITIIS ACTIONIBUS.

ÆDILITIÆ actiones dantur emptori: & ſunt duæ, redhibitoria, & æſtimatoria. Redhibitoria reſcindit venditionem in totum, æſtimatoria in partem. In actione redhibitoria quæritur an ſit redhibitionis cauſa: redhibitio fit officio judicis, omnia utraque ex parte reſtituuntur in integrum: nam res redditur, & reſtituitur pretium, *l. 43. §. penul. l. 60. D. de Ædil. edict.* In actione æſtimatoria quæritur quanto minoris res valeat, & ex ea fit prætii reſtitutio in partem: utraque autem actio competit duplici ex cauſa, ex reticentia venditoris, & ex dicto vel promiſſo: ex reticentia, ut ſi venditor morbum, aut vitium rei venditæ, quod latebat, quodque emptor neſciebat, reticuerit: Ex dicto, vel promiſſo illæ actiones competunt, ut ſi venditor dixit illum ſervum furem non eſſe, vel non fore, & fur ſit, aut fiat: vel ſi dixerit literatum, vel artificem, & nec literatus, nec artifex ſit: quæ actio dicitur in libris noſtris adverſus dictum promiſſumve, ſive contra dictum promiſſumve, *l. quod venditor, ff. de dolo, l. 17. in fin. l. 38. §. non tantum, l. 47. & l. pen. ff. de ædil. edict.* Eſt autem electio emptoris utra experiatur, redhibitoria, an æſtimatoria, *l. 18. & 31. §. ſi plures, eod. tit.* Et redhibitoria quidem eſt agendum intra ſex menſes utiles, æſtimatoria intra annum utilem, exceptis duobus caſibus, *l. 2. hoc tit.* Et ſi emptor tempore ſit excluſus actione redhibitoria, ſupereſt ei æſtimatoria, *l. ſi tamen, §. non nocebit, eod. tit.* At ſi alia ratione emptor excluſus ſit actione redhibitoria, vel ſi egerit ea, & non obtinuerit, poſtea non aget æſtimatoria: ſic accipe *l. ſi is qui heres, §. 1. de except. rei judic.* Datur etiam actio redhibitoria nonnunquam ex conventione, ut ſi fundus veneat eo pacto, ut ſi diſplicuerit, inemptus fiat, ſi diſplicuerit, agetur redhibitoria, ex hoc edicto, *l. 4. hoc tit.* Quæ cum hanc venditionem dicit eſſe ſub conditione, recte addit Accurſius reſolutiva, nam venditio eſt pura, ſed ſub conditione reſolvitur, *l. 3. ff. de contrah. empt. & vendit.* Adijcit lex 4. eadem actione agi ex reticentia ob vitium fundi, ut ſi fundus fuerit peſtilens, id eſt, peſtibulas, vel herbam lætiferam habens, ſic habent conſtanter omnes libri ſcripti. Peſtibulas videtur vocare ſerpentes peſtiferos, vel herbas: nam ſerpentes, vel herbæ fundum peſtiferum reddunt, *l. etiam, D. de ædilit. edict.* Notandum eſt, quibus ex cauſis agi poteſt redhibitoria, ex empto etiam agi poſſe. Id oſtendit *lex ex empto, §. redhibitionem, de act. empt.* veluti ob morbum, aut vitium agetur ex empto: & ideo non tantum competit redhibitoria ex edicto Ædilium, ſed etiam redhibitoria ex jure civili, id eſt, ex empto ob morbum, & vitium latens, aut dictum. Item ob conventionem, *l. ſi convenit, ff. de reſcind. vendit.* Poteſt etiam actio ex empto eſſe æſtimatoria, *l. Julianus, D. de act. empti.* Et generaliter, qui poteſt conveniri redhibitoria, vel æſtimatoria ex edicto Ædilium curulium, ex eadem cauſa poteſt conveniri ex empto, *l. ſciendum, §. 1. D. de ædil. edict.* Ex eo quæritur quorſum ſint introductæ ædilitiæ actiones, cum ſufficiat actio ex empto: male ab interpretibus hoc explicatur: qui habet civilem actionem, fruſtra deſiderat honorariam, *l. 1. de Publiciana in rem act.* melior eſt civilis, quam honoraria, *l. 1. D. de Pub. in rem act. l. ſi creditori, ff. de legat. 1.* Actio ex empto eſt civilis, *l. 33. D. de ædil. edict.* Ædilitiæ actiones ſunt honorariæ, & hæ quidem ædilitiæ actiones dicuntur eſſe ex contractu, *l. 23. §. ſi ſervus, de ædil. edict.* Sicut actio ex empto eſt ex contractu; nuſquam tamen ædilitiæ actiones appellantur ex empto, ſed in factum, ut quæ dicitur actio redhibitoria in *l. 4. hoc tit.* In eadem ſpecie dicitur actio in factum, *l. 31. §. ſi quid ita, de ædil. edict.* Et actio ædilitia, quæ competit emptori ex edicto ædilium ad pretium repetendum poſt redhibitionem rei factam agnoſcenti, & volenti venditori ſine judice, ea actio, quæ eſt redhibitoria, in factum appellatur, *d. l. 31. §. in factum, hoc tit.* Datur etiam venditori hæc actio ad recipiendum quod venditioni rei acceſſit, ut ſi res ſit redhibita, non acceſſio rei, *d. l. 31. §. non reſtitui, d. l. 23. §. 1.* qua ex cauſa conſtat, venditori etiam dari actionem ex vendito, *d. l. 23. in princ.* Ergo emptori etiam ex eadem cauſa non tantum dabitur actio in factum, ſed etiam actio ex empto. Similiter, ſi venditor non præſtet cautionem ædilitiam, ex hoc edicto eſt actio redhibitoria, vel quanti intereſt, *l. 28. eod.* eſt etiam eo nomine actio ex empto, *l. 14. ſup. de act. emp.* Quid igitur opus fuit ædilitiis actionibus, aut quid diſtant ab actionibus empti? nam aut ſuperfluæ ſunt, aut diſtent neceſſe eſt. Præcipua differentia inter eas actiones eſt, quod ædilitiæ videntur eſſe pœnales, *d. l. 23. §. ſi ſervus, hoc tit.* Quia niſi pareatur arbitrio judicis (ſunt enim arbitrariæ) creſcunt in duplum, *l. 45. eodem tit.* & ita pœnam continent, & ob id ſunt temporales actiones: empti vero actiones ſunt perpetuæ, id eſt, 30. annor. *l. empti, inf. de evict.* Non eſt probanda differentia Accurſii inter actionem æſtimatoriam civilem, id eſt, ex empto, & æſtimatoriam ædilitiam, quaſi ſcilicet civilis ſit quanto minoris emiſſet, ædilitia quanto minoris valuiſſet. Nam ſeu dixeris *emiſſet*, ſeu *valuiſſet*, idem dixeris, ut noſtri auctores loquuntur promiſcue, ut indicat *l. Julianus, §. ſi ven. & §. ſeq. de act. emp.* Nunc illud notandum eſt, his omnib. actionib. locum eſſe ob vitia, quæ præceſſerunt emptionem, non ob ſequentia: ut ſi ſervus venditus ab emptore fugerit apud venditorem ex vetere vitio: nam ex recenti vitio venditor non tenetur, niſi nominatim promiſerit ſervum fugitivum non fore, *l. 3. hic, l. actioni, D. eod.* Igitur ſi ſervus emptus redierit ad venditorem, videndum eſt utrum veteri fugæ vitio, an recenti redierit: nam ſi veteri vitio, competit actio æſtimatoria, vel redhibitoria: ſi recenti, nulla competit actio, niſi adverſus dictum promiſſumve: emptori autem, qui agit ædilitiis actionibus, de fuga, ſanitate, furto, incumbit probatio prioris vitii, *l. 4. D. de probat.* Sic vulgo accipitur *l. ult. hic*, ut exhibere in ea re ſignificet probare, & docere. Quod approbarem ſi in alio loco verbum id ita ſumi mihi conſtaret: malo exhibere accipere proprie pro præſtare, & reſtituere, ut & Græci accipiunt: nam certum eſt, emptorem, qui agit redhibitoria ad pretium recipiendum, ſervum reddere debere, & exhibere, vel cavere de eo exhibendo, *§. ult. l. 21. de ædil. edict.* ut omnia in integrum reſtituantur ſi id agat, non æſtimatoria: male etiam in *d. l. ult.* Accurſius, dum lex ait, agentem de fuga, exhibere ſervum debere, & hoc jure eſſe cautum tam in provincialibus, quam in Barbaris ſervis, qui venditi ſunt cælato vitio fugæ. Barbaros dicit (barbari ſunt barbaræ gentis homines a nobis empti, non Romani) ſervos noſtros ab hoſtibus captos, *l. 2. ſup. de Eunuchis, & l. ult. de excuſat. tut. Cod. Theo.* Poſtremo illud ſciendum eſt, multum intereſſe utrum ſciens venditor, aut ſcire debens, an ignorans vendiderit fugitivum: nam ſi ſciens vendiderit, non tantum reddit pretium, ſed & omne damnum præſtat, ut ſi quid ſervus emptori per fugam abſtulit,

stulit, vel alios servos emptoris corrupit, *l. quæro, in princ. de ædil. edict. Paulus 2. Sententiarum, tit.* 17. Si ignorans fugitivum vendiderit, vel si simpliciter, id est, bona fide, non ideo quidem non tenetur redhibitoria ob ignorantiam, *l.* 1. §. *causa, D. eod.* Sed non præstabit omne damnum, & pretium reddet tantum. Argumentum est optimum, ab actionibus empti ad ædilitias actiones, id est, a civile jure ad edictum, *l.* 33. *de ædil. edict.* in actionibus empti illa distinctio adhibetur, *l. Julianus de act. emp.* Ergo etiam adhibenda in ædilitiis actionibus. Male Accursius *legem* 1. *hoc tit.* accipit de civilibus actionibus; cum ædilitiæ actiones patiantur eandem distinctionem, & titulus id arguit, qui non est de actionibus empti. Ait lex, isque fugitivus abest, id est, si servus fugit emptori: nam ut agat de fuga necesse est ut fugerit. Verum emptor eum reddere debet, & cavere de eo persequendo.

AD TITULUM LIX.

DE MONOPOLIIS, ET CONVENTU, &c.

SEnatusconsultis jam pridem interdicta Monopolia fuere. Plinius *lib.* 8. *cap.* 37. Svet. in Vitellio *cap.* 30. Utimur voce Græca, quia deest Latina, ut idem Svetonius in Tiberio *cap.* 71, scribit. Tiberium monopolium nominaturum postulasse veniam, quod sibi verbo peregrino utendum esset. Monopolium autem est, si quis undique collecto & coempto frumento in patria ad solus vendat, ut de quodam Joanne Zibo refert Procopius *lib.* 2. *de bello Persic.* Item si quis quamlibet speciem aliam, aut materiam collegerit omnem, eamque vendat solus, vel si a principe obtinuit, ut sibi soli liceret certæ cujusdam rei negotiationem exercere: utile quidem videtur esse civitatibus, ut liceat eis monopolium exercerere, ne pecunia egeant. *Arist.* 1. *Polit. cap.* 7. At privatis hoc interdicitur hac constitutione: & nominatim exprimitur, ne exerceant monopolium vestis cujusquam, vel piscis, vel pectinum. Græci interpretantur hoc loco *κτενὶς ἢ ἐχῖνα*. Echini sunt herinacei, quorum cute expoliuntur vestes. Plinius supra dicto loco, qui valde ad hac legem pertinet, *at*, inquit, *fraus ibi lucrum monopolio invenit magnum*. Additur etiam in hac quæstione, ne negotiatores inter se conjurent, & paciscantur, ne minoris merces, quam inter se statuerint distrahant, propositis summis pœnis. Adjicit etiam de artificibus, & ergolabis, id est, operum redemptoribus, & de balneatoribus, ne etiam inter se conjurent, & paciscantur, ut quod opus unus incipit, alius non absolvat. Improbantur etiam hæ pactiones utpote omnibus incommodæ, quod etiam Zeno repetit in constitutione Græca *de ædificiis privatis*.

AD TITULUM LX.

DE NUNDINIS, ET MERCATIBUS.

DE Nundinis hoc tantum notandum, nundinas Græcos vocare *ἀτελείας*, id est, vacationes, sicut nos galliferias. Et sane antiquitus nundinarum dies, erant dies feriati, ut rustici possent convenire vendendi, & mercandi causa; erant dies nefasti, ut scribit Festus, quibus non licebat agere apud prætorem, ne perturbarentur nundinatores. Id sublatum est postea lege Hortensia, ut scribit Macrobrius *lib.* 1. *Saturnalium, cap.* 16. Constitutione hujus tituli restituitur jus antiquum, ut scilicet non agatur cum eis, qui veniunt nundinandi causa, item ut ne quid ab eis exigatur pro locis, in quibus disponunt merces ob venditionem proponendam: quam ob rem olim exigebantur malo more siliquæ quædam, Cassiodorus 4. *va-*

A *riarum*, sed tolluntur hac constitut. Igitur, quod lex 1. *inf. de veter. lib.* 12. dat veteranis ne quid in nundinis præstent, hoc omnibus dat hæc constitutio. Et generaliter Imp. hic ait ne quid ex mercibus, aut venalitiis nundinatorum decerpatur, vel eorum quæstu. Habent *venalibus* omnes manuscripti, non venalitiis: quanquam utrumque idem est. Separat merces a venalibus, quia venales sunt servi, servi autem non sunt in merce: & venalitii etiam dicuntur mangones proprie, non mercatores, *l. mercis, ff. de verb. signific. l.* 1. §. 1. *ff. de tribut. act.* & ideo recte separat merces a venalibus: non est omittendum venalitios interdum dici mangones ipsos, *l. ult. de ædil. edic.* ex venalitio, inquit, Græci recte *παρὰ σωματεμπόρου*. Marcus Tullius pro Cornelio: multi venalitii mercatoresque superarunt. Sic Svetonius de claris Rhetoribus: *venalitii,*
B *quum Brundusii gregem venalium e navi educerent.*

AD TITULUM LXI.

DE VECTIGALIB. ET COMMISS.

IN hoc titulo vectigalia accipiuntur proprie ea, quæ mercatores, & venalitii, seu mangones fisco, aut Reipublicæ præstant pro subvectione mercium, aut venalium, *l.* 6. *&* 7. *hoc tit. l.* 23. *C. Theod. de navicul.* veluti portoria, & quæ a Justiniano appellantur *ἐξαγωγικά*, in edicto de Alexandrinis. Unde Strabo lib. 17. duo facit genera vectigalium,
C *εἰσαγώγικά* mercium, quæ importantur, & *ἐξαγωγικά* mercium, quæ exportantur: fiscus tamen immunis est ab his vectigalibus, etiamsi merces vehat, & generaliter omnes res, quæ ad fiscum deferuntur non pensitant in itinere vectigal, *l.* 5. *hoc tit. l. locatio, §. pen. D. de public.* Pro rebus etiam non promercalibus, quæ quis ducit usus sui causa, vectigalia non præstantur. Hoc onus est mercatorum, & negotiatorum, *l.* 5. *hoc tit.* & in veteri inscriptione urbis Romæ ita legitur. *Quidquid usurarium invehitur, ansarium non debet*: ansarium, & fovencularium sunt appellationes vectigalium urbis Romæ, ut in alia inscriptione urbis Romæ antiqua, *fovencularii, & ansarii promercalium*. At huic sententiæ obstat *l. ult. §. quotiens, & §. divus, de public.* Quæ lex ostendit vectigal etiam præstari pro ser-
D vis usus sui causa ductis. Nam ait eum incidere in pœnam commissi, qui invecta mancipia professus non fuerit apud publicanum, sive sint promercalia, seu usuaria, si tamen novitia sint, non veterana: nam pro veteranis usus sui causa ductis, vectigal non præstari lex significat: ut novitiorum vectigal præstari significat. Obstat ea lex superioribus, nisi dicamus pro novitiis servis, qui usus causa ducuntur, vectigal præstari, non pro veteranis, aut pro ceteris rebus. Addendum etiam superioribus, navicularios, qui sibi negotiantur, id est, qui non vehunt alienas merces, sed suas, vectigalia non præstare. Quod privilegium eorum corpori tuendo est datum, *l.* 6. *in fine, hoc tit.* quæ l. sumpta est ex duobus locis. Cujus duo postremi versus sunt ex *l.* 24. *C. Theod. de navic.* Reliqua verba sunt ex *l.* 3. *de immu. concess. Cod. Theod.*
E Ceteri omnes promercalium rerum, sive venalium vectigal præstant, & non valent rescripta immunitatem certis personis concedentia. Dico, ceteri omnes, seu sint milites, seu pagani, qui sibi negotiantur, *l.* 7. *hoc tit.* Quæ lex etiam hoc ostendit simul, & *l.* 8. vectigal promercalium fuisse octavam partem invectorum: quod diximus in *l.* 2. *sup. de eunuchis*. Legati etiam exterarum gentium missi ad Imperatorem Romanum vectigal præstant rerum, quas important, non etiam rerum, quas exportant ex constitutione Justiniani, *l.* 8. *hoc tit.* Vectigalia autem hæc plerunque fisco inferuntur, *l.* 6. *hoc t.* seu quod idem est, largitionalibus titulis, *l. pen. hoc ipso tit.* id est, thesauris sacris, seu ærario sacro, qui fiscus proprie dicitur. Ideo autem multæ hic sunt scriptæ constitutiones ad Comitem sacrarum largitionum, quia

fisco

fisco hæc vectigalia deferebantur, quædam tamen vectigalia pertinebant, ad rem privatam Principis, *l. ult. hoc tit.* Quædam vectigalia quibusdam civitatibus, & earum curiis ad onera sustinenda, & munera obeunda erant concessa, *l. 3. de compens. l. 10. hoc tit.* Quin etiam ex *l. ult. hic*, omnia vectigalia, exceptis illis, quæ ad rem propriam, privatamque principis pertinent, communicantur inter fiscum, & civitates, municipia, & curias, ita scilicet ut fiscus habeat duas partes, civitates tertiam partem. Itaque in locationibus vectigalium, fiscus locabit publicanis pro duabus partibus, civitas pro tertia parte separatim locationem faciet, ut etiam cavetur in ea l. ult. ejusmodi locationes fiebant olim a Censoribus: Inde lex Censoria, id est, lex locationis, quam Censor dixit locando publica, *l. in lege, D. de verb. significat.* Marcus Tullius de Provinciis consularibus, *an qui publico fungi non potuit?* & cet. Sic Plinius *lib. 33. cap. 4.* Et ex *d. l. in lege*, puto in *leg. Cæsar. D. de public.* quæ est ejusdem auctoris Alpheni pro Cæsar fuisse scriptum Censor. Hodie hujusmodi locationes fiunt a procuratoribus fisci, vel *ex l. 10.* ab administratoribus rerum ad civitatem pertinentium, pro portionibus cuilibet competentibus, & sub hasta, & addicuntur ei, qui plus obtulerit, *l. 4. hoc ipso tit. l. locatio, in princ. D. de public.* Olim fiebant in quinquennium: nam & censura erat quinquennalis: quod ostendit *Varro 4. de lingua latina, l. 3. §. cum quinquennium, D. de jurefisci.* Hodie hæ locationes fiunt in triennium ex *d. l. 4.* post triennium revocantur, & rursus fit licitatio, & mutantur publicani. Conductores vectigalium appellantur publicani, & telonæ, a publico, *l. fideicommiss. §. interdum, de legat. 3. l. 1. §. 1. l. 12. in fine, de publican.* Nam vectigalia sæpissime simpliciter dicuntur publica, & τέλη, quod sint perfectiones Imperiorum, & rerum publicarum, Zonaras in Can. 20. Clement. Τελῶναι sunt, inquit, qui publicorum vectigalium exactiones redimunt. Nam (ut & hoc tractemus) dicuntur illi publicani etiam redemptores, seu emptores, ut ait *lex veteres, D. de action. emp.* (quæ l. pertinet *ad titulum de publicanis*, ut inscriptio indicat) Veteres usi sunt promiscue appellationibus emptionis & venditionis, non quod acciperent venditionem pro emptione, vel contra, vel venditorem pro emptore, sed quod his appellationibus uterentur in locatione & conductione. Igitur utebantur promiscue, & in contractu emptionis, & in contractu locationis. Et hoc est quod dicit lex sequens *l. veteres*, quæ etiam pertinet ad *titulum de publican.* ut ostendit *l. 2. de publican.* in qua est eadem inscriptio, idem est, inquit lex, in locatione & conductione, quæ l. est interpretatio legis præcedentis. Id omnino confirmat Festus Pompejus: *venditiones*, inquit, *olim dicebantur Censorum locationes, quod veluti fructus public. locorum veniebant:* idem etiam explicat in verbo redemptores Hyginus 2. *de limit. constit. Mancipibus ementibus, id est, conducentibus in annos centenos:* nam publicani dicuntur etiam mancipes, ut *l. 11. hoc t.* Quod, ut Festus ait, manu sublata licitentur, & demonstrent se esse auctores redemptionis. In *l. 5. hoc tit.* Stationarios Græci enim interpretantur Τελώνας. Eandem interpretationem adhibent in *l. 6. inf. de dignit.* Verius tamen est, stationarios non esse publicanos, sed apparitores seu milites dispositos certis portis; quorum interventu a mercatoribus exiguntur vectigalia: nam habebant publicani ejusmodi homines, quorum manu exigebant vectigalia. Illud sciendum est, mercatores debere profiteri merces apud publicanos, id est, explicare mercium qualitatem, & edicere palam quales merces invehant, & pro eis vectigal solvere, id est, octavam mercium partem. Quod si professionem prætermiserint, & prætervecti fuerint omissa professione, vectigalia non solverint, non sunt conquirendi, sed ipsi se debent offerre mancipibus, & profiteri merces, & patietur eos manceps impune prætervehi. Igitur si professionem omiserint, merces fisco committuntur vel mancipibus, vel reipublicæ; necessaria est mercium professio, nec sufficit præstatio vectigalium, quia pleræque merces sunt illicitæ, ut satis diximus *sup. tit. quæ res venire possunt:* ut sales: nam salium monopolium fiscus exercet, *l. 11. hoc tit.* Quia igitur multæ sunt merces illicitæ, eas oportet profiteri, & publicanus eas scrutari potest an sint licitæ necne: merces illicitæ fisco committuntur, merces licitæ improfessæ etiam fisco committuntur. Varro 2. *de re rustica, cap. 1. ad publicanum profitentur, &c.* Significat etiam pecora inscripta fisco committi .i. quæ immituntur in pascua publica, non scripta, nec professa; merces autem licitæ professæ fisco non committuntur, etiamsi vectigal earum nondum sit solutum, sed vectigal exigitur, *l. ult. §. si quis profess. D. de public.* Ob vectigal non solutum commissum non fit, sive κλεπτοτελώνημα, quod scilicet commissum fiat sæpe ob suppressas merces evitandi vectigalis causa, vel quod subripiatur publicanis, ut *l. 8. §. ult. de publican.* A pœna commissi milites excipiuntur: nam ii ob professionem omissam non incidunt in commissum, si modo postea vectigal solvant, *l. 3. hoc ipso tit.* Idem datur pupillis, si modo vectigal solvant intra diem tricesimum, & errorem agnoscant, *l. Imperatores, §. ult. de public.* Subvenitur etiam ex causa minoribus, *l. si ex causa, §. pen. D. de minor.* Interdum etiam majores commisso liberantur, ob errorem justissimum, *l. ult. §. cum quidam, D. de public.* Notandum etiam hoc est, hanc quæstionem commissi finiri quinquennio, *l. 2. hoc tit.* Commissas merces ob omissam professionem fiscus post quinquennium non recte vindicat, interdum etiam ante quinquennium fiscus utiliter de commissio non agit, si res commissa non exstat, nec dolo malo supprimatur, *d. l. 2.* ut si servus commissus fisco bona fide sit manumissus ante litem commissi motam, *l. 1. hoc tit.* non revocabitur libertas, nec quæretur causa commissi re extincta: manumissio morti comparatur: ita est conjungenda l. 1. cum l. 2. Non est omittenda lex 9. in qua multa sunt corrupta: ea lex loquitur de vectigali Arabarchiæ, per Ægyptum, atque Augustaneam, lege *Augustanicam*, seu *Augustam vicum*. In eo nomine est etiam error in inscriptione *legis 34. C. Theodos. de decurionibus*, ubi est legendum, *ad præsidem Augustanicæ*. Diœcesis Ægypti habet sex provincias, ut docet Marianus in notitia: prima est Lybia superior, secunda inferior Lybia, tertia Thebais, quarta Arcadia, & duæ aliæ, quæ ponuntur in hac l. 9. Ægyptus, & Augustanica. Legendum etiam in l. 9. Alabarchiæ, non Arabarchiæ. Idem error est in 2. ad Atticum. Et in Satyra 1. Juvenalis, legendum Alabarches ut in Justiniani edicto 11. προεστῶτες ἀλαβαρχίων. Sic etiam Josephus *lib. 18.* meminit Alexandri cujusdam Alabarchæ, & libro 20. Hic igitur legendum, *Alabarchiæ*. Legendum etiam in *l. 9.* quo loco est *prohibitio nec sine præbitione*. Lex ait, ne animalia transducantur sine præbitione solita, id est, sine vectigalis soliti solutione, id est, sine vectigali Alabarchiæ, ne quid ex eo vectigali usurpetur. Ex quo apparet vectigal Alabarchiæ esse id, quod præstatur pro transductione pecorum, vel ceterarum rerum. Alaba est scriptura, seu atramentum, quo scribimus, ut ait Favorinus. Sic latine dicitur vectigalium scriptura, Græce ἄλαβα, & qui præest vectigali, magister scripturæ, seu Alabarches. Qua ratione Marcus Tullius, Antonium Alabarchem vocat in loco supradicto: quod multa vectigalia in Ægypto exegisset, essetque quasi præpositus vectigalium, non quod Arabiæ partem obtinuisset, ut vulgo existimatur.

AD TITULUM XLII.

VECTIGALIA NOVA INSTITUI NON POSSE.

LEGE Julia de ambitu tenentur qui nova vectigalia instituunt, *l. uni. D. ad leg. Jul. de amb.* lege Julia de vi publica tenentur qui nova vectigalia exigunt, *l. ult. D. ad leg. Jul.*

de vi

de vi publ. Nova vectigalia decreto Decurionum exigi non possunt, *l. 2. hoc tit.* nec præsidis auctoritate, vel procuratoris Cæsaris potestate, *l. vectigalia, D. de publican.* Solus princeps nova vectigalia imponere potest, *l. 1. & 3. hoc tit.* Quod exactum est illicite nomine vectigalis, id restituitur in duplum ex edicto de publicanis, cum qua actione concurrit actio furti, vel vi bonorum raptorum si per vim id fecerit publicanus, vel Aquiliæ, quæ actiones sunt strictæ: actio in factum ex edicto de calumniatoribus est arbitraria, quia non crescit in duplum nisi cum non paretur arbitrio judicis, exacta restitui jubentis, quæ actio hoc etiam habet proprium, ut ob factum servorum in dominos detur, detracta noxæ deditione, si servi non exhibeantur, *l. 1. §. ult. D. de public.* Quod in aliis actionibus locum non habet: nam aliæ actiones sunt noxales in dominos, factum servorum in dominos. Amplius etiam publicani, qui novum vectigal exegerunt, aut quid superexegerunt, in perpetuum damnantur exilium, *l. ult. hoc tit.* Et ut ait, alii in eorum locum substituuntur, facta licitatione sub conspectu præfecti prætorio, & addictione facta vectigalium, quæ *lex ultima* scripta est ad præfectum prætorio, nisi inscriptio mendosa est, in quo subsisto, cum lex dicat gravitati tuæ, quo modo loqui solent Imp. præsidibus, vel procuratoribus suis, non præfectis prætorio. Et sufficere videtur præsidis præsentia in hac licitatione. Et sic Græci hanc l. accipiunt de præside, non de præfecto prætorio, *ἐπ' ὄψεσι τῦ ἄρχοντος*, non *τῦ ἐπάρχου ἄρχοντας*, semper vocant præsides. Ad hanc legem addenda est *lex 8. D. de public.* Lex ait, commissi persecutionem in heredem mercatoris transire, & transmitti, ut si vivo mercatori merces sint commissæ, eo defuncto fiscus ab ejus herede merces commissas repetet, & eas persequetur rei vindicatione, quasi jam commissas, quod ostendit *lex 14. eod.* Subjicit postea *l. 8.* si unus ex pluribus heredibus mercatoris rem communem causa vectigalis surripuerit, ceteros non teneri, ceteris portionem non auferri: & eum solum, qui subripuerit fisco teneri: quærunt quid sit causa vectigalis subripere. Male: nam illa verba causa vectigalis aptanda sunt verbo præcedenti, non sequenti: præcedens verbum corruptum est: nam pro *rem communem*, legendum, *rem munem*, ut Florent. Pand. recte habent, ut rem immunem dicimus, ita & munem .i. vectigalibus obnoxiam, fisco commissam. Festus Pompejus: munis, id est, officiosus, unde e contrario immunis, id est, inofficiosus. Itaque sententia legis est: si rem munem, & fisco jam commissam causa vectigalis, unus ex heredibus subripuerit, cum illo solo fiscus aget, ceteri exonerabuntur. Græci corrupte etiam illo loco legunt, rem communem *τὸ κοινὸν κλεπτοτελωνῆσαι πρᾶγμα*: nam res non dicitur subripi, dum vectigal subripitur, sed vectigal ipsum, *κλεπτοτελώνημα*.

AD TITULUM LXIII.

DE COMMERCIIS, ET MERCATORIBUS.

LEX prima hujus tituli est accipienda de lustralis auri collatione, ut indicat *l. 5. Cod. Theod. de lustralis auri collatione*, quæ collatio 4. quoque anno præstatur, id est, singulo lustro, & est onus negotiatorum, & mercatorum, & ob id dicitur aurum negotiat. & mercatorum, & a Lampridio in Alex. dicitur etiam *χρυσάργυρον aurum argentum*. Ita appellatur ab Evagrio, & Zonara in Anastasio, qui etiam narrat Anastasium sustulisse *χρυσάργυρον*: Anastasii duæ leges desiderantur lib. 11. Cod. tit. 1. qui est *de lustralis auri collatione*. Secundus titulus est *de navicul.* constituitur etiam in hac l. 1. ut negotiatores, qui pertinent ad domum principis, veluti conductores divinarum ædium, & hominum potentiorum, ut etiam hanc functionem aurariam agnoscant. Pertinebat etiam ad hanc collationem

A *l. 1. sup. de Episcop. audient.* Sed ea lex a Triboniano ita est composita, & concinnata, ut non possit nunc referri ad aurariam negotiatorum functionem, & hoc tantum dicat simpliciter, Christianos, scilicet, Episcopos, curare debere, & cavere, ne negotiatores in mercando modum excedant, etiamsi illi negotiatores pertineant ad domum principis, veluti si sint conductores ædium divinarum, & sacrarum. Quidam male accipit hanc legem de certis quibusdam negotiatoribus præpositis a principe, veluti sali vendendo, cum ea lex generaliter loquatur de quibusdam. Et quod ait, *si ad domum principis pertineat*, auget, id est, etsi, ut hac *l. 1.* ostenditur. Si rebus quibusdam principis præsit, ad eum hoc casu id pertinet.

Ad L. II. Non solum Barbaris *aurum minime præbeatur,*
B *sed (etiam) si apud eos inventum fuerit, subtili auferatur ingenio. Sed si ulterius aurum pro mancipiis, vel quibuscunque speciebus ad Barbaricum fuerit translatum a mercatoribus, non jam damnis, sed suppliciis subjungentur. Et si judex repertum non vindicat: tegere ut conscius criminosa festinat.*

LEx secunda constituit, ne a negotiatoribus, qui a barbaris, id est, hostibus, & exteris, veluti Persis emunt mancipia, vel alias species, aurum Barbaris præbeatur: ut pretia rerum solvant in argento, vel in ære, non in auro, ne transferatur aurum ad solum Barbaricum, ne etiam equi militares, de equis est *l. officium, §. 1. inf. de re militari.*

C Ad L.III. Nobiliores natalibus, *& honorum luce conspicuos, & patrimonio ditiores, pernitiosum urbibus mercimonium exercere prohibemus, ut inter plebejos, & negotiatores facilius sit emendi vendendique commercium.*

HÆc lex tertia constituit, nobiliores natalibus, & honoratos, & ditiores patrimonio, id est, possessionibus, & prædiis non posse negotiationem exercere, non quod omnino mercatura res omnino vilis sit, maxime si copiosa, sed quod plebi non tam facile sit cum ditioribus commercium, quam cum tenuioribus, & solitis negotiatoribus. Id igitur constituitur in plebis gratiam, ut sint faciliora commercia. Itaque distinguendi sunt negotiatores ab his, qui patrimonio ditiores, vel honoribus clariores sunt: itemque a militibus: nam negotia-
D tores dignitatem, vel militiam consequi non possunt, exceptis argentariis, *l. 1. inf. negotiat. ne milit.* Sidonius Apollin. epistol. 1. dum ostendit rerum omnium vices perturbari, inquit, *negotiatores militant, milites negotiantur*. Eadem lex 1. adjicit ut milites, qui negotiantur, militia priventur. Ex constitutione Francisci primi regis milites negotiantes, militiæ privilegium amittunt: beneficio tamen principis militare licet & negotiari, *l. 1. sup. in quib. caus. milites fori præscript. uti non poss.* si modo in ea legatur, *mercandi, & militandi.*

Ad L.IV. Mercatores tam imperio nostro, *quam Persarum regi subjectos, ultra ea loca, in quibus fœderis tempore cum memorata natione nobis convenit, nundinas exer-*
E *cere minime oportet, ne alieni regni (quod non convenit) scrutentur arcana. Nullus igitur post hac imperio nostro subjectus, ultra Nisibin, Callinicum, & Artaxatan emendi seu vendendi species causa proficisci audeat. Nec præter memoratas civitates cum Persa merces existimet commutandas, &c.*

LEx quarta præscribit Romanis, & Barbaris .i. Persis, cum quibus eo tempore res erat Romanis, certos fines, & certas civitates, ultra quas eis non liceat invicem emere quid aut vendere, alioqui merces, & earum pretium fisco committuntur: ut de sale constitutum est in *l. 11. sup. de vectig.* Et Romani negotiatores, qui hos fines sunt transgressi in perpetuum exilium damnantur,

l. 4. hoc tit. & l. ult. hic. In qua l. quod additur de comite commerciorum exposuimus *sup. in tit. quæ res venire non possunt*. Excipiuntur autem l. 4. legati Persarum, & eorum comites, quibus licet negotiari ultra hos fines, ita tamen ut pro rebus, quas comparant, vectigal præstetur, *l. a legatis, sup. de vectigalib.* nominat lex 4. tres urbes, Nisibin, quam constat Jovianum reddidisse Persis, Callinicum, de qua Procopius in secunda parte de ædificiis Justiniani, & Artaxatam civitatem Armeniæ, ut Stephanus dicit, & narrat in illis civitatibus, a Theodosio Imp. ictum fuisse fœdus cum Persis. Scripta est constitutio ad Anthemium præfectum prætorio, qui etiam eo tempore cunctam rempubl. administrabat, ut scribit *Socrat. lib. 7. in principio.*

Ad L. pen. Cessante omni ambitione, *omni licentia* 563. *collegiatorum numerus maneat, nullique his addendi, mutandive, vel in defuncti locum substituendi pateat copia, ita ut judicio tuæ sedis, sub ipsorum præsentia corporatorum, in eorum locum, quos humani subtraxerint casus, ex eodem, quo illi fuerant, corpore subrogentur, nulli alii corporatorum præter dictum numerum per patrocinia immunitate concessa.*

Conjunge legem penultimam cum *l. 4. sup. de sacrosanct. Eccles.* cujus inscriptio ex hac l. restituenda est: l. illa 4. definit numerum decanorum in urbe Constantinopolitana, ut sint 950. Decani deputati Ecclesiæ majori Constantinopoleos, qui dicuntur etiam lecticarii, & copiatæ, & vespillones, *Nov. 43. & 59. l. si qua, sup. de Episc. & cleric. l. 15. C. Theodos. eod. tit. l. 1. C. Theod. de lustralis auri collat.* Ita definiuntur ab Epiphanio in fine libri tertii adversus hæreses, οἱ τὰ σώματα περιστέλλοντες τῶν κοιμωμένων, id est, *qui dormientium corpora humant*. Humabant enim ex constitutione Constantini, ex qua hi vespillones sumebantur ex diversis negotiatorum corporibus. Eis etiam deputatæ erant certæ officinæ & Ecclesiæ, cui erant deputati: & illæ officinæ erant immunes ab omnibus aliis oneribus, itemque ipsi decani officinatores. Postea earum tabernarum numerum auxit Anastasius, ut essent 1100. numero, quarum vectigal tantum ad Ecclesiam veniret, & impenderetur exequiis defunctorum, *ex Nov. 43. & ex Novella Leonis* 12. Id etiam hodie manet Constantinopoli. Hæc autem lex penultima præscribit numerum collegiatorum, qui etiam dicuntur συστηματικοί. Collegiati sunt hoc loco, ut est scriptum in antiqua descriptione Constantinopoleos, qui ex diversis corporibus constituti solerent incendiorum casibus subvenire. Ideo in epistola Symmachi ad Valentinianum hos puto significari, dum per alios fortuita arcentur incendia. Hi sumebantur, ut diximus, ex diversis corporibus, id est, ex diversis partibus provinciarum, ut indicat lex pen. quæ præscribit, ut sint quingenti sexaginta sex. Et ut in defunctorum locum alii substituantur, qui sint ex eodem corpore, quo defuncti fuerunt: id etiam significat *lex 1. inf. de colleg.* dum ait, eos eligi debere privatim judicio cujusque corporis: nam hi etiam erant immunes ob operam, quam Reipublicæ præstabant ad arcenda incendia, & erant ex negotiatorum corporibus, ut lex pen. indicat, immunes tamen intra eum numerum, ut indicat græca interpretatio. Alias etiam operas præstabant reipublicæ pro ratione imminentis necessitatis, ut Nov. Majoriani *de curialibus*, ostendit collegiatos aliarum civitatum pro curialium dispositione alternis vicibus operas præstare, & sibi invicem succedere mutuis operis.

AD TITULUM LXIV.

DE RERUM PERMUTATIONE, ET PRÆSCRIPTIS VERBIS ACTIONE.

POST tractatum *de empt. & vendit.* datur hic titulus *de rerum permutatione*, quæ vicina est emptioni & venditioni, *l. 2. hoc tit.* Deinde datur titulus de *locato & conducto*, qui etiam A affinis emptioni venditioni, *l. 2. D. de loc.* Ad extremum datur titulus *de emphyteusi*, quæ est etiam proxima locationi conductioni, vel emptioni venditioni, *§. adeo, Institut. loc.* Hic titulus est etiam de actione præscriptis verbis, non tamen de omni actione præscriptis verbis, sed de ea tantum, quæ ex permutatione competit, non de æstimatoria, vel actione præscriptis verbis, quæ datur ex negotio do ut facias, vel facio ut facias; de quibus tractatur *D. tit. de præscript. verb.* Hic igitur titulus est tantum de actione præscriptis verbis, quæ datur ex permutatione. Differentia autem inter permutationem & emptionem hæc est, quod emptio fit pretio, permutatio rebus, *l. pen. hoc tit.* quæ ait emptionem rebus non fieri pridem placuit. Nam olim hac de re fuit inter Proculianos & Sabi- B nianos disputatio. Sed obtinuit sententia Proculianorum separantium permutationem ab emptione, *l. 1. D. de contrah. empt. & vend.* Item emptio ex nudo consensu initium obligationi præbet, quia hic contractus suo proprio & legitimo signatus est nomine, & ideo ex nudo consensu parit actionem ex empto & vendito. Permutatio autem non ex nudo consensu, sed ex re tradita initium obligationi præbet, quia hujus contractus nomen legitimum non est, *l. 1. §. item empt. D. de rer. permut. l. 3. hoc tit.* Permutatio igitur est contractus innominatus, & idem prorsus quod species, quæ dicitur do ut des, quod confirmat aperte *l. naturalis, §. 1. D. de præsc. verb.* Nam tractans Jurisconsultus de articulo do ut des, & dicens emptionem non esse, ait, quia non placet rerum permutationem esse emptionem. Ita- C que male Accurs. putat, eo differre permutationem do ut des, quo speciem a genere: & articulum do ut des, multo plura continere: hoc est falsum, quia omnes species hujus tituli sunt permutationum species, ut titulus indicio est. Hoc si verum est, falsa est Accursii traditio: nam variæ species dantur, ut frumenti cum oleo permutatio, vel fundi cum fundo, vel fundi cum præstatione annua, vel menstrua, quam postremam speciem negat Accurs. esse permutationem: titulus arguit esse permutationem: igitur cum utrinque intervenit datio, permutatio est. Igitur si convenerit inter nos nudo pacto, ut vestes invicem permutemus, nuda pactio est, ex qua obligatio non nascitur, vel actio. Si pacto subdatur stipulatio, tunc nascitur actio ex stipulatu: si sequatur traditio, ut si vestem meam D tradidero, etiamsi nondum tuam tradideris, tunc est contractus permutationis, quia res non constitit sine pacti nudi, sed ego jam cœpi dare, ex eo contractu est actio præscriptis verbis, sive in factum. Competit etiam condictio ob rem dati. Præscriptis verbis actio datur in id quod interest vicissim mihi dari, quod convenit ab eo, qui jam a me accepit rem meam, *l. 4. 6. & ult. hoc tit.* Condictio autem ob rem dati mihi datur si maluero rem, quam dedi, repetere, nec velim reposcere quod vicissim mihi debetur, *l. 5. & pen. hoc tit.* In lege quinta est legendum, ut Haloander, *condictionis ratione*: non *conditionis ratione*: nam & condictio a Græcis dicitur λόγος κονδικτίκιος, sic dicimus exceptionis ratione, id est, jure, in *l. hereditas, D. de pet. hered.* ut scriptum est in Pandect. Florent. hoc mo- E do, *ratione doli exceptione*, legendum, *doli exceptionis ratione*, ut in *l. unum ex familia, §. sed si uno, & l. peto, §. ult. D. de leg. 2.* Ergo duplex est actio: ego, qui cœpi dare, eligam qua uti malim, nimirum condictione ob rem dati re non secuta, vel præscriptis verbis actione, ut si ego dedi, tu non dederis: idem est si ex utraque parte impleta sit permutatio, ut si ego tibi rem meam dedi, tu mihi tuam, & mihi evincatur res, quam dedisti, hoc casu agam de evictione actione præscriptis verbis, vel condicam rem, quam dedi, prout elegero, *l. 1. h. t. l. 1. §. unde videtur, D. eod. l. si permutationis, inf. de evict.* Interdum competit tantum actio præscriptis verbis ex permutatione, non condictio ob rem dati, re non secuta, ut in hac specie proposita in *l. 1. hoc tit.* Si cum venalem

nalem fundum haberem, de certo pretio inter nos non A fit constitutum, sed tu pretii nomine, licet incerti, alium fundum mihi dederis, non est emptio, quia non est certum pretium, nec intervenerunt nummi, aut conventio de certo pretio, sed est permutatio, ex qua competit actio præscriptis verbis, vel ut ait lex 1. actio ad exemplum & instar actionis ex empto, id est, actio in factum præscriptis verbis: Nam omnes actiones præscriptis verbis sunt ad exemplum civilium actionum vel ex empto, vel locato, vel mandato, vel ex aliis hujusmodi. Igitur ex ea est actio præscriptis verbis in id quod interest, si fundus mihi datus evincatur. Condictio ob rem dati re non secuta in hac specie non competit, quia hoc negotium est similius emptioni, quam ullum aliud genus permutationis, quia rem venalem habui, & aliam rem pretii licet incerti no- B mine accepi. Ideo id videtur actum, ut non repetatur res, ut non resolvatur quasi venditio hæc ob evictionem, ut non condicatur datum, quia hoc non solet fieri in emptione & venditione, sed id agi videtur, ut agatur tantum de evictione. Itaque evicto mihi fundo dato, est de evictione actio præscriptis verbis, non condictio ob rem dati re non secuta. Interdum etiam est condictio tantum ob rem dati, non præscriptis verbis, quoties scilicet imperfecta est permutatio, ut si cum convenisset inter nos, ut res nostras invicem permutaremus, ego rem dedi alienam, quæ videbatur mea, tu nil dum tradidisti: imperfecta est permutatio, perinde ac si nihil dedissem, quia rem alienam dedi. Et hoc est, quod Pedius dicebat, rem alienam dantem nullam contrahere permutationem: si C nulla est permutatio re aliena data, nulla etiam erit actio præscriptis verbis ex permutatione, sed tantum erit condictio ob rem dati .i. datæ possessionis rei alienæ, atque ita proponitur in *l.1.§.ult. ff.de rer.permut.* Negat esse præscriptis verbis actionem. Et Accursius male accipit non, pro non tantum, quia cum dixerit nullam esse permutationem re aliena data, consequens est etiam nullam esse actionem præscriptis verbis, sed est condictio dati, quia hæc condictio non est ex contractu, sed ex bono & æquo, *l. in summa, D. de condict. indeb.* Est autem æquum & bonum, ut rei alienæ possessionem, quam tibi dedi, mihi reddas re non secuta. Sic in specie *l.ult. D.de condict. caus.dat. caus. non sec.* est tantum condictio ob rem dati, non actio præscriptis verbis, cujus hæc est species: Dedi tibi pecu- D niam, ut mihi Stichum dares: non emptio, quia in emptione res debet tradi, non dari, *l.ex empto, D.de act. empt. l.1. D.de rer. permut.* Non est etiam permutatio, quia permutatio fit sine pretio. Igitur si Stichum non das, & dederim pecuniam, nec mihi competit actio ex empto, nec præscriptis verbis. Sed quia æquum est, ut pecunia mea, quæ ad te sine causa pervenit, mihi reddatur, condictio datæ pecuniæ ob rem, re non secuta, competit. Et hæc quidem sola ex æquo & bono, & nulla alia, ut ait *l.ult.* oblig. constituitur, quam hæc ex bono & æquo. In aliis omnibus permutatio est similis emptioni, utraque est bonæ fidei, *l.2. h. t.* In utraque locus est ædilitiis actionibus, de sanitate, de fuga, de furtis, *l.2. D.de rer.permut. l.sciendum, §.pen. D.de ædilit. edict.* In utraque præstatur evictio, diver- E sis tamen actionibus: & ut veteres promiscue utebantur emptionis & venditionis verbo, etiam in locatione & conductione: nam conductorem vocabant emptorem, locatorem venditorem, mancipem emptorem: ita in permutatione utebantur verbis emendi & vendendi, *l.1. D.de rer. permut.* ut Homerus πρίατο, id est, *emebat*. Plinius *lib.33.cap.1. Alios*, inquit, *coriis bovum, alios ferro, captivisque rebus emptitasse*. Veteres libri habent *mutasse*: veteres capiebant emere pro accipere & sumere, ut Festus ait.

AD TITULUM LXV.

DE LOCATO, ET CONDUCTO.

QUOD primum hoc tit. proponitur est de locatione horreorum. Locator horreorum custodiam omnimodo præstat, rerum scilicet in horreis depositarum: Nam rebus furto ablatis, locator conductori, sive horreario tenetur: levissimam enim culpam præstat, *l.qui mercedem, D.eod. tit.* Horreis autem effractis, & expilatis, locator custodiam non præstat, neque tenetur horreario, id est, conductori horreorum, nisi specialiter custodiam repromiserit, ac receperit. De servis tamen custodiæ horreorum præpositis quæstio haberi potest propter notitiam ædificiorum: Itaque dominus eos debet exhibere torquendos, sive puniendos, *l.dominus, D.eod. l.4. h.t.* Nam effractis ædibus, vel horreis interdum custodes puniuntur. Effractores quidem puniuntur in urbe a præfecto vigilum, *l.3. §. effracturæ, de offic. præf.vigil.* Verum cum res exigit majorem animadversionem, a præfecto vigilum veniunt ad præfectum urbi, & ita in eo §.scribitur Antoninum rescripsisse Erutio Claro, qui fuit præfectus urbi. Gellius *lib.13.c.16.* Nam præfectus vigilum merum imperium non habuit, *d.l.3. §.1.& l.ult. eod.* Sic in provinciis cum res exigebat majorem animadversionem, noxii remittebantur a præside provinciæ ad præfectum Prætorio, *l.4.* Ex qua colligitur præsidem provinciæ majorem animadversionem non habuisse, nec in omnibus casibus animadvertendi, aut coercendi jus illi fuisse. Sicuti ex *l.si quid erit, de officio Proconf.* dum dicitur de re exigente majorem animadversionem, legatum Proconsulis remittere ad Proconsulem, ex eo colligitur, legatum non habere majorem animadversionem, sive merum imperium, vel non in omnes. Eodem pertinet *lex 2. de officio rect.provin.* Verum locator horreorum damnum effracturæ non præstat, nisi custodiam nominatim receperit, diligentissima custodia effracturam cavere potuit. Vim etiam majorem, & divinam, sive iram divinam, quæ ex cœlo venit, multo minus præstat, etsi custodiam repromiserit, quia adversus illam custodia nihil potuit, *l.si ex res, D.de act. empt.* nisi nominatim casum fortuitum repromiserit. Fortuitus casus est, cui non potest resisti, qui præcaveri non potest, ut incendium, procella, impressio hostium, tempestas: furtum non est casus fortuitus, item neque effractura horreorum: similiter in vino acor, mucor non sunt casus fortuiti. Idem servatur in deposito interveniente mercede: Nam hoc negotium cum quis res alienas suscepit custodiendas, alias est locatio & conductio: Depositum est si non merces intervenerit, sed honor duntaxat, & officium sine remuneratione. Locatio est & conductio, si interveniat merces annua pro custodia: hujus mercedis variæ sunt appellationes: Nam interdum merces dicitur, aliquando pretium, reditus, redactus, canon, pensio, vectigal, emphyteuma, μίσθωμα, ἐνοίκιον, in Novell. Sive autem sit depositum, sive locatio, locator, vel depositarius periculum custodiæ præstat, sed non omne: Nam effracturam non præstat, nisi convenerit, quia ea proxime accedit ad casum majorem, *l.cum in plures, §.ult. D.h.tit.* Cujus §. species hæc est: Horrearius, sive conductor horrea alii locavit, quod est ablocare, idque licet, nisi aliud convenerit, *l.6. hoc tit.* Igitur conductor horreorum horrea alii ablocavit, & custodiam recepit. Hanc ipse præstabit conductori suo, non locator horreario: & ideo effractis horreis, horrearius conductori suo tenebitur, qui locus est singularis: primus locator, nisi ex conventione non tenetur, nec effracturam etiam præstat. Secundo hoc titulo proponitur, locationem conductionem esse contractum bonæ fidei, & ideo in actio-

actionem ex conducto venire mercedem, & usuras ex mora, sicut in ceteris bonæ fidei judiciis, *l.2. h.t.* Adde & in actionem ex locato venire usuras ex mora: Nam merces petitur alias ex locato actione, alias actione ex conducto, & e diverso, res, sive usus rei alias petitur actione ex locato, alias ex conducto: & in eam venit id quod interest, non usura: At in eam actionem, qua merces petitur, sive sit ex locato, sive ex conducto usuræ veniunt ex mora: actione ex conducto petitur merces, si faber domum exstruendam acceperit: conductor enim appellatur, actione ex locato petitur merces, si quis domum suam habitandam locaverit, tunc enim qui mercedem accepit locator appellatur: ergo ob mercedem non solutam usuræ currunt ex mora. Quæritur autem si hoc malit locator, ob non solutam mercedem ædium conductarum, ædium conductorem an possit expellere? & lex 3. significat posse expellere, & ejicere. Id comprobat *l.10. §.ult. D.de publican.* exspectandum est biennium, ut possit expelli conductor, *l.quæro, §.inter, l.cum domini, ff.eod. §.inter* species hæc est. Convenit inter locatorem & conductorem, ne conductor ejiceretur intra tempora locationis: hæc conventio ita accipienda est, si modo solvat pensiones: quod si biennio cessaverit, non obstante conditione poterit expelli: illa definitio biennii est vulgaris, lege quadam introducta: & ideo sive illa pactio intervenit, sive non, conductoris ejectio non est ante biennium, post biennii cessationem ejicitur conductor. Quinimo, ut ait *dict. lex cum domini*, res ejus, & vasa omnia describi possunt a publicis personis, locatore id desiderante. In ejusmodi igitur re semper biennii tempus exspectari debet. Emphyteuticarius exspectatur triennium antequam commisso sit locus, *l.2. tit.seq.* quia est quasi dominus. Imo in causa fisci, id est fundo fiscali dato in emphyteusim commisso non est locus, *l.4. inf. de fund.patr. l.2. de fun. rei priv.* Moribus nostris non aufertur res in emphyteusim locata, etiam postquam triennio annuum canonem non intulit, nisi ex condemnatione & sententia judicis. Conductor etiam ob alias causas exigi potest, quamvis pensionibus pareat, veluti si locator ædium, idemque dominus probaverit domum suam propriis usibus esse necessariam, ac se hospitio carere, quo jure utimur *d.l.3.* Tunc debet conductor domino locum cedere. Item si velit dominus domum corrigere ἐπισκευάσαι, id est, *instaurare*, aut *reficere*: verum facta refectione, rursus conductori habitare licebit: attamen interea debet cedere: Nam si inquilinus dominum ædes reficere volentem prohibeat, domino competet interdictum uti possidetis adversus inquilinum, quia videtur ita inquilinus domino possessionis suæ controversiam facere, eumque sua possessione intervertere, *l.si duo, §.cum inquilinus, D.uti possidet.* Præterea expelli potest conductor, si male utatur re conducta, si fundum non colat uti oportet, *dict. l.3. & d.§.inter*. Qua de re est etiam epistola Symmachi *69. lib.4.* Ex qua apparet verum esse quod tradit Accursius, non tantum inquilinum, qui re locata abutitur repelli, sed etiam damni ratione eum teneri ex locato. Idem Accurs. ad quæstionem quo tempore pensionem solvi oporteat, recte respondet, inspiciendum esse quod actum est: vel si id non appareat, morem regionis. Olim Calendæ Juliæ erant solemnes pendendo ædium locatarum reditu, *l. qui balneum, D.qui pot.in pig.hab.* vel Martiæ, *l.defuncta, ff.de usufr.* Macrob. *l.1.c.12.* Proxima quæstio est, an emptor ejicere conductorem possit? & constat posse; nec enim cogitur stare locationi ab alio factæ. Verum conductori tenetur venditor in id quod interest, sicut si locator conductorem ejiceret sine causa, esset actio ex conducto, vel ex stipulatu pœnæ nomine, *l.15. h.t.* hoc ita nisi venditor, idemque locator habitationem excepit. Quo casu est actio ex vendito secundum legem pacti, ut emptor sinat inquilinum habitare, & non repellat, *l.9. h.t. l.si merces, §.1. & l.qui fundum, D.eod. l.Julianus, §.ult.de action.emp.* Alia exceptio est: nisi fiscus vendiderit domum suam, quam locaverat: Nam emptor stabit locationi, & percipiet pensiones. Id favore fisci nove introductum est, *l.ult. de jure fisci*: *nove*, ait lex, ut exoneretur fiscus, ne teneatur conductori. Quod dixi de emptore, locum etiam habet in legatario: nam hic potest expellere conductorem, conductor vero habet regressum adversus heredem, *l.nihil proponi, in fine, de leg.1.* Idem servatur in fructuario, cui cessus est ususfructus fundi, *l.arbores, §.1. de usufr.* Hi possunt expellere conductorem jure dominii, quia ipsi non locaverunt, nec auctoribus locationis stare coguntur. At emphyteuticarium expellere non possunt, quia quasi dominus est, & rei vindicationem habet. Ita recte Accursius in *l.9.* sed neque conductorem habentem jus specialis hypothecæ, id est, cui domus conducta obligata est pignoris specialiter nomine condictionis. Ita recte Bartolus in *d.l.9.* & hoc jure utimur, quia hic etiam vindicationem habet jure hypothecæ, sicut alter jure emphyteuseos: at conductor, qui non habet jus hypothecæ expelletur. Conductor autem expulsus ab emptore non habet interdictum unde vi, cum non possideat: sicut nec si expellatur a domino, vel ex causa, vel sine causa. Eadem ratione etiam interdictum unde vi non habet, sed actionem ex conducto in id quod interest: quinimo ipse conductor tenetur interdicto unde vi, puta, si emptorem jubente domino euntem in possessionem fundi empti vi repellat, quia videtur ipsum locatorem possessione pellere, & eam sibi vindicare, quam non habebat: nam conductio neque jus dominii, neque jus possessionis tribuit, *l.colonus, D.de vi, & vi armata.*

Ad L.V. Certi juris est, *ea, quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis, vel illatis scientia domini. Nam ea quoque pignoris jure tenentur.*
Et ad LL. VI. VII. VIII. IX. XIII. & XIV.

PRoponitur differentia inter inquilinum & colonum. Inquilinus est conductor prædii urbani, colonus conductor prædii rustici: invecta & illata ab inquilino tacite sunt pignori obligata pro pensione. Olim ea nominatim solebant obligari, hodie id habetur pro expresso. Est igitur tacitum pignus. Invecta autem a colono in fundum conductum non sunt tacite obligata, sed ibi nata tantum, id est, fructus fundi: Quoniam hæc duntaxat solebant olim obligari pro pensione, & ideo in eis constitit tacitum pignus, non in vasis, *l.si servus, §.locavi, D.de furtis.* Non potest autem locator pignoris taciti obligationem exequi, nisi post biennii cessationem, sicut nec conductorem ejicere: quod proponitur aperte in *l.cum domini, ff.eod.* & significat Martialis *l.12.* Ait pensione pro bima, quia non est pignorum retentio, nisi ex biennii cessatione: post biennium locator retinere potest vasa omnia, sarcinas, frivola, mancipia, & præcludere ædes, ne quid deportetur, *l. pen. D.in quib. caus. pig. tac. contr.* Usuræ tamen statim currunt ex prima cessatione, non observato biennio, *l. 2. & 17. h. t.* Illam autem differentiam inter colonum & inquilinum probat *l.3. & ult. inf.in quibus causis pign. vel hyp. tac.contr. & l.4. 6. & 7. ff.eod.tit. l.4. in princip. ff.de pact. l.5. & 6. hoc ipso tit.* Nam in ea *l.5.* voluntas & scientia est accipienda pro conventione, ut in *l.5. in quibus caus.pign.vel hyp.tacite contrah.* Ait igitur *lex 5.* invecta a colono in fundum conductum, tacite non esse pignori obligata, nisi invecta sint voluntate domini, ea scilicet pactione, ut pignori essent pro mercede. Non sunt ergo pignori, nisi ex conventione expressa, *§.interdict. de interdict. Instit. l.5. C. in quibus caus.pign. vel hyp. tac.cont.* At invecta ab inquilino in ædes conductas sunt pignori, etiam sine voluntate domini, id est, tacito jure: & non tantum invecta ab inquilino, sed etiam invecta ab eis, quibus inquilinus postea cenacula domus ablocavit, *l.solutum, §.solutam, de pig. act.* Non

tamen

tamen invecta ab eis, quibus inquilinus gratuitam habitationem præstitit, *l. 5. D. in quibus caus. pign. vel hyp. tac. contr. in §. solutam*, vilia vasa inquilinorum vocat frivola, ut Sidonius Apollinaris VII. ep. ea retinentur pro mercede ædium locatarum. His addenda est alia differentia inter colonum & inquilinum. Primum statuendum est, quod quemadmodum locator non potest jure expellere conductorem sine causa, ita conductor non potest temere discedere intra tempus conductionis, post tempus conductionis invitus non retinetur, *l. 2. hoc tit. l. locato, §. 1. de publican.* Verum solent publicani retineri post tempus conductionis, licet hic mos inhumanus sit, si maximos fructus ex conductione vectigalium perceperint, & finito tempore tantundem locari non possint, ea prioribus pensionibus coguntur suscipere, *l. cotem, §. ult. eod.* & ita in specie *l. 7. hoc t.* publicanus, qui conduxerat octavarii vectigal in quinquennium, hodie conducitur in triennium, *l. 4. de vectigal. & commiss.* post quinquennium retentus est: Verum qui pro eo prioris quinquennii nomine fidejusserunt, sequentis temporis non tenentur, ipse cogitur reconducere, fidejussores sequentis temporis nomine non tenentur, *l. 16. hoc t. & l. 3. §. cum quinquennium, D. de jure fisci*. Impleto etiam tempore conductionis cujuslibet, si conductor sua sponte in eadem locatione permaneat locatore non abnuente, aut non contradicente, id est, si uterque taceat, tacite videtur renovata locatio, tacite videtur reconduxisse eisdem pensionibus, & pignoribus, *l. 16. hoc tit. l. item quæritur, §. qui impleto, & l. seq. D. eod.* sed non eisdem fidejussoribus: & fidejussores igitur temporis quidem præteriti nomine tenebuntur, at sequentis temporis nomine non tenebuntur. Itaque non videtur rem conduxisse eisdem fidejussoribus: non videtur etiam reconduxisse in idem tempus, ut si prius conduxerit in quinquennium, sed in annum tantum, & si post annum rursus taceant locator & conductor, in alium annum videtur reconduxisse, & sic deinceps. Quod servatur in rusticis prædiis tantum, quorum fructus annui sunt: Aliud est in ædibus, nam ex taciturnitate illa non videtur reconduxisse in annum, sed prout habitaverit, ita etiam obligabitur, *l. item quæritur, §. ult.* Et hæc est alia differentia inter colonum & inquilinum, & sic etiam ab initio, si fiat locatio prædii rustici non adjecto tempore, facta esse videtur in annum. At locatio prædii urbani facta sine tempore, facta videtur prout habitaverit inquilinus. Addenda est hæc quæstio, an vis major cœli pertineat ad onus conductoris, quæ tractatur in *l.* 8. ut si quæ calamitas sive grando disperdat fructus omnes, an ejus anni pensiones debeat colonus? Placet non teneri, *l. si merces, §. vis major, D. loca.* Ait lex, vis major, quam θεῦ βίαν vocant, non esse in damno coloni, id est, exonerari præstatione pensionis ejus anni, si plusquam tolerabile est læsi sint fructus: nam & modicum damnum ferre debet; cum & magnus ei fructuum proventus non auferatur. Et ita appellatur in *l. fluminum, §. servus, de dam. infec.* Gellius *lib. 9. cap.* 11. Libri βασιλικῶν habent θεομηνίαν. Hujus præter vim cœli multa sunt exempla, veluti fluminum, graculorum, sturnorum, *l. ex conducto, §. 1. eod.* item *locustarum, l. 18. hoc tit.* Quam perniciem locustarum etiam iram Deorum *lib. 11. cap. 29.* Plinius vocat. Item hostium, vel latronum impetus. Hanc etiam vim colono præstat, si latrones fundum totum vastarint, quia debet locator remittere pensionem ejus anni. Quod si latrones res coloni proprias eripuerint, id damnum non præstabit colono, *l. 13. hoc tit.* sicut non præstat damnum seminis, *l. ex conducto, §. penult. D. eod.* Remittit tantum pensionem ob vastatos fructus. Item si labes facta sit, locator damnum agnoscit, *dict. l. ex conducto, §. sed & si labes*. Græci ὄλισθον interpretantur, videlicet si paululum resederit terra: labes a lapsu, *l. ult. eod.* Idem non est labes quod χάσμα. Separatur in ea l. nam cum ait lex: *sed etsi ager terræ motu ita corruerit, ut nusquam sit*, his verbis significatur χάσμα. Plautus vocat hostium Acherontis, Græci Plutonium, & Charonium, utrumque agnoscit locator. Item urendo, quæ dicicitur ἐρυσίβη, aut solis fervor insolitus, aut incendium segetis, damnum est locatoris, quia mercedem non accipiet: verum modicum damnum pertinet ad conductorem, si non omnes fructus læsi sint. Item vini acor, & mucor, item si raucis, aut herbis segetes sint corruptæ, damnum est conductoris; debuit herbas exstirpare: Ita est Florentiæ scriptum, raucis, Græci vocant: rectius in *l. si servus, §. inquit, ad leg. Aquil.* avenam interpretantur ἄγρωστιν: Raucæ non sunt herbæ, sed vermes, ut recte Budæus ex Plinio explicat. Conclusio: vim majorem locator agnoscit, id est, ejus anni mercedem non exigit actione ex locato, quo vis major fundo nocuit: sicut nec ejus anni fructus exiguntur ex conducto, quoties omnes fructus locator percepit contra fidem locationis, *l.* 18. Hoc ita, nisi aliud convenerit, *l. 9. §. Julianus, D. eod.* Item nisi sequentium, vel præcedentium annorum ubertas compenset sterilitatem ejus anni, *dict. leg. ex cond. §. Papinianus, & l. 8. hoc tit.* nisi mos regionis id postulet, ut vim majorem ferat, *dict. l.* 8. quæ eo loco est corrupta. Ait, si tamen expressum non est conventione, ut mos regionis postulabat. Harmenopulus recte in 3. *epitom. Aut mos regionis postulabat*, id est, si conventione non fuerit expressum, ut vim tempestatis agnosceret conductor, vel si mos regionis id postulat: alioqui *lex* 8. probaret ea, quæ sunt moris non venire in judicium bonæ fidei, quod falsum est, *l. quod si nolit, §. quia assidua, de ædil. ed.* Nam ut vulgo est scriptum, hæc est sententia, calamitatem debet agnoscere locator, si aliter non convenerit, ut mos regionis postulabat. Ergo satis non est, hunc morem fuisse regionis, nisi ita convenerit, quod est falsum. Atque ita pactio, & consuetudo regionis separatur in *l. 19. hoc tit.* Et hactenus de colono. Videamus de inquilino: constat ad inquilinum etiam non pertinere vim majorem, ut si domus exusta sit, *l. si quis domum, §. 1. D. loc.* Hoc damnum est domini, quia ei res sua perit; non tamen tenetur conductori ex conducto quidquam præstare domo exstincta, nisi forte merces data sit in antecessum. Et generaliter in actionem locati conducti venit dolus & culpa, non casus fortuitus, *leg. 8. hoc tit.* Vulgo negant his actionibus levissimam culpam venire. Ostendi tractans de locatione horreorum, etiam levissimam culpam venire: hoc significat verbum custodiæ in *l.* 28. dum ait venire dolum & custodiam: plus dicit, quam si dolum & culpam, *l. 1. §. sed & custodiam, D. de peric. & comm. rei vend.* Idem significat *l. si merces, §. servo, D. loc.* Inde quæritur quid locator conductori præstare debeat, si rem alienam locaverit, & ea evicta sit a domino? Si sciens locaverit, constat, doli nomine eum teneri actione ex conducto, in omne id quod interest, ita ut habeatur ratio & damni dati & lucri intercepti, atque ita æstimetur quod interest. Idemque est, si dolo vel culpa ejus res evicta sit: atque ita, ut ex contractu emptionis, ita ex contractu locationis de evictione est actio. Sed si sine dolo & culpa ejus evicta sit, & bona fide eam locaverit, non tenetur, nisi ut mercedem datam in antecessum reddat, vel ut non prorogatam remittat, atque ita liberet conductorem, *l. si fundus, cum duabus seq. D. loc.* cui opponitur *lex si quis domum, eod.* quæ ait in ea specie, locatorem teneri ex conducto, ut præstet frui licere, ergo tenetur in id quod interest. Accursius ait, eandem speciem non esse: Nam in ea specie locasse scientem: male, cum lex dicat, bona fide. Bona fide inquam rem emisse, deinde locasse, denique ab eo rem evictam sine dolo ejus & culpa; Respondendum potius his verbis, *ut præstet frui licere*: non semper significari ut præstet id quod interest, sed ut præstet mercedis exonerationem pro rata temporis, quo fruitus conductor non sit: vel ut reddat mercedem prorogatam. Ita eadem verba accipiuntur in *l. ex conducto, §. ubicunque, de loc. & cond.* Atque hæc de inquilino. Repetendum est, nos supra esse locutos de colono,

qui

qui scilicet nummis colit, sicut de inquilino, qui nummis habitat. Alii (†) sunt coloni partiarii in *l. si merces*, §. *vis major*, *eod. tit.* Hi non videntur proprie esse conductores; qui nummis colit est conductor. Partiarii non videntur esse conductores, id est, qui partem fructuum conferunt domino, & nihil præterea, aliam partem pro cultura sibi reservant. Hoc genere societas contrahitur potius, quam locatio, *l. cum in duobus*, §. *si in credenda*, *D. pro soc.* & ideo damnum & lucrum est commune inter dominum & colonum partiarium: modicum damnum non pertinet ad colonum in solidum: vis major non pertinet ad dominum in solidum: ut grando, procella, & quævis alia vis cœli major. Et hæc sunt locationis propria. Plinius in *epistolis lib. 9. Medendi*, inquit, *una ratio, si non nummo, sed partibus locem*. Et sane locationem esse dicendum est, si animus contrahendæ locationis fuit, & ideo esse actionem ex locato & conducto, licet lucra & damna communicentur: nam locatio non tantum contrahitur certo pecuniæ numero, sed & earum rerum, quæ mensura vel pondere constant. Idque probat *lex 21. hic*; duobus modis. Primum, quia locationem vocat, *si cui*, inquit, *certa olei ponderatione, fructus fundi locasti*, id est, si fundum locasti ea pactione, ut quotannis inferatur tibi certum pondus olei pro pensione, deinde eum contractum dicit esse bonæ fidei. Ergo est vere locatio, non contractus similis locationi, nam contractus similis locationi, velut do ut facias, *l. naturalis*, §. *at cum do*, *de præscript. verb.* non est bonæ fidei. Cum igitur ea lex dicat, esse contractum bonæ fidei, vere est locatio. Ait lex 21. locationem factam sub certo olei pondere quotannis inferendo, non ideo rescindi, quod alter plus offerat. Qua ex causa etiam constat, non rescindi venditionem, si alius majus pretium offerat, etiamsi emptor non sit paratus adjicere, quod alter adjicit, nisi addictio facta sit in diem, ut in *tit. de in diem addict.* At non similiter pretium emptionis in aliis rebus, quam in nummis consistere potest. Id nusquam proditum est: nam si detur oleum pro fundo, permutatio est, non emptio, si oleum detur quotannis pro usu fundi, vel domus, locatio est, contractus est bonæ fidei. Galenus 2. περὶ διαφορᾶς σφυγμῶν, nummum σύμβολον vocat emptionis & vend. & Plato 2. de repub. ait esse σύμβολον τῆς ἀλλαγῆς. Alii sunt coloni conditionales, ex quibus alii servi sunt, qui dicuntur capite censiti, quod debeant capitationem, Gallice *mort taillable*, & adscriptitii. Alii liberi, de quibus *titul. de agricolis, censitis, & colonis*. Proponuntur duo genera agricolarum. Censiti: hi sunt servi, & coloni: hi sunt liberi, licet coloni nomen generaliter accipiatur: Hi sive liberi, sive servi, dominis suis, sive dominis prædiorum præstant pensiones certas in nummis, vel in speciebus, plerumque in speciebus, *l. litibus*, *infra de agricol. censit.* id est, in fructibus, qui ut ait *l. domini*, *eodem*, coloni isti non audent optare pecuniam, εὔχεσθαι, precari a Deo, & propterea sunt partiarii. Unde in consuetudinibus Campaniæ *champart* dicitur jus quoddam dominorum. De his Just. in legibus Georgicis titulo περὶ μορτῆς, id est, de partitione. Non est Justinianus noster, sed novissimus quidam nomine Justinianus. Hi coloni conductores non sunt, sed huic conditioni, id est, agriculturæ obligati sunt cum sua sobole. Sola conductio ejusmodi colonos non facit, nec solum instrumentum conductionale, *l. cum scimus*, *inf. de agri. & censit.* Vulgo male legitur, conditionale, Græci conductionale. Æquum autem esse videtur, ut his colonis vis major damno non sit, licet aliud observetur: nam & emphyteuticarius excusatur a præstatione pensionis, *l. ex conducto*, §. *Papin. loc.* Quo loco agitur de agro vectigali, id est, emphyteutic. Rursus ex colonis, vel inquilinis alii sunt conductores perpetuarii, diversi ab emphyteuticariis, alii sunt temporarii, l. 10. hic; & hos omnes etiam vis major excusabit: utrumque autem genus locationis ostendit in heredem transire, §. *ult. de loc.* nisi ita sit facta locatio, quoad voluerit locator: hæc finietur morte locatoris *l. 4. D. eod.* Opponitur *lex si domina*, *D. de usufr.* Ea lex non negat, locationem in heredem transire, sed ait, a domino facta locatione ususfructus, usumfructum morte conductoris non exstingui: Idem prorsus, quod *l. si socrus*, *in fine*, *de jure dot.* in qua lege, *nam*, accipitur, παρασυνθετικῶς, pro *sed*. Igitur conductor ususfructus non est fructuarius, quia conductio nullum jus tribuit dominii, possessionis, servitutis, ususfructus, licet tribuat facultatem percipiendi fructus: cum conductor non sit fructuarius, morte ejus non finietur ususfructus, sed vel intra tempora locationis transibit ad heredem, vel recurret ad fructuarium, vel proprietarium, qui locavit. Notandum etiam locationem interdum fieri pluribus pro partibus, veluti per cœnacula, & tunc constat singulos teneri locatori pro partibus, non alium pro alio: fit interdum locatio pluribus in solidum, tunc plures sunt rei debendi. Locatione constituuntur plures rei debendi, sicuti ex omni genere contractuum, *l. eandem*, *de duob. reis*, *l. item quæritur*, §. *duo*, *loc.* Et ideo locatione facta in solidum pluribus, ex eis conveniet, quem volet in solidum actione ex locato: Sed cogetur reo actiones cedere adversus alios pro parte, *l. 13. hoc tit. l. cum apparebit*, *eod.* At ex Justiniani Novella 99. non poterit alium convenire, & in solidum convenire, quod ex ea Novella detur beneficium divisionis, videlicet si omnes solvendo sint. In *l. 14.* idem proponitur, quod in *l. ex conducto*, §. *item cum quidam*, *loc.* videlicet eum, qui redimit, id est, qui conduxit frumentum vehendum annonæ publicæ populi Romani, accepta pecunia, videlicet in antecessum, sive promutuo. Quo loco me alias decepit Harmen. lib. 2. ubi vertit promutuo ἐν προχειρείᾳ, cum sit legendum ἐν προχρείᾳ: nam προχρεία est promutuum, *quand on avange*, quod dicitur simpliciter mutuum in *l. 2. de frumento urbis Constant.* ubi Græci recte, ἐπὶ προχρείαν: igitur (†) si vector ille conduxerit annonam vehendam accepta mercede pro mutuo, & fidem fallat, tenetur ex locato, *l. 13. & d.* §. *cum quidam*, ut vel mercedem reddat, vel quod interest, si dolus intervenerit. His, quæ diximus ad *l. si domina*, velim addi hoc, ut ejus species congruat cum specie *legis si socrus*: Videtur legendum ususfructus locatus proprietario, morte proprietarii, id est, conductoris, non finietur, sed revertetur ad fructuarium: ita aperte in *l. si domina*.

Ad L. XIX. Circa locationes, *atque conductiones maxime fides contractus servanda est, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis. Quod si alii remiserint contra legem contractus, atque regionis consuetudinem pensiones: hoc aliis præjudicium afferre non potest.*

NOtandum, quod ait initio hujus legis 19. in locatione maxime fidem contractus esse servandam. Fides contractus consistit in eo quod actum est, vel quod ex more regionis actum intelligitur inter contrahentes silentio, & nudo consensu: nisi specialiter quid exprimatur contra morem regionis: nam moribus regionis pacto derogari potest. Servandus est igitur mos regionis sub ea exceptione, nisi aliud convenerit, & servanda conventio. Finge: conventio vel mos hic est, ut vis major colonum non excuset, plures colono eundem fundum locaverunt: unus ex eis ob vim majorem colono remisit pensionem contra conventionem, vel morem regionis: hoc aliis non præjudicat, nec obstat, quod sint plures rei credendi: nam unius ex reis credendi remissio aliis non nocet, *l. si unus*, *de pact.* De conventione servanda est etiam lex 22. in locatione operarum certi temporis, valere locationem factam etiam sine scriptis, & heredes conductoris teneri, non uxorem, *l. 24. & 29.* Et si conductor satisfecerit pensionibus, extingui obligationem ex locato, & res conductoris ei esse restituendas, *l. 26. h. tit.*

Ad

(†) *Vide Merillium varian. ex Cujac. lib. 1. cap. 24.*

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 26.*

Ad L. XX. Qui rem propriam *conduxit, existimans alienam, dominium non trasfert, sed inefficacem conductionis contractum facit.*

EX hac lege apparet, rei suæ conductionem non valere, & eum, qui errans rem propriam conducit, dominio suo non præjudicare; si sciens conducat potest præjudicare dominio suo, si animum alienandæ rei habuerit, *l. quædam mul. D. de rei vin.* ut, quod fit quotidie, sive vendidero, vel donavero rem meam, & nondum tradidero, transferam dominium ejus rei, si eam conducam ab emptore, vel donatario: sic facio eum dominum, hæc conductio pro traditione est, sicuti traditio usufructus, *d. l. quædam mulier*. Alias hæc probatio dominii non est idonea, vel etiam hæc ratio repellendi adversarii, qui se rei dominum dicit, non est idonea, si quis probet, se ei locasse: potest enim locasse erranti, vel non habenti animum alienandi rem suam, *l. 23. h. t.* Potest igitur conductor de dominio contendere, & vincet, si dominii probationes attulerit, nec repelletur locationis argumento, quod non est idoneum. At in possessionis causa vincetur, quia rem pro alieno possidet titulo conductionis: eam possessionem ipse solus sibi mutare non potest secundum regulam juris, *l. non solum, §. quod vulgo, de usurpat. & usucap.* Sic accipiendus finis *legis* 23. *h. t.* Sed si conductor vicerit in causa dominii, tum incipiet eam rem pro suo possidere: nam nova accedente causa possessio mutatur, non sola destinatione possessoris: sed si velit locator prius sibi possessionem restitui, quam de proprietate litiget conductor, hoc facile obtinebit, *l. 22. h. t.* Cui opponitur male *lex litibus, de agricolis & censitis*. Nam ea lex non loquitur de conductore, sed de colono conditionali, qui si litiget de fundi proprietate, interim fruitur fundo præstita cautione. Nam ea est ejus coloni conditio, ut sit perpetuarius: nam jus colonarium est perpetuarium. Ut autem locatori restituatur possessio, id consequetur actione locati: cui non obstabit quæstio dominii in re dubia, sed reformata possessione, separatim quæretur de rei dominio. Si conductor rem restituere detrectat, cum æquum est eam restitui, & in ea perstat usque ad sententiam definitivam, habetur pro prædone, & condemnatur in duplum, id est, in rem, & æstimationem, *l. pen. hoc tit. l. pen. inf. unde vi*, quæ est conjungenda *legi pen. hoc tit.*

Ad L. XXVII. Si tibi quæ pro colonis *conducti prædii prorogasti, dominus fundi stipulanti dare spopondit: competens judex reddi tibi jubebit. Nam si conventio placiti fine stetit: ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse.*

NOtandum est in hac *l.* 27. colonos non esse accipiendos pro conductoribus, aut pro colonis conducti prædii, conducti scilicet ab alio, alioqui dixisset pro colonis simpliciter: sed pro agricolis conditionalibus. Sed antequam ponatur species, sciendum est, quod sicut in eodem fundo potest esse emphyteuticarius, & nihilominus sunt in eo coloni conditionales, *l. 1. inf. de mancip. & colon. patrimon.* Ita etiam plerunque fundi dominus, est conductor fundi: sunt & coloni fundo adscripti. Nunc finge: conductor fundi aliquid prorogavit pro colonis extra rem domini, id est, dedit aliquid in antecessum, ut deinde fructus aliquos ab eis perciperet. Græci dicunt in ea l. πρόχρειαν, id est, promutuum. Igitur hic conductor dedit aliquid promutuo colonis: Deinde pactus est id sibi a locat. reddi, non in ipso contractu locationis: nam formaret actionem, sed extra contractum, cum conductor aliquid pro agricolis multo post prorogasset, & expendisset. Lex ait, ex eo pacto actionem non nasci, videlicet si conventio placiti fine stetit, id est, si usque ad pactum stetit, *l. divisionem, sup. fam. ercisc.* id est, si non sit nisi pactum: Quod si accesserit stipulatio, contractus est, ex quo erit actio in locatorem. Addatur, quod si constituendi animus fuerit, id est, si voluerit dominus constituere se pro colono soluturum, erit actio de pecunia constituta: at ex pactu solo non erit actio. Græci interpretes sic redigunt sententiam hujus legis: *Ἐὰν ὁ τοῦ ἀγροῦ δεσπότης τὴν δοθεῖσαν πρόχρειαν τοῖς γεωργοῖς αὐτὸς ἐπερωτηθῇ διδόναι τῷ μισθωσαμένῳ τὸν ἀγρὸν κατέχεται. Si dominus fundi datum colonis promutuum, stipulanti conductori dare spoponderit, tenetur.*

Ad L. XXX. Curialis neque procurator, *neque conductor alienarum rerum, nec fidejussor, aut mandator conductoris exsistat, alioquin nullam obligationem neque locatori, neque conductori ex hujusmodi contractu competere sancimus.*

OStenditur in hac *l.* 30. decurionem procurationem non posse suscipere rerum alienarum. Item earum fieri non posse conductorem: conductio est species procurationis, item fidejussorem, vel mandatorem eum esse non posse ex iis causis pro aliis. Sic etiam clericus, qui prohibetur procurare aliena negotia, prohibetur etiam ex eis causis fidejubere, *Nov.* 123. Et ita vulgo accipitur canon *Clementis* 20. De decurione est *l. 25. inf. de administrat. rer. ad civit. pertinent. & l. Spurii, §. decurio, D. de decurion. l. 97. C. Theod. de decur. l. 1. inf. quibus ad conduct. prædi. fiscal. acced. non licet, l. 11. Cod.* In illis locis ostenditur, non posse curialem prædia publica, aut vectigalia conducere. Quod Adrianum constituisse scribit Xiphilinus. Generaliter etiam constitutum est, ne alienas res possit procurare, *l. si quis procurat. erit, inf. de decurionib.* Et ex hac lege 30. cui conjungenda *lex non dubium, sup. de legib.* utraque est sumpta ex *Novella Theodos. ne curia. alien. fund. conduct.* Primum curiali interdicta fuit procuratio rerum alienarum, non conductio, *d. l. si quis procurationem*. In fraudem ejus legis curiales titulo conductionis alienas procurabant res: ob id postea *Novella Theodos.* interdicta est conductio, & censet eam esse nullam ipso jure: & generaliter definit, quod fit lege prohibente, esse ipso jure nullum, etiamsi id lege non sit comprehensum; igitur ea conductio non valebit, nec stipulatio ei subjecta; non admittetur etiam jusjurandum de hoc adactum, *d. l. non dubium*. Idem vero & de militibus constituitur *l.* 13. ne scilicet procurent, & conducant res alienas, ut non avocentur a suis signis, ut diximus *sup. l. 5. de condict. ob caus.* Idem cautum est de fabricensibus, qui sunt quasi milites, *l. ult. inf. de fabricensibus*, est autem *l.* 31. conjungenda *l. milites, infra, de re militari*, quæ eandem inscriptionem & subscriptionem habent. Ad idem pertinet *lex ult. hujus tituli*, quæ declarat militum appellatione in hac parte contineri non tantum milites, qui subsunt magistris militum, sed etiam scholares, qui sunt sub magistris officiorum, & ut ait *h.* 11. qui in undecim scholis taxati sunt. Marianus in notitia Romani Imperii, recenset 10. scholas fuisse sub magistro officiorum, scutariorum primam, secundam & tertiam agentium in rebus, armaturam seniorum, armaturam juniorum, gentilium seniorum, gentilium juniorum, scutariorum sagittariorum, scutariorum clibanariorum: undecima est fabricensium. Additur in *l. ult.* militum appellatione hic significari etiam fœderatos, quales erant illa ætate Saraceni, qui erant sub Philarchis, *Nov.* 20. in qua Juliani locus est singularis, qui ducem Saracen. vertit Philarchum, recte, ut confirmat Procopius, lib. de bello Vandalico: fœderati erant sub optionibus. Optiones autem sunt auxilia fœderatorum: ut numeri sunt militum, scholæ scholarium. Sholares erant supernumerarii milites. Suidas in verbo ὑπεράριθμος, hi omnes milites hac constitutione comprehenduntur, & ea vetantur ne alienas res procurent, dum militiam exercent, ut hoc crimen sit militare, & hi militia mulctantur, & infamia; qui secus fecerint, & jure suo privantur rescriptis principum, atque adeo ipso jure. Postremo cavetur finito tempore locationis, locatorem posse alteri libere locare domum, aut fundum suum, id est, eum non cogi priorem conductorem præferre alteri,

etiamsi

etiamsi tantundem offerat. Igitur, ut in emptione est sublatum jus προτιμήσεως, sic etiam in locatione sublatum est. Recte Accurs. excipit locationem prædiorum fiscalium, *l. penult. & ul. C. de loc. prædio. fiscal.* Nam veteres conductores, qui prædia fiscalia conduxerunt, præferuntur novis, si tantundem offerant, excipitur nisi aliud convenerit. Notandum ante legem ult. h. t. desiderari constitutionem Græcam, quod intelligimus ex lib. qui inscribitur μικρὸν κατὰ στοιχεῖον, cujus sententia est, ut intra annum locatori, vel conductori liceret solvere locationem impune tam in Italia, quam in omnibus provinciis, nisi aliud initio contractus convenerit. v. Observ. lib. XII. c. XXXVIII.

AD TITULUM LXVI.

DE JURE EMPHYTEUTICO.

De eodem jure emphyteutico est titulus in fine libri quinti, *D. si ager vectig.* id est, *emphyteuticarius petatur*. Notanda est ea interpretatio: nam sic Florentiæ recte, & est similis interpretatio in *l. penul. §. penul. qui satisd. cog.* Et ita etiam in *l. qui scit, §. pen. de usu.* Et ubique semper agrum vectigalem Græci interpretantur ἐμφυτευτικόν. Ager igitur, sive fundus vectigalis, & emphyteuticarius idem est. Posset opponi *lex etiam, inf. de prædiis minor.* quæ prædium vectigale, patrimoniale; & emphyteuticum diversa facit. Puto hanc esse differentiam, quod vectigale sit civitatum, patrimoniale, seu emphyteuticum fisci. Et rursus patrimoniale ab emphyteutico ita distinguitur, ut genus a specie. Nam emphyteuticum prædium est etiam patrimoniale, *l. 12. de fundo patrimon. & emphyteut.* Quod item non datur in emphyteusim, sed donatur, aut venditur jure privato salvo canone, patrimoniale etiam est, *l. 9. & 10. inf. eod. & l. 9. de omni agro deserto.* Item quod locatur in perpetuum est patrimoniale. Atque ita fundi fiscales, alii suscipiuntur jure privato, quo genere suscipiens possessor & dominus constituitur. Alii suscipiuntur jure emphyteutico, quo genere suscipiens possessor, vel dominus non fit, licet dominus simpliciter appelletur, *d. l. 12.* Sed habetur pro domino, vel possessore, & fundorum servos manumittere potest: Alii suscipiuntur perpetuæ conductionis jure: nam & locatio fieri potest in perpetuum, *l. 10. sup. de loc. & cond.* Hoc genere suscipiens nec fit dominus, nec quasi dominus, & servos dominorum manumittere non potest, *l. 2. inf. de mancip. & colon. fund. patrimon.* Et ita oportet separare perpetuarios conductores ab emphyteuticariis: & ob id in *l. 2. sup. de officio comit. rerum privat.* quidam codices rectius habent *perpetuarii, vel emphyteuticarii*, non, *hoc est emphyteutic.* perverse etiam ad eam legem appositus est tit. de offic. comit. sac. pal. Sic etiam Nov. Valent. *de præscript. 30. ann.* jus perpetuum separat ab emphyteut. Vectigales autem fundi etiam sunt emphyteut. sed quamvis prædia quoque privatorum hodie dentur in emphyteusin, tamen in toto jure nostro vectigales fundi tantum appellantur soli municipiorum, sive civitatum fundi dati in emph. quod prædia tantum civitatum eo jure addici solerent, Sed quæ de illis dicuntur, hodie trahi possunt ad prædia privatorum, vel templorum: nam civitates etiam privatorum loco habentur, *l. eum qui, de verb. sign.* Quod vero diximus agros vectig. dici tantum agros emphyteuticarios, probat *l. 1. si ager vectig. l. si domus, §. ult. de legat. 1.* Idem etiam probat *l. si finita, §. si de vectig. ff. de damn. inf.* cujus sententiam exponam, quod infeliciter eam tractarit Alciat. Sciendum est, vicino non cavente damni infecti, vicinum, qui sibi caveri desiderat, primo decreto a Prætore mitti in possessionem: Secundo juberi possidere. Primo decreto non fit possessor, sed it in possessionem. Secundo decreto non fit dominus, sed possessor, sed dominium sibi deinde adquirit usucapione. Nunc finge: Domus vicina, cujus nomine mihi caveri desidero damni infecti, est vectig. Sic distinguendum, aut emphyteutic. eam tenet, aut civitas. Si emphyteuticarius teneat, nec caveat damni infecti, prætor secundo decreto me non faciet possessorem, ita ut possim dominium ædium usucapione adquirere. Sed faciet me possessorem tantum emphyteumatos, nec inde earum ædium dominium adquiram usucapione, quia prædia, quæ tenentur ut vectigalia usucapi non possunt, *l. cum sponsus, §. in vectig. de Public. in rem. act.* sicut & tributaria, & stipendiaria, qualia etiam fuere omnia provincialia, usucapi non possunt a possessore, & de eis accipe hæc verba in eo §. Et in aliis prædiis puta tributariis, vel stipendiariis. Si emphyteutic. eam domum non teneat, sed civitas, puta, quod ad eam sit devoluta commissi jure, vel finito tempore emphyteuseos, & ea civitas mihi non caveat damni infecti, prætor secundo decreto me faciet possessorem, tum deinde dominium adquiram usucapione. Non potest quidem prædium civitatis usucapi, *l. usucap. de usucap. & usurpat.* At hoc prædium, quod prætor me jussit possidere ob cessationem cautionis damni infecti, quodammodo desiit esse civitatis, & in me jure prætorio est translatum, atque adeo procedente tempore meum etiam fiet civili jure. Hæc est prima Accurs. interpretatio, reliquæ rejiciendæ, Alciati exsibilanda est. Diximus supra differentiam esse inter perpetuarios conductores & emphyteuticarios: Atqui nulla esse videtur. Nam & agri vectigales, qui sunt emphyteutici in perpetuum locantur sub præstatione vectigalis, *d. l. 1. Si ager vectig. vel emphyteuic. l. cotem, §. 1. D. de publican.* Eodemque modo differentia esse non videtur inter conductionem temporariam, & emphyteusin temporariam: nam & hæc ad tempus fieri potest, *l. 3. si ager vectigal. &c.* Imo ea est differentia: quod emphyteusis quasi dominium tribuat, conductio non item: emphyteusis est alienatio, *l. ult. de reb. alien. non alien.* conductio non est alienatio: & Emphyteusis maxime hac fini contrahitur, ut res melior reddatur ab emphyteutic. & ut ab eo possideatur quasi dominii jure sub præstatione vectigalis, sive canonis. Hæc est certa definitio emphyteuseos. Nota est ratio nominis, quia solent fundi deserti, inculti, & squalidi hoc jure in alium conferri, ut ab eo colantur, inserantur, implantentur, ideo hoc negotium diximus emphyteusin .i. insitionem, & plantationem, a parte demonstratur omne meliorationis genus: nam & ædes hoc jure conferuntur, ut meliores, & utiliores ab eo reddantur, & dicitur emphyteusis, licet insitioni nullus sit locus. Est etiam alia differentia inter conductionem temporariam, & emphyteusin temporariam. Quod emphyteusis fiat in plures annos, conductio non excedat lustrum: Quæ excedit lustrum est potius emphyteusis. Eadem est differentia inter jus superficiarium, & conductionem, *l. 1. §. quod autem, D. de superficieb.* Illud etiam jus superficiarium, vel est temporarium, vel perpetuarium, & jus tribuit in re, quod locatio & conductio non tribuit, & quantum existimo dicitur, ἐμβατευτικὸν, in *l. 3. §. si jus, D. de reb. eor. qui sub. tut. sunt, vel cur. non alien.* a Græcis ἐμβατικὸν, quod eo jure quis aliena superficie fruatur, quod est ἐμβατεύσειν. Verum hoc jus hoc distat ab emphyt. quod superficiarius habeat tantum jus in superficie, emphyteut. in universo prædio: Ideo superficiarius imponet tantum servitutem superficiei, non solo. Emphyt. etiam in solo. Item differunt, quod superficiarius hoc jus sibi adquirat respectu superficiei positæ in alieno fundo suis sumptib. emphyteut. vero respectu meliorationum. Sic differunt conductor superficiarius, & emphyteutic. seu sint temporarii, seu perpetuarii: sed hi in hoc omnes sunt similes, quod quotannis aliquid domino præstent, conductor mercedem, emphyteutic. canonem vect. & ἐμφύτευμα: superficiarius mercedem soli, quæ dicitur solarium, *l. 2. D. ne quid in loco publ. vel priv. fiat, l. etiam, qui potior. in pign. habeant. l. 17. de servit. prædior. urban.* Ea merces consistit vel in pecunia, vel in fructibus, non tantum in emphyteusi, sed etiam in locatione & conductione, *l. 2. §. locatio, ff. de loc. & cond. l. 21. sup. eod.* Nunc quæritur an emphyteusis genus censeatur esse locationis & conductionis? Potest defendi, atque ita videtur sensisse maxima pars veterum JC. genus quoddam proprium esse lo-

locationis, & conductionis, quo dominium transferatur A in accipientem: ut in specie legis *in navem*, *D. loc.* est locatio, licet dominium mutetur. Quidam tamen venditionem esse existimabant, quasi prædium datum in emphyteusim, videatur emi ab emphyteuticario lege dicta vectigalis pro pretio. Primus Zeno sensit separandam emphyteusin a locatione & venditione, & specialem contractum fecit, proprio jure, propriisque pactionibus munitum. Itaque non male Græci ad *l. ex hoc jure*, *De justit. & ju.* dum lex ait obligationes quasdam, & actiones introductas esse jure civili: ponunt exemplum in actione ex stipulatione Aquiliana: debuit poni in omni actione ex stipulatione generaliter, & in actione emphyteuseos. Nec nos movere debet quod quidam afferunt ex Aristotele Bizantios jam olim prædia fertilia vendidisse ad tempus, sterilia perpetuo. Nam etsi hoc ge- B nere negotii usi sunt veteres, id tamen non pro contractu proprio & speciali habuerunt, sed pro venditione aut locatione proprium contractum Zeno fecit, l. 1. hic, ut Just. donationem propter nuptias. Id etiam hac lege 1. exprimitur ut contracta emphyteusi quicquid inter se convenerint contrahentes de vi majore, aut casibus fortuitis, id ratum habeatur, quod & in locatione servatur, *l. 8. de loc. & cond.* Sed si de hoc nihil inter dominum & emphyteuticarium convenerit, eadem cavetur, ut prædii absumpti periculum pertineat ad dominum, ut si fundus chasmate, vel domus incendio perierit; sed si portio dumtaxat perierit chasmate, vel alio modo, vel aliud damnum contigerit salva rei substantia, lex constituit ut hoc damnum pertineat ad emphyteuticarium. Igitur vis divina, aut grando, procella, calamitas, inun- C datio fluminis, & hostilis devastatio, pertinent ad onus emphyteuticarii. Id non ita procedit in locatore, nisi ita convenerit, dixi in *d. l. 8.* videtur tamen ante hanc constitutionem Zenonis idem obtinuisse in emphyteuticario, *l. ex conducto*, *§. Papinianus*, *D. loc.* Dico vim majorem pertinere ad onus emphyteuticarii, id est, non ideo ei canonem sive ἐμφύτευμα a domino remitti. Alia est causa tributorum, quæ debentur fisco; nam fiscus tributis prædia relevat, per censitorem, aut per æquatorem frequenter ob sterilitatem anni, vel ob portionis agri interitum; *l. forma*, *§. de censibus*, *l. 2. inf. de alluvionib.* Duplex est prædiorum onus: canon, qui præstatur domino, hic non remittitur ob vim majorem vel sterilitatem: tributum, quod præstatur fisco, l. 2. *inf. de prædiis tamiacis*. Hoc tributum sæpe a fisco re- D mittitur ob vim majorem. Hoc etiam vulgo colligunt ex hac lege prima, in emphyteusi esse necessariam scripturam. Sed melius Accursius: Non prohibetur sine scriptis fieri empyteusis, licet fieri dicatur in scriptis, quod hoc argumento probatur: amissio instrumenti emphyteutici nihil nocet, *l. ult. §. conductio, hoc tit.* Ergo nec omissio secundum regulam a nobis traditam *titulo de fide instrumentorum*. Unde etiamsi sit amissum instrumentum, non est necesse probare amissionem, sed contractum tantum emphyteuseos probare sufficit. Nunc videamus quid distet jus emphyteuticum a contractu libellario. Interpres vetus dicit, hoc genere contractus res in alium transfertur jure venditionis, certa summa pecuniæ initio data pretii nomine: & hoc amplius constituta certa mercede quotannis. Id E etiam agitur ut renovetur contractus certo tempore, ut tricesimo quoque anno dato certo pretio: & ita certis statisque temporibus idem prædium reemitur quodammodo, & singulis annis nihilominus pensio debetur. Et si forte de renovatione actum sit, non de pretio, id est, si pretium non sit definitum, quod per tempora inferri debet, judex pretium statuet secundum qualitatem rei in libellum datæ. Atque ita revenditur quodammodo res sæpius etiam incerto pretio. Hoc genere contractus suscipiens agrum dominus, & possessor constituitur, quia certo pretio emit, & reemit, & perpetuo rem tenet, quia cogitur auctor renovare contractum, & in revenditionem non est necessarium certum pretium, ut in prima venditione, & videtur appellari διακάτοχος, *l. 1. Cod. Theodos. de indul. deb. l. 7. infra*, *de omni agro deserto*. Tunc fundus addicitur ad vicem διακατοχῆς, cum addicitur possessionis titulo & jure, ut quis eum retineat jure privato, jure dominii, *l. 11. eodem titulo*, *l. duodecima*, *de fund. patrimonial. & emphyteut. infra.* Id etiam jus appellari videtur παροικικὸν *in Novell. 7.* ut ibi vetus interpres Novellæ exposuit, & apud Harmenopulum *libro quinto in Novella quadam Athanasii*, εἰς παροικίαν habere, & in Novella quadam Porphyrogeneti Constantini παροικικῷ λόγῳ. Erat videlicet necessaria scriptura, & inde nomen: & eosdem chartularios dici opinor in Nov. Tiberii de divis. domin. De hoc contractu nominatim agitur *l. 1. Feudorum*, *titulo 5. & in l. 22. de homicid. lib. homin. in legib. Longobardorum*, *& apud Cassiodorum in quinto variarum*, prædia libellario titulo concessisse. *Gregorius 2. epist. cap. 1.* libellario nomine terram ad libram unius semissis concede. *Sic l. 8. cap. 61.* voluerat terram sub specie libellorum tenere. Pretium autem illud, quod datur renovandi contractus, renovandæve possessionis causa, proprio nomine appellatur εἰσδεκτικὸν *in Novella Leonis decimatertia*, quasi scilicet datum admittendi, & suscipiendi possessoris causa. Et ostendit Leo in ea Novella, perpetuas emphyteuses rerum Ecclesiasticarum eodem modo renovari per certa tempora, de quibus convenerit, & vetat εἰσδεκτικὸν excedere duplum emphyteuseos: sane videtur in ea Novella proponi nova forma emphyteuseos, & libellarius potius contractus, quam emphyteuticus: nam alibi non legitur renovandæ emphyteuseos nomine εἰσδεκτικὸν dari, non mutato possessore, nam datur mutato alias emphyteuticario, *l. ult. hoc. tit.* Ut in censuali contractu, mutato domino suscipiente datur εἰσδεκτικὸν. Sic oportet appellare quod dicimus gallice, *lods*, *& ventes*, quia dantur admittendi novi possessoris causa. Addendum, ideo plerosque non male libellarium contractum dixisse emphyteuticarium. Est igitur libellarius contractus nova forma emphyteuseos. Nunc videndum quid distet a precaria emphyteusis. Precaria contrahitur ab œconomis Ecclesiarum: nam sæpe œconomi ita contrahunt; quin etiam hæc nova genera contractuum excogitata sunt: nam cum alienare vetarentur, excogitarunt novam rationem quodammodo alienandi, salva mente alienationis. Hoc modo œconomus dat alicui rem Ecclesiæ, ut quis ea utatur, fruatur quoad vixerit, vel ad certum tempus, & ut utatur gratuito, vel constituta certa mercede, ea lege ut is vicissim aliam rem suam ejusdem pretii det Ecclesiæ, retento usufructu quoad ipse vixerit, vel ad certum illud tempus: finito usufructu utriusque rei proprietas plena transit ad Ecclesiam, & interim Ecclesia alienat rei suæ usumfructum. Sed id maxime fit in rem Ecclesiæ: nam adquirit aliam rem ejusdem pretii, licet ea statim non fruatur. In eo contractu meliorationis nulla fit promissio, ut in emphyteusi: dominium, vel quasi dominium non transfertur in accipientem, sed ususfructus tantum, pensio annua non præstatur semper: nam gratuito sæpe datur prædium ususfructus jure. Et hoc distat negotium ab aliis, renovatur tamen contractus plerunque ex pacto, idque fere quinto quoque anno, ut est scriptum in concilio Belvacensi. De eo contractu sæpe agitur in conciliis, & legibus Longobardorum, *l. 4. de urbanis prædiis*, *& rust.* Videtur appellari datio in usumfructum in *l. jubemus*, *§. sane non omnis*, *sup. de sacrosanct. Eccles. Novella 7. & 120.* Igitur ex iis, de quibus tractamus, alii debent pensionem annuam, & reditum, alii parem fundum, ut precarii possessores. Rursus ex his, qui pensionem debent annuam, alii sunt domini, ut libellarii, alii quasi domini, ut emphyteuticarii, & superficiarii, alii non domini, ut conductores perpetuarii. Item adscriptitii, & coloni conditionales, qui debent pensionem annuam, nec sunt domini, vel quasi domini adscriptitii pensionem debent suo domino, nam sunt servi. Coloni debent domino terræ

penſionem certam, nam ſunt liberi. De quibus *tit. de agricol. & cenſitis*. Moribus Galliæ coloni debent capitationem certis caſibus domino, quam jure noſtro ſoli aſcriptitii debent, & fiſco, non domino. Alii ſunt domini fundorum, qui debent penſionem certam annuam, quæ vulgo dicitur cenſus. Hoc genus contractus cenſualis hoc habet proprium, ut qui eo jure fundum accepit, non poſſit eum in alium transferre ſine inveſtitura principalis domini, id eſt, ſenioris, ut vulgo loquuntur, quæ inveſtitura fit traditione ſcipionis, vel fuſtis, ut eſt ſcriptum in conſuetudinibus Gallorum, quod & ex veterum more traxerunt: nam & in emptionibus ita traditio fieri ſolebat. Eſt vetus exemplum venditionis, in quo ita ſcribitur: Tu venditor fuſte illum inveſtito, tu fuſtem illum manucapito. Helmodius in Chronica Slavorum *cap.* 70. ut dominus meus accipiat virgulam, & det in manum veſtram pro ſigno inveſtituræ. Eadem inveſtitura fit in feudo, *tit. 2. lib. 2. feudorum*. Alii ſunt, qui non debent penſionem annuam, nec fundum parem, nec pecuniarum quicquam: ſed debent tantum fidem, & hominium, id eſt, ut profiteantur ſe fideles ſeniori fore, & ſe ejus homines eſſe. Hominium idem Helmodius dixit ſæpe, quod nos homagium. Addendum plerumque ex pacto deberi etiam penſiones ab eo, qui prædium tenet jure feudi; & ita ex pacto feudum naturam ſuam excedit, quod admittitur & in mandato, depoſito, & locato, & ceteris contractibus, qui poſſunt ſuam naturam pactis excedere, *l. Lucius, l. 6. D. depoſ. l. naturalis, §. ſed ſi facio, D. de præſcr. ver.* Nam feudi natura eſt, ut debeatur tantum fides & hominium ab eo, qui feudum tenet, qui ideo ſæpe in libris feudorum dicitur fidelis, vel homo, vel homo fidei, & vaſſus, ſeu vaſallus vocatur, voce Longobarda. In libris noſtris hominum appellatione continentur procuratores poſſeſſionum, actores, cuſtodes, conductores, emphyteuticarii, libellarii, qui dicuntur etiam chartularii, *l. 4. de dignitat. inf.* ſic *l. 1. inf. de cond. procurat. præd. fiſcal. l. 2. ſup. de epiſcop. & cler. l. 1. ſup. de commer.* Continentur etiam vaſalli: nam hoc jus feudi eſt antiquiſſimum, ut refertur initio libri Feud. & omnia genera redituum & penſionum, & onerum, quoquo modo duxerunt originem ex jure civili Populi Romani, nihilque eſt ſcriptum in conſuetudinibus, quod non poſſit ad id jus referri vel bene, vel male explicatum. Sic igitur dicimus, nihil feudo eſſe antiquius, ſed olim potuit revocari quandocunque pro dantis arbitrio, ut precarium, & ob id tam feudum, quam precarium beneficium appellatur. Vaſalli igitur erant olim homines noſtri, id eſt, actores poſſeſſionum, vel procuratores, & quaſi precarii poſſeſſores, quo titulo etiam hodie ſi ſpecialiter & nominatim detur prædium feudi jure, poteſt revocari pro dantis arbitrio, & hoc modo datum feudum dicitur gardiæ, & gaſtaldiæ, id eſt, cuſtodiæ, & actus: nam recte ſemper Accurſius interpretatur actorem gaſtaldum. Ammerb. in annotat. in conſtitutiones Caroli magni explicavit originem verbi. Ex iis vero apparet liquido qualis fuerit origo feudorum. Actores poſſeſſionum cœperunt jure perpetuo poſſidere, fidei, & hominii gratia, quod quaſi precario poſſidebant: actores ſunt homines noſtri, manſit nomen hominum, res & conditio tenendi poſſeſſiones mutata eſt. Igitur, quod in libris noſtris eſt ſcriptum de hominibus poteſt referri ad vaſallos. Quod de clientibus non ita. Quod de militibus limitaneis, quibus agri ſunt deputati, de quibus eſt *lex ult. de fundis limitor.* corrupte Galli dicunt *limitrophes*. Hoc, inquam, quod eſt de iis ſcriptum, non eſt ad vaſallos referendum, quia ii tenebant eos agros optimo jure, non jure feudi. Præterea feuda tenentur tam a paganis, quam a militibus. Igitur vaſallus eſt is proprie, quem olim dicebant hominem, ſed meminerimus conditionem ejus tenendæ poſſeſſionis gratia mutatam. Illud ſciendum eſt, ut mutato emphyteuticario, vel cenſuali poſſeſſore debentur εἰσδεκτικὰ, ſcilicet admittendi novi poſſeſſoris cauſa, ſic mutato vaſallo, non venditione, ſed ſucceſſione, vel permutatione ſine nummis debentur εἰσδεκτικὰ, quæ vulgo

A dicuntur reſtaurationes, revelationes, & redemptiones feudi. Et ſi mutetur vaſallus venditione fundi, tunc a venditore debetur auctori feudi quinta pars pretii, fere omnium gentium moribus. Et ſi inter emptorem & venditorem actum ſit, ut onus εἰσδεκτικὸν pertineat ad emptorem: tunc ab emptore auctori feudi debetur quinta pars pretii, & hujus quintæ alia quinta, quod dicitur, *quint, & requint*, ut ſi fundus centum venierit, emptor debet 24. ſi mille, debentur bis centum 40. Liberi autem vaſalli, plerunque non debent reſtaurationem feudi, vel quintas, ſed tantum oſculum, & manus porrectionem, quæ ſunt ſymbola hominii, & in quibuſdam locis debent aureum nummum, quod dicitur *droit de chambelaige*. Requiritur etiam in feudo inveſtimentum domini mutato vaſallo, vel aliquid pro inveſtimento. De eo agitur *2. feud. t. 35.*

B Ex his vaſallis alii debent fidem, & hominium tantum, alii etiam ſervitium, alii pacem, ut procurent pacem domino ſervari .i. ut pacatos reddant omnes, quicunque ſe extulerint contra dominum, alii pluvium .i. ut domino ab hoſtibus capto pro eo fiant obſides. Et ita Rege Galliæ ab Anglis capto, Barones quidam homines regis inviti dati ſunt obſides pro Rege. Auctor Summæ ruralis, qui liber eſt perneceſſarius in foro verſari cupientibus. Præterea ex vaſallis alii ſunt ligii, ſic dicuntur in legibus Longobard. & Saxon. & gentium ceterarum. Alii non lidi, ſive plani, & lidorum gravior eſt conditio, & arctius fidei vinculum, quam ceterarum: nam & ampliora εἰσδεκτικὰ penſitant, & nullo excepto, quacunq; ex cauſa dominum tueri & defendere contra omnes coguntur. Inde illa contentio inter Ducem Brit. & Carol. VII. regem Galliæ: Rex Du-

C cem ſibi eſſe lidum contendebat. Dux ſe planum vaſallum, non lidum: ſunt vaſallorum vaſalli *lib. 2. feud. t. 55.* dicuntur *arrierevaſſaux*, & *arrierefiefs*, quæ quis tenet feudi jure, ab eo, qui idem tenet feudi jure. A vaſallis diverſi ſunt, qui dicuntur ſuſcepti: ii ſunt, qui ſe & ſua omnia tuenda potentioribus addicunt, quod jure noſtro eſt prohibitum in futurum, non in præteritum, *l. 1. inf. ut nemo ad ſuum patrocinium ſuſcipiat, & in Nov. 17. & in tit. de patrociniis, Cod. Theodoſ.* Et in dicta *Nov. Tiberii de divinis domibus*. Itaque remanſerunt ſuſcepti quidam, vel potius contrarius mos abrogavit eas conſtitutiones: pleroſque ejuſmodi habuit olim Eccleſia: hac ſpecie ſuſceptionis vindicabant ſibi bona ſuſceptorum, ſive clientium, vel etiam ea eis relinquebant ſub patrocinii certa mercede: ita ut aliquid penſitarent pro patrocinio, *l. 2. inf. ne quis ad ſuum patroci-*

D *nium, &c.* Græca eſt conſtitutio. Sententia eſt: ne quis vicarius patrocinium polliceatur, ne agricolas in clientelam ſuſcipiat, redituum, vel alterius lucri promiſſione facta pro patrocinio. De his Salvianus Epiſc. *lib. 5. de providentia. Servius 6. Æneid. Palæmon in gloſſis.* Aſſecla. i. cliens, ſeu ſuſceptus: his ſunt ſimiles, qui dicuntur Caſati in conſtitutione Caroli magni, & Caſarii, *l. 7. inf. de bonis proſcriptorum.* Sic habent veteres, ſic codex Theodoſ. Vulgo male cenſuarii. Id ad extremum ſciendum eſt, alia eſſe prædia optimo jure, optima conditione, quæ nihil ulli penſitant, quæ nec fidem, nec hominium, nec inveſtituram, nec εἰσδεκτικὰ debent, & vulgo dicuntur alodia .i. *franc aleu.* Inveni proprie allodii nomine ſignificari proprium cujuſque patrimonium. Ita *2. feud. tit.* 48. dum ait: Si datum ſit ad proprium, vel ad libellum: dum ait ad proprium,

E intelligit alodium: dum ad libellum, dationem libellariam, ſeu chartulariam, *ut t. 26.* & ſic in veteribus formulis Francorum collectis a Marculpho. Alode ſemper opponitur comparato, ex quibus unam proponam. Lex eſt Francorum, ſeu lex Salica. Francos enim Salios appellari ſcribit *Amm. Marcell. lib.* 17. ut de terra Salica nulla portio hereditatis ad mulierem perveniat, quæ lex extat *lib. ll. Salicarum, tit. de alodio.* Eadem fuit olim lex Anglorum, & Turingiorum, in qua id ita exprimitur, ne hereditas tranſeat a lancea in fuſum, & olim in Armenia, ut conſtat ex Nov. XXI. At eam l. Francis diſplicuiſſe id exprimitur hac formula, ut ſorores cum fratribus ſuccedant in alode. Formula eſt: Gajæ dulciſſimæ filiæ ſalutem: Diuturna, ſed impia conſuetudo inter nos tenetur, ut de

terra

terra paterna, cum fratribus sorores portionem non habeant. Sed ego perpendens hanc impietatem, quod sicut a Deo æqualiter mihi dati estis filii, ita & a me similiter estis diligendi, & post mortem meam æqualiter vos frui meis possessionibus æquissimum sit. Ideo te dulcissima filia cum germanis tuis Lucio & Ophilio, æqualem & legitimam heredem esse constituo in tota mea hereditate, ut tam paternis, quam maternis, sive quodcunque morientes reliquerimus, tibi æqualiter cum germanis tuis, filiis meis, uti frui liceat, eorumque partem obtineas. Alode opponitur comparatio. Est igitur proprium patrimonium, & quod tenetur proprio jure, nec pendet ex alio.

Ad L. II. In emphyteuticariis contractibus *sancimus; si quidem aliquæ pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptæ: easdem & in omnibus aliis capitalibus observari, & de rejectione ejus, qui emphyteusin suscepit, si solidam pensionem, vel publicarum functionum apochas non præstiterit. Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit: volenti ei, licere eum a prædiis emphyteuticariis repellere: nulla ei in posterum allegatione meliorationis, vel eorum, quæ emponemata dicuntur, vel pœna apponenda: sed omnimodo eo si dominus voluerit, repellendo, neque prætendente, quod non est super hac causa inquietatus: cum neminem oporteat conventionem, vel admonitionem expectare, sed ultro sese offerre, & debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod & anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est. Ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur emphyteutas suos repellere, & reditum minime velle suscipere, ut ex hujusmodi machinatione triennio elapso, suo jure is, qui emphyteusin suscepit, cadat: licentiam ei concedimus, attestatione præmissa, pecunias offerre, hisque obsignatis, & secundum legem depositis, minime dejectionis timere periculum.*

SIcut lex prima hujus tituli ostendit, pactiones esse servandas inter dominum & emphyteuticarium factas super omnibus, & specialiter super casibus fortuitis: & si nullæ intervenerint, utri eos casus adscribi oporteat: qua in re inter emphyteusim & locationem interest. Ita hæc lex secunda ostendit, pactiones esse servandas inter dominum & emphyteuticarium in omnibus, & specialiter in eo, quod convenerit de rejectione emphyteuticarii, de quo si nihil convenerit, alia differentia ostenditur inter locationem & emphyteusim. Emphyteuticarius duplici ex causa de fundo rejicitur, quod domino pensionem annuam non solvat, & quod apochas fiscales domino non reddat, prædium debet canonem domino, tributum fisco, tributum autem fiscus exigit, vel a conductore, vel a domino pro consuetudine regionis, *l. si sine herede, §. Lucius, D. de administrat. tut.* Si etiam tributum exigit fiscus ab emphyteuticario, vel a domino. Ut igitur dominus sit securus adversus fiscum, emphyteuticarius domino debet reddere fiscales apochas, quibus probare possit fisco soluta esse tributa: debet igitur emphyteuticarius & canonem solvere, id est, pensionem annuam domino, & fiscales apochas reddere, quod si non faciat, expelletur fundo emphyteuticarius. Rursus etiam emphyteuticarius rejicitur ob cessationem anni, biennii, vel triennii, vel quinquennii, prout convenerit, *l. lex, D. de pignorib.* vel etiam ob cessationem, & moram ejusmodi non rejicitur, si nominatim convenerit ne ob moram pensionum annuarum rejiciatur. Nam si simpliciter convenerit ne rejiciatur invitus, vel si nihil convenerit: ex hac lege invitus repelletur ob cessationem triennii, id est, si per triennium, neque canonem solverit, neque apochas publicas reddiderit: & hac in re distat emphyteuticarius a conductore, in quo sufficit cessatio biennii, *l. 3. sup. locati*. Item in emphyteuticario Ecclesiastico sufficit cessatio biennii, *Novella* 120. at in paganico, ut loquitur Eustathius *lib. de temporibus*, exigitur cessatio triennii. Idem dici potest de civitatum emphyteuticario: nam & hic excidit jure emphyteutico ob canonem non solutum, *l. 1. D. si ager vect. l. 1. inf. de administrat. rer. ad civit. pertin. lib.* 11. Videtur ergo idem tempus & in eo servandum. Diversum est in emphyteuticario prædii fiscalis: nam hic ob canonem non solutum non incidit in commissum, *l. 4. inf. de fund. patrim. l. 2. inf. de fund. rei priv. lib.* 11. Licet ob tributum tamen non solutum possessor incidat in commissum, *l. 1. infra, de susceptoribus*, & ita videtur accipienda *l. 2. inf. de fundis patrim.* scilicet de tributis, non de canone. Alioqui pugnaret cum quæstione legis 4. Hæc est collectio: ob tributa non soluta fundus minoris fisco non committitur: hoc datur ætati: ergo idem non datur majoribus: ergo ob tributum non solutum fisco majores incidunt in commissum. At ob canonem non solutum idem minoribus & majoribus datur, ne fundus fisco committatur. Itaque Accursius *l. si tutoris, inf. de administrat. tutor.* male accipit de fundo fisci, cum sit de fundo privatorum, vel civitatum emphyteutico, qui dominis, vel municipibus committitur ob canonem non solutum, etiamsi jus emphyteuticum fuerit minoris 25. annis, quod tamen pertinet ad periculum tutoris, qui rem committi passus est: sed exigitur cessatio triennii priusquam commisso locus fiat: & ita e contrario si dominus per triennium moram faciat in accipiendo canone emphyteutico, hoc cedit lucro emphyteuticarii. Anni aut biennii mora domino non nocet, & in hanc rem Eustathius citat *leg. 32. de Episcop. audient. supra*, in quo titulo ea lex, & pleræque aliæ græcæ desiderantur. Itaque si dominus postquam triennio moratus est in accipiendo canone, deinde eum petat, repelletur. Et putem solam oblationem emphyteuticarii sufficere, id est, eum liberare præstatione temporis præteriti, sicut sola oblatio liberat a canone fisco debito, *l. 4. de col. fund. patrim.* & a tributis in præteritum, non in futurum, *l. 1. infra, de susceptor.* At a dejectionis periculo non liberabitur nisi etiam eam pecuniam deposuerit, & obsignaverit. Sola oblatio non liberat a pœna commissi, a præstatione præteritio triennii liberat: quæ omnia sunt singularia postquam cœpit hic contractus haberi pro speciali: Nam regulariter sola oblatio liberat a pœna nondum commissa, *l. Cels. §. ult. D. de recept. qui arbitr. receperunt*, & sola oblatio non liberat a sorte jam debita, vel ab usuris ex stipulatione debitis, *l. acceptam, sup. de usur.* vel ratione fructuum perceptionis, *l. 4. sup. de usur.* Sola tamen oblatio liberat ab usuris debitis ex sola mora, quia sola oblatio purgat moram, *l. qui Romæ, §. Seja, D. de verb. obligat.* Id etiam ex hac lege notandum, moram contrahi in rem ab emphyteut. ex solo triennii lapsu sine interpellatione, idque ex definitione *leg. magnam, inf. de contrahenda stipulat.* quam Justinianus intelligit, dum ait, anteriori lege: nam ambæ leges editæ sunt eodem anno: sed lex *magnam* mense Aprili, hæc Septembri: hujus legis est subscriptio *datum* 15. *Calend. Octobr.* Chalcedone Decio viro clariss. Consule. A qua *l. magnam* non sunt excipiendæ operæ officiales, quæ in diem non debentur, sed tunc incipiunt deberi, cum peti cœperint. Definitio est de debitis in diem, quæ etiam fuit secunda Accursii animadversio. Postremo ex hac l. notandum, emphyteuticarium, qui ob cessationem triennii cecidit suo jure, nullam habere retentionem, aut petitionem nomine meliorationum, vel eorum, quæ ἐμπονήματα vocantur. Videtur lex differentiam facere inter meliorationem, & ἐμπονήματα, nisi dicas, vel esse ἑρμηνευτικὸν, quod verum est, ut confirmat lex ult. Hic dicuntur, & a Grecis ἐμπονήματα, & βελτιώσεις. Præterea non habet petitionem pœnæ, ut si sit pœnam stipulatus, si expelleretur, & expellatur ob cessationem triennii, non aget ex stipulatu de pœna: nam hic casus semper exceptus intelligitur in hac stipulatione, nisi cessaverit in solvendo, *l. quæro, §. inter, ff. loc.* Hæc est sententia hujus legis secundæ. Nunc transeamus ad quæstiones interpretum.

pretum. Quærunt an emphyteuticarius expelli possit, si in fundo emphyteutico male versetur, qua ex causa constat conductorem expelli posse, *l.3. sup. loc.* Et emphyteuticarium Ecclesiasticum, *Novella* 120. Et vulgo admittitur in emphyteuticario paganico, ut expellatur non tantum ob cessationem triennii, sed etiam quod abutatur prædio. Recte: nam per emphyteusim res utenda & melioranda datur, non abutenda & deterioranda. Secunda quæstio est, an emphyteuticarius, qui per errorem cessavit triennio solvere canonem, jus emphyteuticum amittat, an etiam excuset ignorantia, ut si heres cessaverit, qui justam habere solet ignorantiæ causam? & placet non esse distinguendum inter scientem & ignorantem: nam hæc mora committitur reipsa, ergo personæ scientia non exigitur. Verum Accursius ait heredi subveniri, & restitui posse in integrum ex clausula generali, si qua justa causa esse videbitur, sed in ea errat semper Accursius, nam ad absentes tantum pertinet, *l. nec non, ff. ex quib. caus. major*, non ad ignorantes. Prætor tamen solet etiam ignorantibus opem ferre, ex magna & justa erroris causa, *l.2. de restit. in integ. §. si quis agens, Institut. de actio.* Heredi igitur etiam ex causa subvenietur ob justum errorem, non vi illius clausulæ. Tertia quæstio est, an valeat pactio facta inter dominum & emphyteuticarium, ne emphyteuticarius ob cessationem pensionum invitus expellatur. Jam dixi, pactionem valere hac *l. secunda*, quæ ait valere pactiones de rejectione emphyteuticarii, ut secundum id quod convenerit, expellatur, vel non. Huic tamen sententiæ opponit Accursius *leg. in hoc, §. si conveniat, ff. comm. divid.* Lex ait, non valere pactionem factam inter socios, ne omnino fiat inter eos divisio rei communis: ergo etiam non debet valere pactio, de qua quæritur. Respondendum est, diversam esse rationem illius & hujus pactionis. Illa pactio est severior de individuo vinculo communionis, cum publice magis intersit ne quis perpetuo communioni astringatur, propter discordias, quas excitare solet communio, *l. cum pater, §. dulcissim. de leg.2. l. in re communi, D. de servit. urb. prædior.* Hæc autem pactio, de qua quæritur, est benigna, quæ pœna commissi emphyteuticarium liberat. Deinde opponit *l. cum precario, D. de precar.* Si quid precario rogavero in Idus Januarias, nulla est conventio. Et hæc etiam conventio est diversa ab ea, de qua quærimus, nec sani hominis collationes sunt tam diffidentium inter se conventionum. Sumas quamlibet etiam pactionem, non minor erit ejus, quam istius cum nostra conferendæ ratio. Si societatem tecum hac lege coiero, ut inæquales partes inter nos fiant damni & lucri, nisi opera suppleat inæqualitatem, nulla est conventio, quia natura societatis non admittit hanc pactionem inæqualitatis: nam vel non est societas, vel æquale esse debet lucrum & damnum: contra naturam societatis facta pactio nulla est, *§. de illa, Institut. de societ.* Erit quidem societas, sed illa pactio circumscribetur. Sic contra naturam precarii hæc pactio est, ut qui rem meam precario rogavit, eam teneat me invito, verbi gratia, in Idus Januarias, quia natura precarii est, ut rem, quam ex me habes precario, repetere possim quandocunque libuerit: ideoque detracta illa conventione precarium valebit. Pactio potest excedere naturam contractus, non potest contraria naturæ contractus esse: ut si in deposito conveniat similem rem reddi, non eandem, est excessus, qui non admittitur, *l. Lucius, D. de depos.* Si conveniat rem depositam reddi Idibus, non ante Idus, hæc conventio est contraria deposito. Nam ut precarii, ita depositi natura est, ut revocetur dantis arbitrio, quandocunque libuerit. Itaque repeti poterit depositum etiam ante Idus, neglecta pactione, *l. 1. §. pen. de depos.* At pactio, de qua tractamus, ne scilicet liceat expellere emphyteutam, etiam si diu cessarit in solvendo canone, non est contra naturam emphyteuseos, cum omissa commissi pœna, canon alio modo domino salvus esse possit, & cum salva maneat emphyteuseos natura. Nam hæc non sunt pugnantia, esse emphyteusim, & commisso locum non esse, ut nec sunt contraria esse emptionem, & evictioni locum non esse: at sunt pugnantia esse emptionem, & de pretio non convenisse, esse precarium, vel depositum, nec posse quandoque revocari, esse societatem, nec tamen communionem esse damni & lucri. Quarta quæstio est, an ob cessationem triennii dominus possit expellere emphyteuticarium sua auctoritate? Respondendum est non posse, judicis auctoritas exigitur, *l. lex, D. de pign.* Sicut in locatione. Idemque respondetur de conductore, *l. pen. sup. de loc. & conduc.* Nec obstat *l. devotum*, quam citat Accursius, *inf. de metatis*. Species est: Si domus mea non debeat metatum, id est, non cogatur suscipere hospitem, & metator in eam veniat præparandi hospitii causa, militibus forte transeuntibus, eum expellam mea auctoritate, si exsecutorem expellam mea auctoritate, si rem meam injuria occupet obtentu officii, *l. 5. de jure fisci, l. pen. de exsecut. & exact.* Ceterum hoc modo rem meam tueor, & defendo contra injuriam metatoris, quod jure naturali permissum est. At cum expello emphyteuticarium mea auctoritate, rem meam, quam habet, nec reddit, sine judice mihi vindico, quod nullo jure permissum est. Quinta quæstio est, si post triennii cessationem dominus accipiat oblatas trienni pensiones, an dominus possit uti jure commissi. Hæc definitur *Novella* 120. quæ ostendit dominum posse uti jure commissi expulso emphyteuticario, simul & præteritas pensiones exigere; & licet ea Novella loquatur de Ecclesiastico emphyteuticario, eadem tamen est ratio in paganico, & inter Ecclesiasticum & paganicum una tantum est differentia in cessatione, nempe in temporis definitione, de qua constat. Igitur solutio pensionum, & acceptio non liberat emphyteuticarium a pœna commissi jam commissa: at si nolit uti dominus jure commissi, & velit jus emphyteuticum perseverare, tunc tantum pensiones exiget. Et e contrario, ut heri ostendimus, si ipse dominus per triennium fuerit in mora accipiendi oblatam pensionem non depositam, & obsignatam, nihilo tamen minus utetur jure commissi, non tamen exiget pensiones. Sunt hi duo casus excipiendi a priori definitione, alioquin utrumque consequetur & pensiones & fundum. Non obstat *lex post diem, D. de lege commissor.* qua etiam motus Accurs. aliter respondit. Species legis est: res vendita lege commissoria est, ut scilicet fiat inempta pretio non soluto Calend. proximis: post Calendas, & ita l. commissa, seu venditione, venditor petit pretium actione ex vendito: An poterit variare? & postea uti lege commissoria, & fundum venditum vindicare? L. ait non posse, quia ipse secum pugnat, nam dum agit pretii nomine ex vendito ratam venditionem facit; dum utitur l. commissoria, irritam facit. At in specie proposita non pugnat secum dominus, qui emphyteusim dissolvit, & præteriti temporis pensiones exigit. Opponitur etiam *l. ult. D. de eo, quod certo loco, l. 2. D. si quis caution.* & *l. vectigalia, §. ult. D. de publ.* Sed his medendum est eodem collyrio, ut recte respondet Fulgosius. Sexta quæstio est, si sit contentio inter dominum & emphyteuticarium de solutione pensionum, & emphyteuticarius dicat se solvisse, dominus neget, cui incumbat onus probandi? Nihil est apertius. Qui allegat solutionem, eam probare debet, *l. quingenta, D. de probat. l. ult. inf. de solut. l. asseveratio, sup. de probat.* Probatur solutio testibus tantum, vel apochis, & testibus quinque, *l. testium, sup. de testib.* & apochis munitis tribus testib. *l. 12. sup. de testib.* secundum distinctionem *legis ult. sup. si cert. pet. de reb. cred.* Nam quandoque sola apocha sufficit. Adjicit Accursius emphyteuticarium, qui probat se tribus proximis annis solvisse, præsumi etiam solvisse superioribus, nec de solutione superiorum ab eo probationem exigi, sed de non solutione a domino, argumento *l.3. inf. de apochis publicis*, quæ loquitur de tributis fisco debitis, non de canone dominico. Sed idem etiam tra-

trahitur ad canonem in burboniis consuetudinibus, *tit.* 28. A Septima quæstio est: si dominus sit stipulatus pœnam de emphyteuticario, ni suis temporibus pensiones intulerit, an videatur renuntiare juri commissi? Recte Accursius dicit, non videri: Nam sicut stipulatio pœnalis non tollit sortis obligationem, nisi id actum sit: ita non tollit jus commissi: at si eligat dominus pœnam, non utetur jure commissi, ni aliud sit actum, ut utroque uteretur, jure commissi, & stipulationis pœna: illa sæpius potest exigi, nisi id actum sit. Ultima quæstio est: an si emphyteuticarius jus suum in alium transtulerit, contra eum dominus possit uti jure commissi? Respondetur, posse, cum successerit in locum prioris, sub eodem onere eademque causa, licet cum eo non sit emphyteusis contracta: itaque si cessarit in solutione pensionis per triennium, expelletur a domino. Ultimo loco hanc B quæstionem Accursius adjicit, si quis alienum prædium 40. annis possederit, sub præstatione canonis, & canonem solverit quasi emphyteuticarius, cum non esset, an re cognita possit dejici? Respond. Accurs. non posse dejici, sed præsumi celebratum esse contractum emphyteuticum. Sententia est, eum non posse dejici, quasi non sit emphyteuticarius, sed pro emphyteuticario haberi: vetustatem corrigere vitium possessionis, quæ fuit sine titulo: & ita qui fundum tenuit 30. annis, ut vasallus, & fidem atque hominium domino exhibuit, licet ab initio non sit investitus, pro vasallo habetur, *lib. 2. Feud. tit.* 25. Putem & in specie proposita ab Accursio 30. annos sufficere, imo & 20. si bona fide prædium alienum possederit. In *l. ult. inf. de fundo patrimon.* agitur de fundis fiscalibus, vel templorum, & in C eis exigit 40. annos, non de fundis privatorum. At quid dicemus e contrario in emphyteuticario, si 30. annis fundum possederit optimo jure, sine illatione pensionum? & constat hunc non posse dominium adquirere, cum possideat alieno nomine, non suo, & idem esse in conductore: nam conductores, & emphyteuticarii per longissimum tempus possessionem, & dominium non adquirunt, *l. cum notissimi*, *§. penult. inf. de præscript. 30. annorum*. At adversus jus commissi, vel petitiones ὀπισθοτελειῶν, sive reliquorum, *les arrerages*, poterit se tueri præscriptione 30. annorum, & in causa fisci 40. In futurum tamen non erit a pensionibus immunis, *l. comperit*, *inf. de præscript. 30 annor.* quia possessionis causa non mutatur, sed idem fundus manet emphyteuticus: & ita etiam vasallus non se liberat hominis con- D ditione præscriptione 30. vel 40. annorum. Notandum in feudo non esse locum commisso, locus est commisso in locatione, in emphyteusi, in contractu libellario, vel censuali: & generaliter in omnibus annuis reditibus: at in feudo, cujus ratione nullus annuus reditus debetur, ob fidem, & professionem hominii domino non præstitam, non est locus commisso, id est, feudum non amittitur: & sunt tantum certæ ingratitudinis causæ, ex quibus domino feudum committitur, ut si dominum abnegaverit, si violentas manus ei intulerit, si uxorem, aut filiam vitiaverit. De his lib. 1. *Feud. tit.* 5. *&* 21.

Ad L. III. Cum dubitabatur utrum emphyteuta *debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quæ græco vocabulo ἐμπονήματα dicuntur alienare, vel jus emphyteuticum in* E *alium transferre, an ejus exspectare consensum: sancimus, si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari. Sin autem nullo modo hujusmodi pactio interposita est, vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est: minime licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre, sed ne hac occasione accepta, domino minime concedant emphyteutas suos accipere pretia meliorationum, quæ invenerunt, sed eos deludant, & ex hoc commodum emphyteutæ depereat: disponimus attestationem domino transmitti, & prædicere quantum pretium ab alio (revera) accipi potest. Et si quidem dominus hoc dare maluerit, & tantam præstare quantitatem, quantam* A *ipse revera emphyteuta ab alio recipere potest: ipsum dominum omnimodo hæc comparare. Sin autem duorum mensium spatium fuerit emensum, & dominus hoc facere noluerit: licentia emphyteutæ detur, ubi voluerit, & sine consensu domini meliorationes suas vendere, his tamen personis, quæ non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad hujusmodi venire emptionem. Necessitatem autem habere dominos, si aliis, melioratio secundum præfatum modum vendita sit, accipere emphyteutam; vel si jus emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas, & idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit: non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem suscipere, non per conductorem, vel per procuratorem, sed ipsos dominos per se, vel per literas suas, vel (si* B *hoc non potuerint, vel noluerint) per depositionem, in hac quidem civitate apud virum clarissimum Magistrum censuum, vel præsentibus tabellariis per attestationem, in provinciis autem per præsides, vel per defensores celebrandam. Et ne avaritia tanti domini, magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent (quod usque ad præsens tempus perpetrari cognovimus) non amplius eis liceat pro subscriptione sua, vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii, vel æstimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere. Si autem novum emphyteutam, vel emptorem meliorationes suscipere minime dominus maluerit, & attestatione facta, intra duos menses hoc facere supersederit: licere emphyteutæ, etiam non consentientibus dominis, ad alios suum jus, vel emphyteumata transferre. Sin autem aliter fuerit versatus,* C *quam nostra constitutio disposuit, jure emphyteutico cadat.*

HÆc lex tertia est, de alienatione juris emphyteutici, & emponematum, seu meliorationum: & ut lex 1. de casibus fortuitis, lex 2. de rejectione emphyteuticarii: ita hæc lex de alienatione juris emphyteutici servari oportere ait, quod convenerit inter dominum & emphyteuticarium. Sed si nihil convenerit, vel si pactionum instrumentum perierit, lex statuit, ut jus suum, & meliorationes suas emphyteuticarius vendere non possit sine consensu principalis domini. Græci principalem dominum πρωτότυπον vocant, quem Doctores directum. Igitur non potest vendere jus suum inconsulto domino, nam debet denuntiare domino se velle jus suum, quod habet in prædio, alteri vendere, & an ipse velit emere. At quæritur an possit emphyteu- D ticarius donare jus suum domino inconsulto: Constat emphyteuticarium fisci donare posse jus suum sine consensu procuratoris Cæsaris salvo canone, *l. 1. de fund. patrim.* Accursius idem putat dicendum in privato emphyteuticario. Recte: nam eadem est ratio, & si aliter responderis, in totum interdices donatione emphyteuticario, cum ei in totum non interdicatur venditione, sed sub hac conditione tantum, si dominus, cui denuntiatum est esse venalem emphyteuticarium fundum, nolit emere eodem pretio. Donationem si prohibeas, sub eadem conditione, in totum prohibeas, quia dominus semper volet sibi potius prædium donari, quam alteri. Et ita liberalitati, & munificentiæ emphyteuticarii in amicum de se bene meritum collatæ, dominus erit impedimento semper. Igitur licebit emphyteutica- E rio donare, domino non antestato, & inconsulto, non item vendere. Poterit & permutare sine consensu domini, quia non est in potestate domini eandem rem offerre, pro qua emphyteuticarius jus suum cum altero commutat. At idem pretium offerre, est in ejus potestate. Ideo est denuntiandum domino, cum possit idem pretium præstare. Igitur in hac lege tertia alienare accipitur stricte pro vendere, ut in *l. 1. hoc t.* Alienationis, id est, venditionis, *§. adeo, de loc. Institut.* refertur sententia legis primæ, & pro eo quod est in l. prima, alienationis, in eo est venditionis: Potest etiam emphyteuticarius prædium emphyteuticum pignori obligare salvo canone, *l. tutori*, *§. ult. D. de pignerat. act.* Potest etiam usumfructum, & servitutem ei imponere,

re, *l.* 1. §. 1. *D. quibus modis usufruct. amit.* Sed soluta emphyteusi (solvitur autem tempore, vel commisso) solvetur pignus, & servitus. At emphyteuticarius non potest vendere sine domini consensu. Et idem dicendum in fisci emphyteuticario, licet negaverit Accursius, *l.* 1. *de fund. patrimon.* Debet autem emphyteuticarius, qui juris sui emptorem invenit, & meliorationum, domino principali testato denuntiare, se velle vendere, & quanti possit vendere, id est, se emptorem invenisse, qui daret tot aureos, ut idem dominus possit emere totidem, si velit: nam dominus habet jus προτιμήσεως, id est, præfertur extraneo. Idem jus domino non datur feudo, sed datur jus retractus venditione perfecta intra certa tempora: jus retractus, id est, jus redimendi feudi ab emptore, ut est in consuetudine Parisiensi, *l. prima, & 2. Feudorum, tit. nono.* Constitutione tamen Lotharii & Friderici, feudum non potest alienari sine domini consensu, *ut libro 2. Feudorum, tit.* 52. *&* 55. At eo jure non utimur: nam potest feudum alienari sine consensu domini, sed dominus habet redimendi, sive retrahendi jus, plerumque intra dies 40. reddito eodem pretio emptori. Igitur non habet jus προτιμήσεως, nec jus commissi, si certior non fiat a vasallo, sed habet jus redemptionis, seu retractus: At jus emphyteuticum non potest vendi, & tradi sine domini consensu: si vendatur non denuntiato domino, prædium domino committitur, ut ostenditur *in fine hujus legis.* Denuntiari igitur domino oportet prædium esse venale, post denuntiationem domino dantur duo menses, ut emat si velit eodem pretio: post duos menses si non emat, libere vendet emphyteuticarius cui volet: ad solvendum canonem idoneo, & emere non prohibito, & dominus cogitur eum emptorem recipere, approbare: debet autem eum suscipere non per procuratorem suum, non per conductorem suum, sed per se, vel per litteras suas, sine literis per depositionem factam in urbe apud magistrum census. Magister census erat tantum in urbe, non in provinciis, qui postea dictus fuit γνικὸς, *Novel. Leonis* 44. apud eum fiebant contractuum, & instrumentorum omnium publicationes, & insinuationes. Igitur dominus emptorem novum recipiet per depositionem factam in urbe per magistrum census, vel per testationem factam in urbe, præsentibus publicis personis; id est, tabulariis. Depositio fit sine scripto, *l. in sacris, §. hoc si prolata, inf. de prox. sacr. strin. lib.* 12. Quod non putavit Accursius, ut & *l. ult. inf. de princip. ag. in rebus, l.* 12. testatio fit scripto. In provinciis autem dominus principalis debet novum emphyteuticarium suscipere per depositionem, vel testationem factam apud præsidem, vel civitatum defensores, si per se nolit, aut per epistolam. Debetur autem domino pro hac re εἰσδεκτικόν, id est, pro admissione novi emphyteuticarii, quod hac lege definitur, ut ei detur quinquagesima pars pretii (*Gallice les lots, & ventes*) & dominus testato convenitur, ut novum emptorem admittat, & post eam testationem, adhuc duobus mensibus exspectatur: post duos menses si non admittat, & approbet, jam non necessaria susceptio, εἰσδεκτικῆ, nec debetur εἰσδεκτικόν; sed alienatio valet perinde ac si unus emptor fuisset receptus a domino: præterea notandum hæc εἰσδεκτικὰ, sive laudimia deberi non tantum si jus emphyteuticum vendiderit, sed etiam si donaverit, vel permutaverit, vel legaverit, vel institutionis jure in alium transtulerit, quod hac lege significatur, dum ait, domino quinquagesimam pretii deberi, vel æstimationis loci, qui in aliam personam transfertur; pretium refertur ad venditionem, æstimatio ad aliud genus alienationis. Nam licet emphyteuticarius possit donare, vel permutare sine domini consensu, non ideo non debentur εἰσδεκτικὰ, sicut in feudo, licet hodie sine domino vendi possit, non ideo minus debentur quintæ: ac similiter si pacto convenerit, ut emphyteuticarius domino inconsulto possit vendere, non ideo remissa videntur εἰσδεκτικὰ. Primum igitur caput legis tertiæ, ne alienet sine domini consensu, ad venditionem tantum pertinet, ne emphyteuticarius alienet inconsulto domino. Cetera ad omnem alienationem, & ut novus emphyteuticarius suscipiatur, ut inferat εἰσδεκτικόν, ut his omissis commisso locus sit.

JACOBI CUJACII J.C.

RECITATIONES SOLEMNES,
SIVE COMMENTARII

In Quintum librum Codicis.

AD TITULUM I.

DE SPONSALIBUS, ET ARRIS SPONSALITIIS, ET PROXENETICIS. Anno 1575.

HIC titulus tres habet partes: Una est de sponsalibus: altera de arris sponsalitiis: tertia de proxeneticis. Et observandum est in primis, hanc esse mentem conditoris Codicis, ut quos omisit contractus libro superiore, hoc lib. persequatur, & actiones proditas ex iis, ac præcipue matrimonii contractum, qui etiam nudo consensu perficitur, ut emptio, locatio, societas, mandatum, & emphyteusis: qui expositi sunt libro superiore. Et hoc obiter serva quod dico, emphyteusin perfici nudo consensu, sicut emptionem & locationem, quibus adsimilatur; nec esse ad eam perficiendam necessariam stipulationem, nec scripturam: matrimonium inquam nudo consensu perficitur: nam neque verba, neque scripturæ proprietatem desiderat, neque dotem, neque concubitum, neque pompam, neque uxoris deductionem in domum viri, *l. pen. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. si donationem, inf. de nupt.* quæ sunt quidem per consequentias matrimonii propria, sed reliqua, non principalia, quæ rem, negotiumque conficiant, nudus consensus rem conficit. Nuptiæ igitur, sive matrimonium est conventio nuda, quæ fit inter cives, marem, & feminam ad sobolem procreandam spectans, eo animo votoque, ut in una domo totam vitam vivant socialiter. De hac conventione tamen plenius dicimus, cum ad tit. quartum, qui est de nuptiis, pervenerimus. Ab ea enim ordiri vetamur cum ordine titulorum, tum re ipsa: nam licet matrimonium consensu nudo trahatur, ut emptio, vel locatio: tamen ad eum non pervenitur statim, ut placuit primus sermo de nuptiis: & repentino quod contrahitur, id haudquaquam sapientes probant. Ac rectissime *D. August.* 8. *confes. Institutum est*, inquit, *ut jam pactæ non tradantur statim, ne vilem habeat maritus, datam, quam non suspiraverit sponsus desideratam, & dilatam.* Nullus est contractus, cui tot adjiciantur contractus alii; ne de pactionibus loquar: nam & celebrior est contractus ceteris omnibus, quippe qui primus est omnium contractuum, ut ait Hierocles *lib. de nupt.* Contractui uni, qui principalis est, non tantum pactiones adjiciuntur, sed & contractus alii, eumque ambiunt, & circumstant, ut emptionem, & venditionem arrarum datio, traditio rei, & cautiones. Matrimonii licet unus sit, & principalis contractus, sunt alii, qui, ut ad eum perveniatur, vel eum præcedunt, vel ubi completus est, eum sequuntur, vel modo præcedunt, modo sequuntur, vel qui penitus dirimunt eam conventionem, ut divortium, quod contractum esse certum est, *l. jurisgentium, §. quinimo, D. de pact. l. si uxor, de judic.* Sed qui ad eum constituendum, confirmandum, vel corroborandum spectant, hi sunt, dotis datio, vel promissio, donatio ante nuptias, vel propter nuptias, sponsalia, arrarum datio: dotis promissio est contractus, dotis etiam datio contractus est, *l. exigere, D. de judic. l. contractus, D. de reg. jur.* Dotis, inquam, datio contractus est, qui præcedere, vel sequi matrimonium potest, ut Paulus ait *libro*

bro 2. Sentent. tit. de dot. Et ſi ſola præcedat, nondum eſt matrimonium : Nam dotis datio vel promiſſio nuptias, vel ſponſalia non facit, *l. ſi ſponſalibus, D. de jur. dot.* Imo nec dos eſt proprie antequam nuptiæ ſequantur, *l. 3. D. eod.* Ineſt enim dationi, vel promiſſioni dotis tacita conditio, ſi nuptiæ ſequantur, *l. ſtipulationem, & l. quia autem, D. eod. l. 4. §. 1. D. de pact.* Et ante nuptias igitur dos imperfecta eſt, dotiſve contractus imperfectus eſt, *l. neceſſario, D. de per. & com. rei vend.* Item donatio ante nuptias eſt contractus: nam ei negotium eſt aliquod, qui olim præcedere nuptias, hodie etiam ſequi poteſt, ſicut dos, & ob id mutato nomine hodie dicitur donatio propter nuptias, non ante nuptias, *l. ſi conſtante, inf. tit. 3.* Item ſponſalia contractus eſt, qui præcedit tantum nuptias. Arrarum quoque datio contractus eſt, qui etiam præcedit nuptias, & quia pars prima hujus tit. eſt de ſponſalibus, de eo contractu prius nobis agendum. Sponſalia hodie contrahuntur nudo conſenſu, ſicut nuptiæ, *l. 4. & ult. D. eod.* Idcirco recte contrahuntur inter abſentes per internuntium, vel per epiſtolam, vel per aliam quamlibet perſonam interpoſitam, veluti per procuratorem, pararium vel proxenetam: Et recte in *l. 4. quotidie fieri, & d. l. ult. plerunque fieri*, ut abſens abſenti deſpondeatur, ut hæ conditiones expediantur interpoſitis perſonis, quæ expediri per alium non poſſent, ſi ut olim ſponſalia fierent per ſtipulationem : nam ſtipulationes nunquam fiunt per alium, *l. 1. in pr. ff. de verb. oblig.* Et ſecundum hoc jus novum, quo ſponſalia nudo conſenſu contrahuntur, puto accipiendam eſſe definitionem Flor. poſitam in *l. 1. D. eod. ut ſponſalia ſint mentio, & repromiſſio futurarum nuptiarum*. Non ſatis eſt mentio; nam mentio eſt primus ſermo & tractatus de nuptiis contrahendis, nondum contractus, nondum ſponſalia. In *l. nam cum, D. pro ſoc.* tractatu habito coiri ſocietatem, non tractatum ſcilicet, ſed concluſionem tractatus eſſe ſocietatem. Ideo additur in definitione, *repromiſſio*, quo nomine fateor plerunque ſignificari nudam cautionem, ſive repromiſſionem ſtipulanti factam non datis fidejuſſoribus, ſed dico illo loco ſignificari nudum conſenſum, quo hodie ſponſalia perficiuntur, imo in jure, quod eſt veriſſimum, promittendi & repromittendi verbum latiſſime patet: Nam & pactum eo ſignificatur, & nudus conſenſus, & dictio, & pollicitatio, & omnis contractus, *l. ſciendum, §. dictum, ff. de ædil. edic. l. 9. in pr. ff. de duob. reis, l. pactum, ff. de pollic. l. ſi pacto, ſup. de pact. l. nuda, inf. de contrah. ſtip.* Et ideo minus eſt *promittere*, quam *ſpondere*. Seneca in epiſt. *Jam non promittunt de re, ſed ſpondent.* Promittunt qui quamcumque conventionem inveniunt, etiamſi obligatio ex ea non naſcatur, & qui paciſcuntur : igitur ſpondent tantum qui ſtipulanti promittunt, quod eſt firmiſſimum vinculum juris, & ut ait *l. ſpoſio, D. de verb. ſig.* ſponſio appellatur, non tantum quæ fit per ſponſi interrogationem, nempe his verbis, *ſpondes? ſpondeo*; ſed etiam omnis promiſſio, ſtipulatioque, licet fiat aliis verbis, *promittis? promitto, fidejubes? fidejubeo. Sponſus* Varroni eſt *contra ſponſum rogatus* : ſponſor, qui viciſſim rogatus eſt an ſponderet, ut fiebat olim in ſponſalibus : Ætate autem Florentini deſierant ſponſalia fieri per ſtipulationem, ſatisdato fiebant, id eſt, datis fidejuſſoribus, non nuda repromiſſione, ut Servius auctor eſt in illum locum Virgilii, *& gremiis abducere pactas.* Olim igitur ſponſalia per ſtipulationem fiebant, *l. 2. ff. eod. tit.* Arnob. 4. contra gentes. *Habent*, inquit, *interpoſitis ſtipulationibus ſponſas*: & idem addit, *ſponſis pactas, & ſperatas*: pactæ addita ſtipulatione fiebant ſponſæ. Nudum enim pactum non facit ſponſalia, & aliud eſt nudum pactum, nudus conſenſus longe aliud: Nam etſi pactum ſit nudus conſenſus, non tamen omnis nudus conſenſus eſt pactum, ſed vel pactum, vel contractus. Emptionem recte leges perfici nudo conſenſu : nudo pacto fieri nuſquam leges, quod idem eſt de ſponſalibus, atque nuptiis. Stipulatio pactam ſponſam facit; ſtipulatio eſt remedium, quod adhibetur pacto, *l. licet, ſup. fam. erciſc.* Et vitioſa eſt argumentatio, ſi quis dicat: Pactum eſt nudus conſenſus, emptio perficitur nudo conſenſu; ergo emptio perficitur nudo pacto : nam propoſitio non eſt abſolute vera. Nec enim pactum eſt ſimpliciter nudus conſenſus : ſed nudus conſenſus, qui non tranſit in proprium nomen : Nudus autem conſenſus, qui tranſit in proprium nomen, ut emptio venditio, locatio, ſponſalia, nuptiæ, contractus eſt, non pactum. Et breviter idem eſt conventio & conſenſus, *l. 1. §. 1. de pact.* Omnis conventio conſenſum habet. Conventio eſt genus : ergo & conſenſus eſt genus, & ſpecies duæ, pactum, & contractus. Verum ad rem. Olim igitur cum per ſtipulationem fierent ſponſalia, non fiebant per alium : Nam ſtipulatio non contrahitur per alium inter abſentes, ſed fiebant inter eos ipſos, qui erant contracturi nuptias inter ſe, vel inter patrem puellæ, & adoleſc. inter parentes puellæ, & adoleſcentis, qui de nuptiis futuris liberorum ſuorum conſpondebant invicem ſuo nomine, non filiorum, ignorantibus filiis, & nonnumquam invitis. Ideoque ſponſiones illæ eos tantum tenebant, non filios, aut filias, niſi conſenſiſſent, & licebat his patribus diſſentire hac in re, in quorum poteſtate erant, *l. 2. ff. de rit. nupt. l. ſponſalia, & ſeqq. ff. de ſponſal. l. Titia, ff. de verb. oblig.* Igitur omnis nuptiarum poteſtas non eſt in patre. Et recte Comicus: *Uxorem decreverat dare ſeſe mihi pater hodie, nonne oportuit præſciſſe me ante, nonne communicatum oportuit?* Id vero quod ita agitur inter parentes, vulgo exiſtimant eſſe deſpondere, ſed falluntur: Nam verbum illud commune eſt. Deſpondere etiam dicuntur invicem per ſe, qui conveniunt de futuris nuptiis inter ſe, *l. ſi quis tutor, §. quamvis, ff. de rit. nupt.* vel etiam qui eorum nomine conveniunt hodie nudo conſenſu, ut *l. 4. ff. de ſponſ.* deſponſæ a patre, in *l. tutor, ff. de ritu nupt.* additur *deſtinata a patre*. Deſponſatur per conventionem, ſeu conſponſionem. Deſtinatur teſtamento citra conventionem, ut in *l. non eſt matrimonium, ff. de rit. nupt. non deſponſam a patre*, inquit, *nec teſtamento deſtinatam*. Et ut his verbis Comici utar: *Te iſti virum do amicum, tutorem, patrem.* Et inde in *d. l. tutor* ſic omnimodo videtur legendum eſſe; *tutor, vel curator adultam uxorem ducere non poteſt, niſi a patre deſponſa, deſtinatave teſtamento, nominata conditione nuptias puella ſequuta fuerit tutoris, vel curatoris*; *nominata conditione*, id eſt nominato viro, cui eam deſtinabat pater, puta demonſtrata perſona viri, cui filiam nubere pater cupiebat poſt mortem ſuam, quod eſt perſpicue verum. Porro ex ſtipulatione futurarum nuptiarum, quæ olim interveniebat, & ſponſalia perficiebat, ut auctore Gellio Servius Sulpitius ſcripſit, *libro de dotibus*. Ex quo libro refertur alia ſententia in *l. quod Servius, ff. de condict. cauſ. dat.* Et Neratius quoque auctor juris *lib. de nupt. ex ea*, inquit, *ſtipulatione actio dabatur* ſponſo in id, quod uxorem accipi, vel dari intererat, & conſequenter erat olim etiam pœnæ petitio, quaſi vice ejus quod intereſt, ſi ſtipulationi fuiſſet ſubdita pœna, quod etiam probat Nov. *Leon.* 18. Quod improbat *dict. l. Titia, ff. de verb. obligat. & l. pen. infra, hoc tit.* ne metu pœnæ adſtringantur matrimonia. Unde conſequens eſt improbari actionem quanti intereſt: Nam altera alteri ſuccedanea eſt, & datur in eum, per quem ſtat quo minus nuptiæ fiant. Eſt tantum petitio legitimæ pœnæ, non conventionalis : petitio ex lege, non ex conventione, nempe amiſſio arrarum, ſi eas dederit is, per quem ſtat quo minus nuptiæ ſequantur, vel ſi eas acceperit, duplum arrarum, *l. 5. hoc tit.* vel etiam ut adjicit, ex conventione quadruplum. Quid igitur pœnam probat conventionalem, eamque, quæ perveniat ad quadruplum? quia videlicet veteri jure etiam legitima fuit pœna quadrupli, *l. 1. Cod. Theodoſ. ſi rect. prov.* & jus vetus redacto quadruplo in duplum, non ita eſt antiquatum, quin poſſit ex conventione

redu-

reduci, sub eo colore, quod & quadrupli pœnam jus aliquando probaverit. Alioquin non esset pœnæ illius petitio legitima supra duplum petitio. Nam certa est definitio *l. unicæ, C. de sentent. quæ pro eo quod interest profer.* eas tantum pœnas posse exigi, quæ legibus certo fine statuuntur, vel quæ cum competenti moderamine proferuntur: quod ne accipias de conventionalibus, per quas quisque sibi cavit, sed de iis, quæ proferuntur, de mulctis scilicet, quæ proferuntur sententia arbitrio judicis cum competenti moderamine: est enim mulctarum modus quidam in *tit. de mod. mulct. & l. propen. ff. de verbor. sign.* Ea est definitio *dict. l. unicæ*, cui si objiciatur *lex pen. hoc tit.* habes jam quod respondeas. Et rursum, si ei objiciatur *l. si dictum, ff. de evict. l. si procurator, ff. de jur. fisc.* evictionis nomine contrahentes posse cavere, non duplum tantum, sed triplum, & quadruplum pretii, hoc mirum videri nemini debet, quandoquidem lege nulla constituta est ei rei certa pœna, nulla certa taxata quantitas evictionis nomine, & licet moris sit duplum cavere evictionis nomine, tamen non est lex certa, ut plane liceat contrahentibus sibi cavere etiam supra duplum. Nam ubi lex deficit, vel sententia judicis, convenientibus, aut contrahentibus quidvis convenire licet. Nec rursus obstat *l. 4. §. ult. D. si quis caut.* quæ admittit ex conventione pœnam judicio sistendi causa, quæ est amplior eo, quod statutum est edicto Prætoris, quod prima facie vehementer obstare videtur. Nam ut respondeam: cautio judicio sisti est prætoria, quæ in id quod interest concipitur, *l. quoties, ff. de verb. oblig.* Et tritum est illud, id quod interest licere deducere ad certam summam, quod plerunque ejus æstimatio sit incerta, *l. ult. ff. de prætor. stip.* etiamsi pluris deducatur in eam summam, quam revera intersit, modo non excedat duplum in casibus certis, quoniam id quod interest in cas. cert. finitur duplo. Et id igitur, quod explicandi causa additur, quantum intersit, & in casibus incertis, modo non excedat æquum & bonum. Est in hanc rem *l. 6. D. de prætor. stipul. In præt. stipulat. omnibus*, ergo & judicio sisti, etiamsi a Prætore sint conceptæ, & habeant formulam certam, & conceptionem, veluti quanti ea res est, vel quanti interest, tamen posse, si quid contra factum erit, convenire de certa pœna, & pœnæ stipulationem committi ex conventione. Prætoriis quidem stipulationibus nihil posse addi, nihil detrahi, nec earum formulis dicitur in *l. in conventionalibus, ff. de verb. obligat.* Sed nec immutat eas, qui vel addit, aut detrahit eis, & quidquid in eis est incertum, redigit ad certam summam & æquam. Igitur restat vera definitio *l. unicæ*. Supra autem tractavimus de patribus despondentibus filios, aut filias, & de pœna, quæ adjicitur iis desponsionibus. Sæpe usus sum supra *l. Titia, ff. de verb. oblig.* Et æquum est ideo me speciem ad eam legem apponere, quæ est veluti arx quæstionis hujus. Species hæc est. Vir & uxor post matrimonium contractum, quod erat eis secundum (nam uterque expertus erat aliud conjugium) consenserunt, & convenerunt, ut viri filia, quam ex prima uxore habebat, desponderetur filio uxoris, quem ex alio matrimonio habebat. Neque hæ nuptiæ vetitæ sunt, quia nec cognati sunt inter se, nec affines. Nec enim cognati viri affines sunt cognatis uxoris, nec filii viri affines sunt filiis uxoris ex alio matrimonio procreatis, sed cognati viri affines sunt uxori, & contra cognati uxoris affines sunt viro: nam ipsi inter se cognati sunt. Sunt igitur inter eos justæ nuptiæ, & ita quotidie fit, ut mater & filia nubant patri & filio. Et hoc est quod ait *l. generali, §. inter, ff. de rit. nupt.* Inter privignos, viri scilicet, & uxoris, quos ἀλληλοπρογόνυς, Theophil. vocat in §. *mariti, Instit. de nup.* contrahi posse nuptias, etiamsi communem fratrem ex novo parentum matrimonio susceptum habeant. Recte igitur parentes illi, ut proposui, consensere, ut uxoris filia filio mariti desponderetur, ac præterea etiam huic conventioni adjecerunt pœnalem stipulationem, si quis eorum parentum nuptiis impedimento esset, atque ita eam desponsionem devinxerunt pœnæ vinculo. Postea vir constante matrimonio diem suum obiit, ac post mortem patris filia noluit nubere filio novercæ, ut convenerat inter conjuges, citra consensum liberorum: potuit nolle nubere: nam sponsio patris non tenuit filiam. Quæritur, an ex ea stipulatione pœna peti possit ab heredibus patris, quasi per patrem factum sit, dum viveret, ne nuptiæ complerentur. Et respondet J.C. pœnam peti non posse, hac ratione, quia contra bonos mores stipulatio fuit interposita, cum inhonestum sit, ut ait, pœnæ vinculo matrimonia constringi, sive futura, sive jam contracta, quia ea libera esse oportet. Hæc est sententia *legis Titiæ*. Sed si verum est quod ait, eam stipulationem pœnalem esse contra bonos mores, esse inhonestam: igitur Leo *Novell.* 18. non potuit probare eam stipulationem, quæ pugnat contra bonos mores, contra honestatem, pudorem, & jus naturale, quod mutari non potest jure civili. An dicemus, eam Novell. esse contra jus naturale? minime: nam distinguendum est, alios esse bonos mores civiles, alios naturales, *l. item apud Labeonem, §. idem ait, ff. de inju.* & alia esse inhonesta civiliter, alia naturaliter, *l. probrum* 41. *ff. de verb. sign.* Inhonestum esse civiliter matrimonia, & sponsalia vincire metu pœnæ, *l. Titio* 100. §. 1. *ff. de cond. & demonstr.* Ea vero, quæ sunt inhonesta civiliter, posse leges efficere, ut amplius pro inhonestis habeantur. Atque ita in usu evenit sæpe, ut quæ nunc sunt inhonesta, post non inhonesta esse videantur, vel contra, quoniam scilicet hos mores jus civile induxit, non jus naturale. Et sane etiam *d. l. Titia* significat eam stipulationem pœnalem non esse nullam ipso jure, quæ sane nulla esset ipso jure, si adversaretur juri naturali. Et utrique juri igitur: nam quod naturale est, & civile est, & significat ipso jure pœnæ exactionem esse efficacem, si promissor omiserit exceptionem doli mali, dum convenitur ex stipulatu: denique eam stipulationem pœnalem non esse nullam ipso jure, sed irritam fieri per exceptionem doli mali. Hic non morarer diutius, nisi animadvertissem Modestinum J.C. non indignum existimasse tractatu, quæ essent differentiæ inter sponsalia & nuptias. Nam is certe Modestinus *libro 4. different.* docuit, quæ essent differentiæ inter sponsalia & nuptias sub hoc tit. Eos enim libros distinxerat titulis de sponsalibus, & matrimoniis, sicut ex fragmentis veterum Jurisconsultorum, sive reliquiis constat, eum tractasse differentiam inter depositum & commodatum *libr. 3. sub hoc tit. de depos. & commod. & lib. 6. differentiarum.* Differentias inter scientes & ignorantes. Et summa quidem illa, & notior differentia inter sponsalia & nuptias est: Eo distare has ab illis, quo spes distat a re ipsa: Nam sponsalia sunt spes nuptiarum, speratæ nuptiæ, *l. pen. hoc. tit.* spes nuptiarum in *l. 6. ff. eod. l. si uxor, §. Divus, ff. ad leg. Jul. de adult. l. 2. inf. de repud.* & quæ dicuntur speratæ in auctoribus, eæ sunt vel sponsæ, vel pactæ. Nam & pactiones de futuris nuptiis, licet sine stipulatione obligationem non pariant jure civili, tamen etiam sunt spes nuptiarum. Aliam differentiam *eod. lib. 4. different.* Modest. exposuit in *l. ea quæ, ff. ad municip.* Ut scilicet ea, quæ desponsa est, non mutet domicilium, nec forum propter sponsalia, antequam contraxerit nuptias. Uxorem vero constat mutare domicilium, & forum, & ubi domicilium habet maritus, ibi eam conveniri, & facere munera publica, quæ mulieribus conveniunt, *l. ult. inf. de incol. lib.* 10. Et eleganter *in l. 12. C. Theod. de navicul. ut in litibus*, inquit, *causisque privatis mulieres convenit sequi fora maritorum, ita in publicis necessitatibus eandem rationem servari convenit*, ut munera publica, ubi obit maritus, ibi & obeat uxor; Alia differentia est ex eod. lib. Mod. in *l. 14. ff. de sponsal.* In nuptiis definitam esse ætatem, nempe in fem. 12. ann. in masculis 14. vel quod idem est & notandum, in masculis 15. in feminis 13. annorum. Nam cœperit oportet in femina annus 13. in mare 15. Atque

ita

ita non ſunt juſtæ nuptiæ, niſi illa faciat anno 13. ille 15. A incœpto, cujus vel diem unum, aut unam horam attigiſſe ſatis eſt. Et hoc ita demonſtrat Novella Juſtiniani 100. & *Nov. Leon.* 78. & *Nov.* 2. Alexii Comneni *de ſponſal.* In ſponſalibus autem non eſt definita ulla ætas, ut ait *d. l.* 14. Et quod ſubjicit eadem *l. quapropter*, & *a primordio ætatis ſponſ. effici poſſunt, ſi modo id fieri ab utraque perſona intelligatur, id eſt, ſi non ſint minores, quam ſeptem annis*: hic non definit certam ætatem: ſed exigit tantum, ut ſponſus & ſponſa intelligant quid agatur, quod non contingit ante completum 7. annum, qui finis eſt infantiæ. Et hoc idem de 7. annis notatur *Nov.* 2. *Alex. de ſponſal.* Falſum autem eſt quod quidam exiſtimant lege Julia & Papia definitam ætatem in ſponſalibus *auctore D. Auguſto*. Nam hoc tantum Sveton. ſcribit: Auguſtum coarctaſſe tempus ſponſas habendi, id eſt, ut confirmat B *l.* 2. *h. t.* & *l. patri*, *C. Th. eod.* ut poſt ſponſalia ſcilicet, & puellæ puberis non traherentur nuptiæ, & diu ſponſæ haberentur, ſed acciperentur uxores intra biennium a contractis ſponſalibus, alioqui eam impune ſibi poſſe quærere conditionem aliam, ſi ducta non fuerit intra biennium a ſponſalibus arris non redditis, ſed tamen ſi per eam ſtetit quominus fierent nuptiæ intra biennium, quod lex Auguſti præſcripſit, tum eam arras reſtituere in duplum, vel in quadruplum ex conventione. Idemque eſt, ſi impuberis puellæ 10. anno ætatis contracta ſunt ſponſalia, nec uxor accipiatur poſt completum annum 12. ætatis, quod eſt fere intra biennium a ſponſalibus, ſi cœperint ſponſalia 10. anno ætatis: Nam hæc etiam retinet arras, quas accepit, & impune alium ſibi maritum adoptat. At contra ſi per eam ſtetit, quo C minus ubi pervenit ad nubilem ætatem, nuberet cui deſponſa fuerat, reddet arras in duplum, vel in quadruplum ex conventione, & oſtendit etiam *d. l. patri*, quod heri tamen probaveram tantum ex *l. unica*, *C. Th. Si provinciæ rector, vel ad eum pertinentes*, &c. jure veteri quadrupli fuiſſe conſtitutam pœnam, cui etiam hodie locus eſt ex conventione, non jure ipſo ultra duplum, *l. pen. h. t.* Sed ſi ſponſalia contracta ſint cum puella ante 10. annum ætatis ſuæ: Poſſunt enim contrahi a primordio ejus ætatis, quæ intelligit quodammodo quid agatur, *d. l.* 14. ut jure quoque ſtipulatur ea ætas, quæ exceſſit infantiam, id eſt, annum 7. & promittat quoque jure tutore auctore, *l.* 1. §. *pen. ff. de obl. & act.* Si, inquam, cum puella contracta ſint ſponſalia ante 10. annum, non ſunt illegitima, ſed immatura, quia jam D certum eſt, non poſſe nuptias intra biennium contrahi, quod non poſſit peragi pubertas intra biennium, quæ in nuptiis exigitur. Atque ideo, quia ſcilicet ſunt immatura, & biennii præſcriptionem eludunt, hoc caſu ex utraque parte ceſſant pœnæ omiſſarum nuptiarum, vel renuntiatæ conditionis, *d. l. patri*: & ita etiam hoc caſu præmiis maritorum non fruuntur, quæ dedit lex Julia & Papia, ut contra ei, qui cœlebs permanſiſſet, indixit pœnas: non fruuntur, inquam, præmiis maritorum qui cum puella ante 10. annum ætatis ſponſalia contrahunt, etiamſi eam uxorem duxerint poſt completum 12. annum, quia ſcilicet non acceperunt, nec potuerunt eam accipere intra biennium. Ob immatura ſponſalia, non illegitima tamen, præmia maritis procedunt, & privilegia a die ſponſaliorum, ſi modo non E duraverint ſponſalia ultra biennium. Et ita omnino eſt accipiendus hac de re locus apud Dionem 54. cum tractat de legibus perlatis ab Auguſto. Et addenda eſt etiam huic præſcriptioni biennii inductæ l. Julia & Papia, & confirmatæ *l.* 2. *h. t. d. l. patri*. Addenda, inquam, eſt exceptio *l. pen. ff. de ſponſal.* quæ omnino pertinet ad hanc rem, cum ſit ea lex inſcripta ad *l. Jul. & Pap.* quarum legum fuit magna pars de ſponſalibus, & nuptiis, & maritandis ordinibus, id eſt, de nuptiis ſenatorum, & patriciorum, quibus cum eis eſſet conjugium. Exceptio hæc eſt, niſi valetudo ſponſi, vel ſponſæ, vel mors parentum, vel capitalis pœna, quæ fuerit inflicta ſponſo, vel ſponſæ, vel longa peregrinatio ex neceſſitate ſuſcepta coegerit trahere ſponſalia in triennium forte, vel quadriennium, vel quinquennium. Nam eleganter *l. ſi quis tutor*, §. 1. *ff. de ritu nupt.* iniquum eſſe dilationem, quæ non dolo, ſed ex neceſſitate contingit cuiquam eſſe fraudi, vel noxæ. Itaque ex ſerie & progreſſu diſputationis hujus, citra præſcriptionem biennii, jam ſatis enodatæ a me, pluſquam manifeſtum eſt in *d. l. pen.* cum ait, ſæpe juſtas, & neceſſarias cauſas efficere, ut trahantur ſponſalia, & differantur nuptiæ, non ſolum *in annum, vel biennium, ſed etiam triennium, vel quadriennium, & ulterius*, abundare illa verba, *annum vel*: nam huic rei nunquam fuit præſcriptus annus ulla lege: ſed biennium tantum. Atque ita igitur ſcripſit auctor *d. l. pen.* non ſolum biennium, quod ſcilicet lege Julia & Papia præſcriptum eſt: ſed etiam triennium, vel etiam ulterius ex cauſa neceſſaria differri nuptias a contractis ſponſalibus. Et præterea poteſt addi quarta differentia, in nuptiis eſſe neceſſariam teſtationem lege Julia, advocationem teſtium, ſcilicet quod uxor ducatur liberorum procreandorum cauſa, ut ex fragmentis Ulp. tit. 3. Nam & in concubinatu teſtatione opus erat, *l.* 3. *de concubinis*: concubinatus eſt honeſtum & legitimum nomen, at hodie nullus in uſu, ſtupra ſunt, non concubinatus, qui vulgo concubinatus dicuntur. Concubinatus eſt ſpecies matrimonii, & concubina uxorem imitatur, ut ait Julian. anteceſſor in Novella quarta, & in antiquis inſcriptionibus dicitur vice conjux: & qui naſcuntur ex concubinatu patrem habent, & poſſunt demonſtrare, & dicuntur liberi naturales. Qui naſcuntur ex ſtupro, non poſſunt alium patrem demonſtrare, quam populum, nec liberi naturales dicuntur. In ſponſalibus autem nihil intereſt teſtatio interponatur, necne, *l.* 7. *ff. de ſponſal.*

AD TITULUM II.

SI RECTOR PROVINCIÆ, VEL AD EUM PERTINENTES SPONSALITIA DEDERINT.

ARRARUM datio eſt contractus, *l. contractus, ſupra, de fide inſtrumen.* qui adhibetur his contractibus, emptioni, venditioni, locationi, conductioni, & ſponſalibus. Et præit locationem, vel emptionem impletam, id eſt perfectam, nondum impletam, puta nondum re tradita, nondum numerato pretio, & ſimiliter præit matrimonium, & dantur arræ ab emptore venditori, vel a locatore operæ alienæ, id eſt, qui aliquid faciendum dat conductori, vel a conductore rei alienæ, qui accepit rem alienam utendam fruendam, dantur & prorogantur locatori, & a ſponſo ſponſæ, non contra; quoniam ii ſunt, qui magis videntur appetere impletionem contractus, emptor ſc. locator, conductor, & ſponſus. Idcirco arræ vinculo rem adſtringunt: in omnibus autem idem ſemper eſt jus. Ac primum in emptione, vel locatione ita jus eſt, ut ea impleta arræ reddantur, maxime ſi certum corpus datum ſit arræ nomine, *l. ex empto*, §. *ego illud quæro*, *ff. de act. emp.* vel ut imputentur in pretium, ſi conſiſtant in nummis, *l. ult. ff. de lege commiſſ.* Et eodem exemplo igitur arræ ſponſalitiæ ſequutis nuptiis redduntur, vel imputantur in donationem propter nuptias, quam viciſſim pro dote, quam accepit maritus, adfert uxori, & ex noviſſimis conſtitutionibus in nuptiis mutua dos intervenit, dos mulieris, & donatio propter nuptias, quæ dos eſt viri, ac idcirco dicitur a Græcis *ἀντιφερνὴ contraria dos.* Denique arræ ſponſalitiæ exemplo ceterorum contractuum, in quibus ſolent arræ intervenire, vel redduntur impletis nuptiis, vel imputantur in dotem viri, id eſt, in donationem propter nuptias, ſic vocantur in *l. ult. tit. ſeq.* Et notandum diligenter magnam eſſe differentiam inter arram ſponſalitiam, & donationem, & munus ſponſalitium, quod longe diſtat a donatione propter nuptias. Sed interim

tantum hoc moneo, hanc eſſe differentiam inter arras ſponſalitias, & munus ſponſalitium: arram dat tantum ſponſus, non ſponſa, munus ſponſalitium non tantum ſponſus, ſed etiam quandoque ſponſa, *l. cum veterum, & l.ſeq. tit.3. inf.* Quamvis ea lex dicat raro evenire, ut tam ſit liberalis ſponſa, quod verum eſt, & uſus comprobat. Item arræ ſequutis nuptiis redduntur, munera ſponſalitia non redduntur, ſed remanent apud donatarium, ut annulus pronubus non redditur, quem ſponſus ſponſæ muneri dedit, nam ejus annuli mera donatio eſt, *l.ſi donatæ, §.ult. ff.de donat. int.vir. & ux.* Denique ea munera non redduntur, ſed cedunt lucro donatarii, niſi convenerit munera quandoque reddi ſoluto matrimonio, vel divortio, vel morte viri, aut mulieris, quæ dederit, *l.7. & 12. tit.3.* Et hoc ſequutis nuptiis: Quid ſi non ſequantur nuptiæ? ſi non ſequantur culpa ejus, qui munus accepit ſponſalitium? redditur munus in ſimplum: ſi culpa dantis, non redditur, *d. l. cum veterum*. Et hac in re diſſident munera ſponſalitia, ab arris ſponſalitiis: nam etiamſi ea diſtinctio adhibeatur in arris, utrius ſcilicet culpa nuptiæ non ſequantur, tamen ubi non ſequuntur culpa ejus, qui accepit, ſcilicet ſponſæ, redduntur, non in ſimplum (exceptis certis caſibus) ſed in duplum, vel ex conventione in quadruplum, cum conventio quadrupli permittatur, quod fuerit ea pœna aliquando jure comprobata, *l.pen. h.t. l.6. C.Th. eod. l.un. C.Thod. ſi rector provinc. l.1. Cod.Theod. ſi nupt. ex reſcr.pet.* Et hoc, ubi nuptiæ non ſequuntur alterutrius culpa. Videamus, quid ſit dicendum, ſi ideo non ſequuntur nuptiæ, quod inciderit mors ſponſi vel ſponſæ? an etiam hac in re eſt differentia inter arras ſponſalitias, & largitatem ſponſalitiam? admodum. Nam ſi intervenerit mors ſponſæ, & hæc ſola impedierit nuptias, arræ non redduntur, ſed cedunt lucro heredum ſponſæ, *l.3. hoc t.* Munera autem ſponſalitia redduntur donatori, vel heredibus ejus, *l.2. C.Theodoſ. eod.* Et hoc ſi intervenerit mors ſponſæ. Quid ſi mors ſponſi intervenerit? ſi liberalitatis cauſa munera contulerit ſponſus in ſponſam, poſt mortem ejus, quæ contigit ante nuptias, non redduntur, *l. 1. de donat. l.ſi tibi, tit.3. inf.* Ubi maxime velim expendi illa verba, *liberalitatis cauſa*, id eſt, ut ſtatim ea munera accipientis fierent, nec ullo caſu ad donatorem reverterentur, ut eſſet mera liberalitas: igitur nec mortuo donatore ante nuptias ad ejus heredem revertentur. Sed ſi contemplatione futuri matrimonii, & titulo ſponſalium, & nuptiarum ea donatio, ſive largitas facta ſit, ſecundum diſtinctionem *d. l.2. C.Theod. de ſponſal.* non redduntur heredi extraneo, patri, matri, vel filio, heredibus redduntur. Hæc eſt diſtinctio *l.2.* quam non probavit Juſtinianus, quandoquidem eam non retulit in ſuum Codic. ſed probavit magis aliam diſtinctionem in *l.ſi a ſponſo, tit.3.* Ut ſcilicet diſtinguamus, an in ſponſalibus carpſerit oſculum ſponſus, an non. Nam hujus rei veteres erant religioſiſſimi, ut etiam pleræque nationes, ne cuiquam detur temere oſculum, ne ſponſo quidem: ſed ſemel tantum confirmandorum ſponſaliorum cauſa, ut Nov. Alexii Comneni de ſponſalibus, ait confirmari ſponſalia data arra & oſculo. Igitur non abs re *d. l. ſi a ſponſo*, diſtinguit utrum acceperit ſponſus oſculum, an non: Nam ſi non acceperit, & moriatur ante nuptias, omnino reddentur heredibus munera ſponſalitia. Idemque erit ſi accepit oſculum, & munera quædam dederit ſponſa: namque mortuo ſponſo ea recipit, etiamſi intervenerit oſculum: ſed ſi ſponſus ea munera contulerit in ſponſam, & moriatur ante nuptias, heredibus ejus, ut dixi, redditur, ex *d. l.ſi a ſponſo*, dimidia pars munerum, atque ita ſponſalitia largitas pro parte manet apud ſponſam, quæ præbuit oſculum, pro parte revocatur ab heredibus ſponſi, quaſi ſcilicet jus oſculi, quod eſt argumentum magnum pudicitiæ veterum, jus augeat ſponſaliorum, & quæ præbuit oſculum, ſit quaſi uxor, vel pluſquam ſponſa. Nec tamen ſatis eſt, ut ait *Quintil. declam.279.* uxorem, aut maritum oſculo tantum putari.

A Atque ita cernitis, qua ratione, quove modo munera ſponſalitia heredibus donatoris, vel donatori reſtituantur interveniente morte ſponſi vel ſponſæ, cum tamen arræ nunquam reddantur morte diſſolvente ſpem nuptiarum, *l.3. h.t.* & reddantur tantum interveniente culpa ſponſæ, quæ accepit: facit hac in re ſolemnis locus Solini *cap. 16.* dum ſcribit de moribus Thracum: *Nupturæ*, inquit, *non parentum arbitrio tranſeunt ad maritos, ſed quæ præ aliis ſpecie valent ſubarrari volunt, & licentia taxationis admiſſa, non moribus nubunt, ſed præmiis*. Quanquam ille locus videatur potius eſſe accipiendus de dote, quam mulieri offert vir, atque adeo in quibuſdam libris legi, non *ſubarrari*, ſed *ſubhaſtari*, ut ſcilicet ei, qui plus obtulerit, nubant. Nam addit, *eas, quas premit formæ dedecus dotibus emere, quibus conjungantur, ſicut præmiis, & quaſi dotibus veluti ſub haſta, forma præſtantes viri coemunt*. Tacitus de mor. German. refert, Germanos olim obtuliſſe dotes uxoribus, non uxores maritis: & tandem etiam hoc introduxere in orbe Romano noviſſimi Impp. dum quaſi ex utraque parte conferri voluerunt dotem a muliere donationem propter nuptias a viro. Reſtat, ut admoneam etiam idem jus eſſe in omnibus contractibus, in quibus intervenit arra: Ut ſi culpa emptoris, vel locatoris, vel conductoris, vel ſponſi, non impleatur contractus, vel matrimonium, arras amittat, quod & pactis adjici ſolet, *l.6. & ult. ff.de leg.commiſſ.* Nec tamen neceſſe erat adjici, quoniam jus ita ſe habebat: plerumque quod vulgo paciſci ſolent contrahentes, tandem tranſit in jus commune, & pro pacto atque convento habetur: & frequens uſus tacita pacta inducit. Quod ſi culpa venditoris, locatoris, aut conductoris, vel ſponſæ non impleatur contractus: jus commune eſt omnibus, ut reddantur arræ in duplum, *l.contractus, ſup.de fid.inſtrum. §.1. Inſt. de empt. l.Rhodia, cap.19. l.3. & pen. hoc t.* Excipiuntur tamen certi caſus, quibus tantum in ſimplum tenetur ſponſa, vel parens ſponſæ, qui arras accepit, etiamſi nuptiis impedimento fuerit, quos caſus facile percipies ex lectione *d. l.pen.* Neceſſe eſt tamen referre hic convenienter præter caſus exceptos in *l. pen.* excipi alium caſum in *tit. 2. ſi rector provinciæ, vel ad eum pertin. ſponſal. ded.* id eſt, arras. Caſus hic eſt. Si rector provinciæ, vel quivis alius, qui officium adminiſtrat in provincia, & poteſt eſſe terrori provincialibus (nam Cyrillus male in hac re diſtinguit præſidem a ceteris adminiſtrantibus officium publicum) ſi is, inquam, in ea provincia puellam deſponderit, & ſubarrarit, ut potuit. Nuptiæ enim ei interdictæ ſunt, non ſponſalia, non poteſt ducere uxorem in ea provincia, in qua fungitur officio publico, ſponſalia contrahere poteſt. Et ita ſi deſpondeat puellam in ea provincia oriundam, vel in ea domicilium habentem, ſi poſt depoſitum officium, quo tempore cum ea contrahere poteſt nuptias: ea noluerit nubere, liberatur reddendo ſimplum, id eſt, arras, quas accepit, & nihil præterea in *l. ſi quis officium, ff.de rit.nupt.* Neque tenetur in duplum, etiamſi ipſa det cauſam repudio, quia præſumitur non ſua ſponte feciſſe ſponſalia cum eo, ſed territa & coacta poteſtate & viribus officii publici, atque ideo liberatur reddendo ſimplum, *d. l. ſi quis officium*. Cui objicitur *l. 1. hoc tit.* Propterea quod ait, eam lucrari arras, atque ita nec ſimplum reddit. Sed ut hoc exponam clarius, nihil eſt verius quam neceſſitatem reddendarum arrarum hac conſtitutione remitti. Et ita accipiendam eſſe *d. l. ſi quis offic.* ut non aliter reddat arras, quam ſi ſua ſponte, & ultro eas reddere velit, ut fit plerunque, ut nolint quicquam retinere, quæ repudiant ſponſum, ex ejus bonis. Et vero honeſtius eſſet arras reddere: ſed ſi nolit reddere, non exigentur. Hæc eſt mens hujus conſtitutionis. Denique conſtitutio eſt remiſſio neceſſitatis, indulgentia, venia, vel ut poſteriores loquuntur, diſpenſatio: Græci οἰκονομίαν interpretantur. Falſo autem quidam, cum revera ita ſint hæ duæ leges in concordiam adducendæ, comminiſcuntur

tur

tur, *l. si quis offic. ff. de rit. nupt.* esse de sponsalibus, & A constitutionem hujus tituli esse de nuptiis. Hoc vero falsum esse ostendit series titulorum, & titulus ipse, qui ostendit constitutionem etiam esse de sponsalibus, *si rectori prov.* alioquin nihil distaret hic titul. a tit. *si quacunque præditus potest.* Superfluus etiam esset ille titulus, si uterque esset de nuptiis. Et discrimen hoc tamen intercedit, quod hic de sponsalibus est, ille de nuptiis. Ac præterea si contraxisset nuptias provinciæ rector, vel qui ad eum pertinet, cui ipse operam hac in re dedisset, injustæ essent nuptiæ: & sicuti dos fieret caduca, in *d. l. si quis offic. §. veterem*: ita oporteret arram fieri caducam, nec cedere lucro uxoris injustæ. Nec illud omittendum est in hac constitutione arras appellari sponsalia, & pignora, ut *l. 6. Cod. Theod. de sponsal. & l. ult. inf. de ingen. manum. l. 1. inf. si nupt. ex rescript. pet.* Hieronymus B *de virginitatis laude, humanorum sponsaliorum pignore subarrari.* Atque ita animadverto tres primos tit. hujus libri esse de sponsalibus, sed primi primam partem esse de sponsalibus, id est, repromissione futurarum nuptiarum, quæ etiam ita definitur ab Alexio, prima contrahentium conventio: nec tamen eodem significatu sponsalia accipi in sequentibus duobus tit. sunt hi tres de sponsalibus, sed non eodem significatu in omnibus accipi sponsalia: in primo tit. nuncupantur sponsalia mentio, & repromissio: in secundo sunt arræ sponsalitiæ, ut dixi: in tertio donatio propter nuptias, ut in *l. patri, Cod. Theod. de sponsal. in l. 2. inf. de sec. nupt. & l. prædia, inf. de præd. min. Novell. Valent. de Episcop. jud.* & aliis plerisque locis. Et quarto significatur in eodem tit. 3. sponsalia esse munera sponsalitia, *l. 3. eod.* quæ quam C distent ab arris, jam ostendi. Ac præterea observandum est *hoc tit. 2.* non tantum teneri rectorem provinciæ, qui provincialem despondit, eamque subarravit, sed etiam ad eum pertinentes, quibus ipse faverit hac in re, qui a Græcis dicuntur προσήκοντες, hi sunt liberi, cognati, affines, domestici, assessores, qui dicuntur participes consiliarii, *l. 2. sup. de contract. judic.* Apud Plautum *in Mil. glor. Socium tuorum consiliorum, & participem consiliarium.* Tertia pars tit. est de proxeneticis, quo nomine significantur mercedes, sive præmia, quæ debentur intercessoribus, sive conciliatoribus nuptiarum, aliorumve contractuum. Nam ut ait *l. ult. ff. de sponsal.* etiam conditiones nuptiarum, quæ passim dicuntur simpliciter conditiones, expediuntur interpositis personis. Sed in hac tertia parte agitur tantum de his, qui conciliatores, in- D terpretes, & sequestres sponsalium, vel nuptiarum sunt: quantum pro proxenetico, pro opera, & conamine illo ferre debeant, aut possint, quos etiam Seneca vocat *pararios*, quasi medios inter duos: nam veteribus pares, id est, duo, & Diodorus Siculus generaliter hujusmodi homines vocat μεσίτας τῶν ὁμολογιῶν, id est, *sequestres conventionum*: & in venditionibus, & emptionibus Dinarchus & Isæus vocant προπρατῆρας, & Lysias, προπράτας, & Aristophanes προπόλας, & Plato προπολοῦντας. Sed proxeneticum, in est, præmium, quod eis datur, etiam φιλάνθρωπον, id est, benignum munus vocatur, *l. 2. ff. de proxenetic.* quod scilicet benigne eis largiantur ii, quibus operam navant, quibusve conditionem quærunt: Nam dicta *lex 2.* non dicit Philanthropi per Synæresim, ἔπαθλον φιλάνθρωπον *præmium liberale*, quod uno nomine li- E cet dicere φιλάνθρωπον. His vero proxeneticis modum imposuit pro quantitate dotis, & donationis propter nuptias, *l. ult. hoc tit.* quæ hic deest, & est Græca, quam ego integram edidi libro undecimo observat. Unde petes sententiam ejus, & cetera de proxeneticis. Illud tamen inculcabo ex *d. l. ult.* non posse hujusmodi homines in coeundis sponsalibus interpositos, vel nuptiis immixtos, non posse exigere proxeneticum, nisi stipulantibus eis promissum sit non paciscentibus. Pactio enim non sufficit, & extra ordinem non possent peti proxenetica citra stipulationem. Est enim sordidum proxeneticum accipere, ut ait *lex 3. de proxenet.*

AD TITULUM III.

DE DONATIONIBUS ANTE NUPTIAS, VEL PROPTER NUPTIAS, ET SPONSALITIIS.

DUÆ sunt partes hujus tit. prior *de donationibus ante nuptias, vel propter nuptias*: posterior *de sponsalitiis*. Et tamen hoc tit. priores sunt constitutiones *de sponsalitiis*, id est de muneribus sponsalitiis, quæ sponsus, vel socer, aut socrus dat sponsæ, vel socero, & e contrario. Nam hæc plerunque munera sunt reciproca, quæ quam distent ab arris sponsalitiis, supra satis ostendimus: posteriores autem constitutiones 4. sunt *de donationibus ante nuptias*, ut olim dicebantur, hodieque dicuntur donationes propter nuptias, quia non tantum præcedere, ut olim, sed etiam sequi nuptias possunt, *l. pen. hoc tit.* Ejus nominis Justinianus reformator fuit, quæ enim res olim vocabatur donatio ante nuptias, eam dehinc voluit vocari donationem propter nuptias. Sciendum autem est, ut hæ partes hujus tit. breviter explicentur, donationem omnem valere inter sponsum & sponsam, *l. 1. ff. de donat.* atque etiam stipulationem factam inter sponsum & sponsam donandi animo, excepto casu *l. 3. hoc tit.* si mulier sponsum in dote decepit, puta si dotem minorem attulerit, quam fecerat spem sponso forte, & interim spe amplioris dotis sponsus promiserit se daturum mulieri res quasdam forte magni pretii, namque harum rerum, horumve munerum non erit mulieri petitio efficax, indigna est munere, quæ decepit virum in dote: & excepto etiam casu *l. 5. hoc tit.* si turpis fuerit causa promittendi, vel dandi muneris sponsalitii. Ut si forte impostor quidam, fingens se esse cœlibem, cum haberet uxorem desponderit puellam, & promiserit munera multa: neque enim ea potest desponsa petere, quia turpis est stipulatio, turpisque promissio, cum non possit habere sponsam & uxorem: vel etiam si hic idem dederit munera quædam, ut promissa non possunt peti a sponsa, ita data non possunt repeti a sponso, quia ubi solius dantis turpitudo versatur, non sponsæ, quæ munera accepit, nescia ficti cœlibatus, cessat condictio. Et hoc idem Græci notant ad *l. 5.* & Accursius etiam concludit retineri, quæ ille dederit munera ab ea, quam non jure despondit, & idem Accursius id evidentius explicat in *l. 4. ff. de cond. ob turp. causam.* Excepto etiam *casu l. 4. hoc tit.* si donatio facta sponsæ, collata sit in tempus matrimonii, ut scilicet non ante res traditæ fiant sponsæ, quam impletæ nuptiæ fuerint, ut in *l. cum hic status, §. si sponsus, ff. de don. inter vir. & ux.* quia scilicet inter virum & uxorem donatio non valet, nec ea igitur, quæ confertur in id tempus, quo erunt mariti ambo, donatio inter sponsum & sponsam valet, inter virum & uxorem non valet, id est, constante matrimonio non potest vir uxorem ullius rei suæ per donationem facere dominam, nec contra uxor virum (loquor de donatione simplici) Nam donatio propter nuptias, quæ cum dicatur propter nuptias, jam non est mera, simplex, sive directa, hæc inquam, etiam constante matrimonio fieri, vel augeri potest, sicut dos, quæ etiam a veteribus connumeratur inter donationes, ita tamen ut donatio propter nuptias non excedat quantitatem dotis erogatæ vicissim ab uxore, ne fraus fiat legibus hac ratione prohibentibus donationes inter virum & uxorem. Nam quod excedit dotem, simplex donatio est. Non est autem propter nuptias, si superet modum dotis, id est, dotem: donatio propter nuptias igitur non potest major esse dote, minor potest esse, *l. ult. hoc tit.* Imo hodie ex Nov. 97. neque major, neque minor, sed æquales quantitates dotis, & donationis propter nuptias, & pretia æqualia esse oportet, atque omnino congruere summas dotis & donationis propter nuptias, ut igitur dos,

ita etiam donatio propter nuptias, quæ contraria est dos, constante matrimonio constitui potest, quod Martianus Capella lib. de nupt. Merc. testatur: qui locus omnimodo pertinet ad jus nostrum: *Arcanus*, inquit, *prisci juris assertor, magna nepotum obsecratione consulitur. Responditque etiam regulariter matrimonio copulato, dotem dicere feminam viro ullis legibus prohiberi*. Et eleganter *l. pen. h. t.* non obesse ejusmodi munificentiis, id est, dote, vel donatione propter nuptias, interdictas esse liberalitates tempore nuptiarum: hæ enim munificentiæ excipiuntur, quia non sunt donationes simplices, sed contractus, quibus inest negotium aliquod, illa scilicet, dum datur propter dotem, & hæc dum datur propter donationem propter nuptias, & propter onera matrimonii. Et rursus eleganter *lex ult. h. t.* ea, quæ dantur propter nuptias esse quasi ἀντιφέρνα, non dationes simplices: donatio igitur propter nuptias magis est æquamentum dotis, sive amussis, sive ἀντιφέρνη, id est, contraria dos, quodve contra dotem offertur, quam mera donatio. Et rursus in *dict. l. ult.* & nomine, & substantia nihil distare dotem a donatione propter nuptias. Nam utraque donatio dici potest, utraque dos, neque etiam substantia distant, nam eadem vis est & natura utriusque. Idem jus utriusque, pacta æqualia de lucro nuptiali, quæ paciscuntur invicem, ut scilicet præmoriente viro lucretur uxor donationem propter nuptias, aut ejus partem: & contra præmoriente uxore, ut similiter ex dote lucrum ferat maritus: pacta hæc æqualia esse oportet, & æqualia lucra, ut dixi ex *dicta Nov. 97.* æquales summæ esse debent: ergo & accidentia sunt eadem, maxime cum pacta æqualia esse oporteat, & ut ait *dict. l. ult.* in summa æquis passibus utraque ambulat, & eleganter, quod magis declarat quid sit donatio propter nuptias, additur in *dict. l. ult.* donationem propter nuptias fieri propter dotis dationem, & non esse donationem simplicem, sed factam propter dotem, & propter nuptias: simplicem donationem non fieri propter nuptias, sed propter nuptias prohiberi jure civili inter virum & uxorem: quia nec fiunt propter nuptiarum affectionem, quæ jam contractæ sunt, sed propter alias causas, forte an libidines, vel unius conjugis egestatem, ut *l. 1. & 2. D. de donat. int. vir. & uxor.* Ex his facile conficies donationis propter nuptias definitionem, nimirum hoc pacto: donatio propter nuptias est contractus, quo quis dotem contrariam uxori offert; donatio enim propter nuptias est æquamentum, levamentum, examen, amussis, sacoma dotis. Contractum esse apparet ex *Nov. 119.* ut donatio propter nuptias specialis sit contractus, & ex ea Novella hæc donatio non indiget insinuatione, id est, actorum publicorum testificatione, & confectione, nec ex parte viri, nec ex parte uxoris. Hæc tamen recantat Justinianus *Nov. 127.* dum vult, ut ex parte uxoris, si agatur de lucro ei adquirendo ex donatione propter nuptias soluto matrimonio, eam donationem non indigere insinuatione, ex parte viri indigere, ut pariat ei lucrum æquale ex dote in casum mortis mulieris, vel in casum injusti repudii. Olim hæc donatio propter nuptias indigebat insinuatione simul, ac munus omne sponsalitium, præterquam si donaretur minoribus ætate feminis, *l. 1. l. 3. l. ultim. C. Theod. de sponsalibus, l. 17. l. ultim. hoc tit. l. sancimus, §. alias vero, inf. de donat. l. ult. §. simili quoque modo, inf. de jure dot.* Et quod supra dixi sponsalium nomine etiam significari donationem propter nuptias, est verissimum: nam quod *lex 2. sup. de nupt.* vocat sponsalia, eam legem enarrans Justinianus in *Novell. 22.* interpretatur donationem propter nuptias: denique & sponsalium nomen est commune, & repromissioni futuri matrimonii, & donationi propter nuptias, & arris sponsalitiis, & muneribus sponsalitiis. Et ideo recte glos. Græcorum sponsalia interpretantur ἕδνα: nam ἕδνων nomine & apud Homer. significantur ea, quæ sponsus dat sponsæ, sive sit munus sponsalitium, sive donatio propter nuptias, & contra quæ sponsa sponso. Et continentur etiam eo nomine, quæ dicuntur θεώρετρα καὶ ἐπαύλια, munera scilicet, quæ dantur sponsæ, quo die primum ei eam videre licet, & colloqui: ea autem ἀντιαύλια καὶ κατάυλια, quæ vocant munera sponsalitia, nuptialitia, dico ea esse, quæ conferunt cognati & affines sponsæ, quando munera sponsalitia expectat a cognatis, & affinibus, de quibus fit mentio in *l. 1. §. præterea, ff. de tut. & rat. distr. & l. tutorum, §. ult. ff. de admin. tut. l. inter domum, ff. de verb. signific.* Quibus locis etiam ostenditur eam erogationem non esse necessariam, & culpari tutorem si quid impenderit in munera sponsalitia pupilli nomine. Non est etiam illud omittendum, sponsalitiæ largitatis nomen etiam porrigi ad donationem propter nuptias: nam quod *lex 4. inf. de sec. nupt.* vocat sponsalitiam largitatem, quo nomine propria specie videntur tantum significari munera mutua maritorum, eam legem enarrans Justinian. in *d. Nov. 22.* interpretatur donationem propter nuptias, ut non male vetus interpres *Nov. 97. Ut sponsalitia largitas specialis sit contractus*, id est, donatio propter nuptias.

AD TITULUM IV.

DE NUPTIIS.

EXPOSITIS contractibus iis, qui ante nuptias fieri solent, aut fieri solebant, ut donatio propter nuptias, consequens est, ut tractet de nuptiis, sive matrimonio ipso. Matrimonii, sive nuptiarum definitionem tradidi ab initio hujus libri, nimirum esse *conventionem nudam, quæ fit inter marem & feminam liberorum procreandorum gratia, ea lege votoque, ut in una domo totam degant vitam socialiter*, quæ definitio substantiam rei explicat longe aliter, quam Modestini definitio tradita in *l. 1. ff. de ritu nupt. Matrimonium esse conjunctionem maris & feminæ, consortium vitæ, communicationem divini & humani juris*: quæ definitio ex effectu concepta est, ut si quis definiat societatem, communicationem damni & lucri in negotiatione, vel communicationem universorum bonorum, vel partis: matrimonium enim, id est, nudus consensus, quo eum contractum perfici constat, inducit, & creat conjunctionem maris & feminæ, simul ac coitionem corporum. Ita enim accipienda sunt illa verba, conjunctio maris & feminæ, ut in *l. 1. ff. de just. & jur.* pro coitione corporum, ut invicem alter alteri in constituendo contrahendoque matrimonio sui corporis potestatem faciat, ut invenio apud Macarium *Homil. 32.* quod olim fiebat plerisque locis, solemne fuisse in contrahendis nuptiis, conveniendis, ut diceret alter alteri: καὶ τὸ σῶμα μου σόν ἐστι, id est, *corpus meum tuum est*: Nudus ille verborum consensus est consensus in coitionem corporis: & additur in definitione Modestini, consortium omnis vitæ, ut intelligatur matrimonium esse societatem omnis vitæ & fortunæ, sive prosperæ, sive adversæ, ut est in Themistii oratione 3. βίου κοινωνία, id est, *vitæ societas*. Ac præterea additur in definitione Modestini, *Communicatio divini & humani juris*, ut intelligatur uxorem etiam esse sociam sacrorum, id est, iisdem uti sacris, iisdem obligari sacris, quibus utitur obligaturque maritus; sicuti dicitur heredem obligari & alligari sacris defuncti, & filiumfamil. alligari sacris paternis: sic uxorem etiam dicimus uti iisdem sacris cum marito, sicut eodem foro & domicilio utitur, iisdemque honoribus, in *l. ult. inf. de incol. l. mulieres, inf. de dignit. lib. 12. l. 10. h. t.* In qua notandum est, quod ait, eam, quæ nupserat clarissimo viro, veluti Senatori, ejusve filio, si eo mortuo nupserit secundi ordinis viro, eam amittere dignitatem prioris mariti: secundi ordinis virum illo loco non esse plebejum hominem, ut Accurs. male ait, sed equestrem dignitatem, ut aperte demonstrat *lex un. inf. de equestri dignit. lib. 12.* quæ nominatim secundum ordinem facit equestrem. Et ad summam hic adnotandum ex *l. 4. inf. de crim. expil. her. uxorem sociam humanæ rei atque divinæ domum suscipi, vel domi suscipi.*

scipi. Sic est legendum, quod miror nondum fuisse emendatum, ut in quibusdam veteribus exemplaribus: Nam quid illa verba significant, quæ vulgo leguntur, *sociam humanæ rei & divinæ domus suscipi?* Quæ quidem lectio ineptissima est. Sed hæc sunt perspicua admodum. Videamus nunc, qua de re agatur hoc titulo. Constitutiones hujus tit. omnes eo pertinent, ut intelligatur quæ sint permissæ, & quæ prohibitæ, quod etiam agitur in quinto, sexto, septimo, & octavo: atque adeo hi 5. tituli eodem spectant, & hic noster quartus dat initium huic tractationi. Ceteri igitur sunt appendices hujus, & quasi sequelæ. Ergo incipit tractare in hoc titulo, quæ nuptiæ sunt permissæ, & quæ prohibitæ. Permissæ enim sunt quædam, quæ videbantur prohibendæ, aut quæ olim prohibitæ fuerunt, & ita permissæ sunt patrono nuptiæ cum liberta, etiamsi eadem patrono alumna fuerit, quod videtur olim obtinuisse, propterea quod alumna in plerisque loco filiæ est: sed tamen in hoc titulo permittuntur nuptiæ patrono cum liberta, etiamsi alumna fuerit, *l. 15. l. 26.* Permittuntur nuptiæ cum consobrina in *l. 19.* quo jure utimur. Nam ex eo gradu cognatorum, ex tranverso hodie ducimus uxorem, & consobrini sunt in quarto gradu. Permittuntur etiam inter dispares ordinis dignitatis, honestatisque personas, in *l. 23. §. pen. hoc tit.* quæ olim existimabantur esse impares nuptiæ, & omnes nuptiæ impares inutiles sunt: nam pares paribus conditione, & dignitate conjungi volebant, aut certe inter personas dignitate impares intervenire solemnitates nuptiarum, & instrumenta dotalia, *l. 22. hoc tit.* Item permissæ sunt nuptiæ militi cujuscumque ordinis, aut conditionis cum ingenuis mulieribus, etiam sine solemnitate, sine dotalibus instrumentis, *l. 21. h. t.* Et generaliter hodie in nuptiis non exiguntur dotalia instrumenta, neque solemnitas nuptiarum, nisi inter personas illustres, *ut Nov. 74.* Et quod dixi de solemnitate nuptiarum animadvertendum est, vulgo nuptias dici, non quod in definitione nuptiarum antea exposuimus, sed solemnitatem, pompam, festivitatem, & celebritatem nuptiarum. Et hoc sensu pleraque exaudire oportet scripta in testamentis, & conventionibus facta mentione nuptiarum, quia solent homines plerunque abusive loqui in testamentis, & conventionibus, ut vulgus loquitur, nec propriis nominibus uti, *l. non aliter, §. 1. ff. de leg. 3.* Et ideo ex *l. 24. h. t.* in conventionum, vel etiam ut Græci addunt recte, in legatorum, aut fideic. conditionibus, quæ conferuntur in tempus nuptiarum, vel in nuptias, *veluti dato illi tempore nuptiarum filiæ meæ, dato illi cum nupserit filia mea*, non esse ea verba sic intelligenda, ut accipiantur de eo tempore, quo solo consensu nuptiæ contrahuntur, vel de ætate nubili filiæ, puta, quæ excedit annum 12. sed de celebritate, festivitate, pompa nuptiarum: & hæc de permissis nuptiis. Dicamus de prohibitis, & præmittamus illic prohibitas nupt. stupra esse, non nupt. & liberos spurios esse, non justos & legitimos. Et prohibitæ sunt quidem nuptiæ liberto cum patrona, vel ejus filia, aut nepte, vel uxore quondam patroni, *l. 3. h. t.* Prohibitæ cum concubina patris, quæ est, vel fuit, *l. 4. h. t.* Prohibitæ ei, qui officium in provincia administrat cum muliere, aut virgine inde oriunda, vel ibi domicilium habente, *l. 6. h. t.* Prohibitæ cum suscepta ex sacro baptismate, *l. 26. h. t.* quæ loco filiæ est: & perpetua prohibitione non tantum inter parentes & liberos, sed etiam inter eos, qui sunt loco parentum vel filiorum, & eam, quæ suscepta est ex sacro fonte, quæ dicitur a Græcis filia adoptiva. Prohibitæ olim etiam erant nuptiæ lege Julia & Papia sexagenario cum quinquagenaria, arida utero, & sterili, quæ tamen hodie sunt permissæ a Justin. *l. 27. h. t.* Et ideo debui hanc quoque speciem referre inter nuptias permissas, non inter prohibitas. Verum pergamus. Prohibitæ etiam sunt nuptiæ senatori, aut filio senatoris cum libertina, etiamsi patronus ipse sit ejus libertinæ, quasi scilicet impares, *l. 15. & pen. hoc t.* quod genus imparis matrimonii secundum jus Codicis sane prohibitum est, ut dixi: ideoque hoc titulo

A prohibentur hæ nuptiæ. Itaque rectius hanc speciem repono inter prohibitas nuptias, quod hoc libro, & hoc titulo prohibeantur, ubi agitur de nuptiis, quanquam verius sit ex Novellis non esse prohibitas, propterea quod ex eis hodie, quod attinet ad alias personas, quam patronum, libertini pro ingenuis habentur. Denique non est libertinitas hodie, nisi inter patronum manumissorem, & manumissum, non inter ceteras, quia manumissi pro ingenuis habentur ubique: & ideo elegans est, quod definitur in *l. pen.* ut si is, qui duxerit libertam cum esset equestris ordinis, deinde fiat senator, hoc casu non dissolvi nuptias, quæ ab initio non potuissent contrahi, ex lege Papia inter libertam & senatorem, ex post facto injuste contractæ dissolvi non possunt, quia major felicitas mariti non est idonea causa dirimendi matrimo-

B nii rite contracti, quod plerique nobiles regni, compotes voti non observant, & male. Nam perpetua est regula *l. 3. inf. de interdict. matrim.* matrimonium rite contractum ex post facto non vitiari. Prohibitæ etiam sunt ingenuis hominibus cum famosa muliere, puta cum scenica, quæ se immiscet, prostituitque ludis scenicis, vel cum scenicæ filia. Et addit tantum exceptionem Justinianus in *l. 23.* nisi scenica resipuerit, & ad bonam frugem redierit, pœnitentia quidem non aboleri infamiam, ut est in *l. palam, D. de rit. nupt.* sed si pœnituerit scenicam ex rescripto principis, & confectis dotalibus instrumentis, erit ei connubium cum ingenuo: hanc igitur omnem infamiam rescriptum principis delevit: principis enim est abolere infamiam. Quoniam ergo pœnitentia sola non sufficit, necesse est notam ante actæ vitæ deleri

C rescripto principis, atque etiam, ut solemnitates nuptiarum adhibeantur. Et quo minus resipiscant, nullis tenentur obligationibus, puta si se perpetuo theatro addixerint: namque possunt redire ad bonam frugem sine metu harum obligationum, quæ ipso jure nullæ sunt, *l. ult. hoc tit. & Novell. 51.* Ratio non est eadem, quæ *leg. 23. sup. de episcop. aud.* licet sit eadem sententia utriusque, quia ea lex ult. scripta est ad Episcopos, hæc ad magistratus civiles, & concepta est aliis verbis, ut initium demonstrat. Sed quod majoris est momenti, addamus etiam prohibitas esse nuptias, & illicitas eas, quæ ab initio contrahuntur, sive dissolutæ postea renovantur sine auctoritate patris, in cujus auctoritate est puella, vel adolescens, *l. 7. & l. 12. hoc tit.* Injustæ sunt nuptiæ, quas contraxit, vel renovavit filiusfamil. aut filiafam. sine auctoritate

D patris. Idemque est si filia sit emancipata, non dico si filia sit minor 25. annis: nam emancipata, major 25. annis habet arbitrium nubendi cui velit, sed emancipata minor 25. annis debet nubere patris auctoritate. Quod si patre sit orbata, debet nubere tutore auctore, & matre, & propinquis. Quod si forte inter se non consentiant, & cupiat mater eam conjungere nobiliori, tutor plebejo: hujus arbitrium rei suscipiet judex, dirimetque hanc controversiam, & dabit jus nuptiarum secundum arbitrium, vel tutoris, vel matris, vel propinquorum, prout melius ei esse videbitur, quod ostenditur in *l. 1. & l. 18. & l. 20. h. t.* Placet autem quod *l. 1.* facit mentionem tutoris, non curatoris: Nam tutoris auctoritas omnimodo est necessaria ad nuptias contrahendas. *Ulp. in fragm. tit. de tut.* Si patronus, qui est tutor mulieris absit, in locum

E ejus alium tutorem non dari, nisi duobus casibus .i. ad adeundam hereditatem, *l. 17. §. tut. ff. de appell.* & ad has nuptias contrahendas. Ad hæc inutilis est auctoritas curatoris, vel propinquorum, quia non est legitimus auctor, vel arbiter, neque sunt etiam affines propinqui, *l. 8. h. t.* Curator enim tantum solam rei familiaris administrationem, non personæ curam gerit. Igitur si puella sit utroque parente orbata, cui malit ipsa nubere tantum spectandum est, neque requiritur auctoritas curatoris, vel propinquorum, nisi forte ea erubescat suam sententiam exponere, quo casu si varii sint competitores, relinquitur arbitrio judicis, vocatis propinquis, *l. 20. h. t.* Ubi autem superstes est pater, qui filium aut filiam habet in potestate, vel etiam, cujus filia emancipata minor est 25. annis,

certum hoc est, & tunc inutiles esse nuptias, atque injustas, si sint factæ sine consensu patris: nec requiri tamen consensum expressum patris, satis est, si non contradicat nuptiis, taciturnitatem patris imitari consensum, *l. 5. hoc tit.* & est veluti parœmia quædam sumpta ex jure, ut scribit Gregorius Nazianzenus 2. *orat. de pace*, eum, qui tacet, consentire videri, & silentium pro consensu haberi, & taciturnitatem consensum esse docet parœmia, quæ scilicet hoc obtinuit in multis negotiis, ut sit taciturnitas pro consensu, & raro pro dissensu. Etiam non est omittendum quod cavetur *l. pater*, *hoc tit.* quæ lex est admodum singularis: nam quod est in ea proditum, nusquam alibi reperitur. Est de patre, qui filiam exposuit egestate coactus, alioquin pater non exponeret filiam, qui etsi eam non educaverit, sed educata fuerit ab extraneo, & adoleverit apud eum, non ideo amisit jus patriæ potestatis: imo non valent nuptiæ cum ea puella contractæ sine auctoritate patris, qui eam projecit. Et si forte qui eam collegit expositam, & exhibuit adultam factam apud eum, si velit conjungere filio suo, æquum est, & honestum ut non adversetur pater, qui eam exposuit: sed tamen non cogitur consentire, nec cum filio educatoris contractæ nuptiæ, justæ erunt dissentiente patre, qui nunc eam adultam factam vindicat, & vult eam elocare suo arbitrio: Sed quia summa ingratitudo hæc est, ut non agnoscat beneficium, quod accepit ab educatore filiæ, & non faveat voto ejus cupientis eam suo filio conjungere: ita plectitur tantum pater, ut reddat sumptus alimentorum in hoc tantum casu: Ubi Thalelæus notat in hoc tantum casu reddi alimenta, quia regulariter non redduntur educatori sumptus alimentorum. Et ea de re ait exstare constitutiones in *tit. de infantib. exposit.* quod est omnino falsum. Imo *l. 1. ejus tit.* exigit solutionem alimentorum, si dominus, vel patronus ancillam, vel libertam se invito, vel ignorante expositam vindicet; Nam necesse est ut reddat educatori alimenta, nisi vindicet a fure, huic non redduntur alimenta, sed bonæ fidei possessori tantum, qui in hanc expositam exercuit misericordiam. Et breviter ut apparet ex *l. 16.* oportet nos separare filium, & patrem, libertum, & patronum, dominum, & servum, & demum hac in re ita constituere: Si sciente domino, vel patrono expositus sit servus, vel ancilla, libertus, vel liberta, ei nunquam repetitionem, vel vindicationem dari mancipii vel liberti, sed neque educatori licere alumnum quasi servum retinere, aut libertum suum asserere. Expositione enim fit ingenuus, alioquin videretur educator pietatem exercere, ut ait *lex 3. inf. de infant. exposit.* mercimonio contracto, pietas non esset educatori, si pro mercimonio alumnos vellet redigere in servitutem, ut dicitur de Paulo Samosatensi, eum pietatem existimasse esse *φορισμὸν*, quasi *reditum*, *c'est a dire un revenu*, & plerique existimant hodie. Igitur si sciente domino, vel patrono expositus fuerit servus, vel libertus, amittit dominium aut jus patronatus: si ignorante & invito, vindicat quod suum est, redditis impensis alimentorum, nisi vindicet a fure. In patre & filio, vel filia aliud est: nam non amittit jus patriæ potestatis, etiamsi filium exposuerit, aut filiam, ut ait *d. lex 16.* & vindicans eum eamve, non refundit expensas alimentorum, nisi in casu *d. l. 16.* dum non favet voto pii educatoris, cupientis suo filio alumnam conjungere. Est evidens discrimen. Nec alia ratio reddi potest, quam quod indulgendum magis sit affectioni patris, quæ omnes affectiones superat, quam affectioni domini aut patroni. Et quod dicitur de non reddendis expensis, omnino congruit cum jure: Nam quæ quis expendit pietatis gratia, non veniunt in actionem negotiorum gestorum, *l. 1. sup. de neg. gest.* Et hic pietas sola novit educatorem expositi, & ut ait *l. 2. inf. de infan. exposit.* voluntas amica misericordiæ, ut Tertull. in Apolog. *filios exposuit suscipiendos ab aliqua misericordia prætereunte extranea*. Nec illud etiam omittendum, quod tamen fuit omissum in prima parte tit. 1. hac in re esse differentiam inter sponsalia & nuptias, Exposui enim illic aliquot differentias exemplo Modestini, restat adhuc hæc una: Quod & si nuptiæ non possunt contrahi, vel reconciliari sine consensu patris, & auctoritate, maxime si puella, aut adolescens sint in ejus potestate, tamen dissolvi non possunt auctore patre, invita filia. Sponsalia dissolvi possunt auctoritate patris. Denique non possunt nuptiæ solo dissensu patris dissolvi, sponsalia possunt, *l. 10. ff. de sponsal. l. dissentientis, inf. de repud. l. 11. h. t.* quæ dat etiam actionem marito adversus socerum, qui invitam retinuit filiam suam. Certum est dari interdictum de uxore exhibenda in *l. 2. ff. de lib. exhib.* quia jus patriæ potestatis non potest turbare bene concordatum matrimonium, sponsalia potest, ut Cremes apud Comicum, *uxorem negat se daturum filiam, quam tum ante desponderat*. Denique solus pater dissolvit sponsalia, non nuptias. Postremo sunt prohibitæ injustæ & nefariæ nuptiæ, *l. 17. hoc tit.*

AD TITULUM V.

DE INCESTIS, ET INUTILIBUS NUPTIIS.

POST titulum generalem de nuptiis, datur specialis titulus *de incestis, & inutilibus nuptiis*, persequitur scilicet hic tit. (quod cœpit anteriore) genera nuptiarum explicare, quæ injustæ, inutiles, & illicitæ sunt, & quæ atrociori nomine incestæ dicuntur & nefariæ. Nam & ex inutilibus nuptiis superiori titulo hæ expositæ sunt, si quis filiusfamil. faciat nuptias sine auctoritate patris: qui modo auctor esse possit, id est, qui furiosus aut mente captus non sit, si puella sine auctoritate tutoris, quia ad nuptias contrahendas adultæ non sufficit auctoritas curatoris, tutoris opus est, sicut ad adeundam hereditatem etiam puberi. Si libertus patronam, aut patroni uxorem, filiam, neptem ducat: si quis in ea provincia, in qua officium administrat nuptias contrahat: si susceptam ex baptismo, quam filiolam appellamus: hæ nuptiæ inutiles & illicitæ sunt, ut dictum est titulo superiori. Hoc tit. eis adjunguntur aliæ causæ inutilium nuptiarum, ut si liberta, quæ nupsit patrono, eo invito transnubat alii, *l. 1. hoc tit.* Potest ex lege Julia & Papia, *l. ult. ff. de divort. l. in eo jure, ff. de ritu nupt.* Item si quis uxorem habet, ducat alteram, *l. 2. h. t. l. eum qui, inf. ad l. Jul. de adult.* quod tamen aliquando permisit Valentinianus Imperator: sed cui sapientior mens est, nec superstite uxore, nec divortio non facto alteram despondere licet. Et turpes sunt nuptiæ, turpia sponsalia, *l. 5. de donat. ante nupt.* Novis nuptis non fit divortium cum priore: divortium numquam fit tacite, sed certis quibusdam & solemnibus verbis: fiunt etiam jure civili inutiles nuptiæ inter servum & conservam, *l. 3. hoc tit.* Notum est illud Plauti in Asinaria, *Quid istuc est serviles nuptiæ?* Infliguntur gravissimæ pœnæ decurionibus, qui conjungunt se ancillis alienis, hoc enim fit in fraudem Reipubl. cui serviunt decuriones, quia qui ex contubernio nascuntur (est enim contubernium non matrimonium) servi nascuntur, & servi non sunt pares muneribus Reipublicæ obeundis, decuriones sunt minores senatores (sic solent appellari) Majoribus autem senatoribus, puta urbis Romæ veteris, & novæ non tantum prohibitæ sunt nuptiæ cum ancillis, sed etiam cum libertinis, & generaliter cum omnibus humilibus, abjectis, & famosis mulieribus, quæ specialiter numerantur in *l. 7. h. t. & l. 1. inf. de nat. lib.* Ita ut non liceat his, quæ numerantur, adjungere alias quasi humiles, abjectas, & famosas. Et nimirum hæ sunt in hoc numero scenica, mimica, scenicæ, aut mimicæ filia, tabernaria, tabernarii, aut lenonis filia, aut arenarii, atque propola, quæ publice instat, & mercaturam vilem exercet: Nam & hæc mulier abjecta humilisque censetur, & indigna connubio senatoris. Qua de re etiam actum est titulo superio-

periori, addita exceptione in *l.* 23. nisi scenicam, aut mimicam, quæ ad bonam frugem redierit, relicto theatro, vel pulpito, princeps restituerit famæ. Igitur in hoc titulo præfinitur, quæ sint inutiles nuptiæ, quas attigerat etiam *tit.*4. Ac sane de inutilibus, & incestis nuptiis actum fuerat super. tit. Et fere enumeratæ omnes personæ, cum quibus incestum, & stuprum committitur, *l.*17. & *l.*23. §.*pen.* Sed tamen titulo proprio, & de incestis tractare voluit, simul ac de aliis inutilibus, quamquam fuissent expositæ titulo superiori. Et hic agitur de incestis nuptiis. Incestæ nuptiæ fiunt vel inter cognatos, vel inter affines, & ex iis aliæ sunt nefariæ, aliæ non sunt nefariæ. Nefariæ sunt, quæ incestæ sunt jure gentium, id est, quæ abhorrent a jure naturali, quæ religione, pudore, sanctitate omni procul absunt, & quas damnat naturalis ratio (Idem est naturalis ratio, jus naturale, & jus gentium, inter homines scilicet: Nam omitto jus naturale, quod est commune cum brutis animalibus, & mutis) Quæ ergo sunt incestæ jure civili, non sunt etiam nefariæ. Incestum igitur aut committitur jure civili, aut jure gentium, *l.ult.ff.de rit.nupt. l.ult. ff. de condict. sine caus. l.si adulterium cum incestis in princ.* & §.1. & 2. *ff. ad leg. Jul. de adul.* Dicamus de incesto jure gentium. Incestum jure gentium committitur primum quod ad cognatos attinet, prima linea inter parentes, & liberos in infinitum, cujuscunque sint gradus, *l. nuptiæ, ff. de rit. nupt.* cum filia, nepte, pronepte, &c.matre, avia, proavia, cujuscunque gradus sint parentes, aut liberi: Nam & velim præsciri in hoc tractatu, primum non observari gradus cognationis, etiamsi quis quærat ad quem gradum jure civili matrimonia contrahi non possunt. Dicam hoc non posse definiri ex graduum definitione certa, sed ex enumeratione tantum personarum, quæ legibus comprehensæ ita sunt, ut pateat cum eis non esse connubium, id est, jus legitimi matrimonii. Ergo quod ad cognatos attinet jure gentium incestum committitur inter parentes & liberos cujuscumque gradus in infinitum. Quod autem ad affines attinet, jure gentium incestum committitur inter eos affines tantum, qui inter se sunt parentum liberorumque numero viceve, ut jure gentium incestum committitur cum privigna, *la fille, de ma femme*. Nam est mihi pene filia: Ego ei sum vitricus, & pene pater. Et consequenter jure gentium incestæ sunt nuptiæ cum privigna, mortua scilicet uxore mea, quia duas habere uxores non possum, quia privignæ filia est mihi pene neptis. Si enim privignam appello filiam, ut vulgus vocat, & filiam ejus vocabo neptem, hæ appellationes solæ vetant coiri nuptias inter me & illas, privignam scil. aut privignæ filiam, *l.Aristo, ff.de ritu nup.* Et similiter incestum committitur jure gentium cum noverca, id est, quæ noverca fuit, id est uxor patris: nam si adhuc sit uxor, certum est me eam ducere non posse. Incestum igitur committitur cum noverca: nam & ea pene mihi mater est, matrisque loco colenda, ut quæ successit matri in eadem domo, & quæ sequitur vestigia matris. Et ita Spartianus: *Novercam matrem quinimo uxorem duxit*, Sic Phocylides ait, Μητέρα δ' ὡς τίμα τὴν μητέρα ἴχνια βᾶσαν. *Ut matrem cole, quæ successit matri in eadem domo, & quæ sequitur vestigia matris*. Et eadem de re idem Spartianus in Caracalla: *Matrem, non alio dicenda erat nomine, uxorem duxit, & ad parricidium induxit incestum*, id est, *novercam duxit*. Et apud Senecam, *committe curas auribus matris meæ*, id est novercæ. Pudor igitur vetat eam ducere, quam voco matrem, quamvis nec cognata mihi sit, nec affinis: nam morte patris, aut soluto matrimonio proculdubio finita est affinitas: sed colimus, & renovamus affinitatis memoriam, adeo ut etiam nefaria conjunctio sit cum ea, quæ fuit concubina patris, *l.* 1. §.*pen. ff. de concub.* quia concubina ea novercam imitatur. Et eadem ratione jure gentium incestum committitur cum nuru, id est, uxore filii, quæ est mihi pro filia, & nurum imitatur, vel quæ

A fuit concubina soceri, quia socrum imitatur, ut vel imitatio matris, vel quasi matris nos jubeat abstinere nuptiis. Hæ sunt incestæ nuptiæ jure gentium, & jure civili, & omni jure, quas quemcunque puderet, aut pudere deberet contrahere, etiamsi nulla ea de re scripta lex esset. Nunc dicamus de incesto, quod committitur jure civili. Incestum committitur jure civili inter cognatos ex transverso, vel a latere, non in infinitum, ut in recta linea, non inter omnes, sed inter quosdam ex iis, & non pro graduum lege, quod abrogavi jam ab initio, sed pro arbitrio legum, quæ vetuere nuptias inter eos: Nam hæc omnis prohibitio inter cognatos a latere est juris posititii, ita ut quæ nunc sunt prohibitæ, olim sint permissæ, vel contra, quia res tota pendet ex arbitrio legum, nec gradibus hac

B in re certus finis datus, qui discerneret eas, quæ duci possunt, ab iis, quæ duci non possunt. Quod sic demonstro ex secundo gradu, a quo incipiunt cognationes ex transverso (nam in jure transversali jure civili non est gradus primus) jure civili populi Romani non licet sororem ducere, sive consanguineam, aut germanam, aut uterinam: At ex Demosthene constat multis in locis licuisse Athenis germanam uxorem ducere, non uterinam. Ex quo efficitur non esse veras has nuptias jure gentium. Commune enim hoc jus est, & nunquam mutat: sed jure posititio in *l.*8. & 54. *D.de rit. nupt.* vox *sororem* est Triboniani, non auctoris: Nam sororem prohibemus ducere legibus, non moribus. Et hoc de secundo gradu. Ex tertio gradu a latere, sive ex transverso, non licebat olim uxorem ducere: post licuit pa-

C truo ducere fratris filiam, idque jus diu permansit, adeo ut quod est in *l.*17.*sup. tit.prox. præterea fratris tui filia, & ex ea nepte*, hæc verba non fuerint in integra constitutione Diocletiani & Maximiani, sed ex jure novo addita sunt a Triboniano: Nam Diocletiani tempore patruo erat connubium cum fratris filia, quam vulgus vocat neptem. Spartianus neptem vocat, sed non boni auctores: & est corrigendus locus Ovid. 3. de Ponto. *Ætherea tibi fratre nepos:* tamen non nepos legendum. Itaque in Pandectis nusquam invenies inter nuptias illicitas proferri patrui nuptias cum fratris filia. Hodie sunt quidem illicitæ, fateor, *l.ult. h.t.* §. *frat.Instit. de nupt.* Diu fuere licitæ: Nec tamen licuit unquam avunculo ducere sororis filiam, quod mirum est. In Pandectis sunt multi loci, quibus vetatur avunculus ducere sororis filiam, quæ

D est in tertio gradu: nullus locus, quo vetatur patruus ducere fratris filiam. Nec alia ratio reddi potest, quam quod ita sit jus positum. Sicut nec cur licuit Athenis ducere sororem germanam, non uterinam. Ergo hoc jus diu ita fuit, ut ex tertio gradu duci posset uxor, nempe fratris filia, quamquam non potuerit ex eodem gradu duci sororis filia: & similiter non potuerit duci ex eodem gradu matertera, vel amita, quæ etiam dicitur patertera in antiquis inscriptionibus. Itaque res hæc non pendet ex certa graduum finitione, sed ex jure civili. Sed pergamus. Ex quarto gradu licet jure civili uxorem ducere veluti consobrinam, *l.celebrandis,sup.tit.prox.* Hodie non licet ex noviss.constitutionib. ducere consobrinam. Et merito, quia pene soror est, & recte etiam appellatur soror simpliciter in *Philip.*1. *Sorori & uxori* .i. consobrinæ, sorori pa-

E trueli. Et ideo nos Galli rectissime, meo quidem judicio, fratrem patruelem patris, vocamus patruum, *le frere de mon pere, c'est a dire mon oncle*. Et similiter sororem patruelem patris, vocamus amitam, sicut sororem germanam matris, vocamus avunculam .i.*tante.* Ac præterea ex quarto gradu non licet, nec licuit unquam ducere neptem sororis, licet ex eodem gradu licuerit ducere consobrinam, id est, neptem fratris, ut appareat gradus hos non servari secundum legem præscriptam, sed arbitrium principis. Et in *l.sororis, ff.de ritu nupt.sororis proneptem ducere non possum, quia parentis loco ei sum*. Videtur autem auctor noster scripsisse *neptem*, non *proneptem*, quia sum ei parentis loco, id est, avi loco, sicut sororis filiæ sum patris loco, id est, avunculus: Nam proneptem sororis uxorem du-

cere

cere ætatis ratio ſatis vetat, ut ait *Paul.2. Sentent. tit.* 19. Ergo de nepte id ſcripſit, quod ei ſit avi loco: nam cum pronepte ſororis ætas nunquam fert ut coeant nuptiæ. Ac præterea ex quarto gradu non licet ducere amitam, & materteram magnam, *l.per adoptionem*, §. 1. *ff.de rit.nupt.* Et hoc de cognatis. Inter affines autem eos tantum prohibitæ fuerunt jure civili nuptiæ, & habitæ pro inceſtis, quos recenſui ante, id eſt, qui parentum, vel liberorum locum inter ſe obtinent, ut inter generum & ſocrum, & inter ſocerum & nurum, inter vitricum & privignam, inter privignum & novercam, quando ii invicem ſe appellant matres & filios, patres & filias. Inter affines hactenus ſtetit prohibitio jure civili, ut indicat *l.4.* §.*hos itaque*, *ff.de grad. cogn.* ſed poſtea jure novo inter affines porrecta eſt etiam prohibitio ad eos, qui neque parentum, neque liberorum loco ſunt: ut non eſt connubium cum fratris uxore, vel duabus ſororibus, *l.5. h.t. l.2. & 4. Cod.Theod. de inc. nupt.* Et notanda hic eſt fabula, ut hæc conjunctio damnetur magis, aut merito videatur damnanda, Prognes, & Philomelæ Cecropiæ domus æternum opprobrium, ut ait Horatius. Item cum leviro non eſt connubium, id eſt, cum fratre mariti, *l.5. & ult. h.t.* Et obſervandum eſt l.pen. hujus tit. tolli Ægyptiorum legem, quæ permittebat fratri ducere uxorem fratris virginem, id eſt, cum qua non fuiſſet conjunctus frater defunctus, quod forte uſurpaverunt ex Deuter. *cap.*25. ſed quam hæ nuptiæ fuerunt deteſtatæ, ſi vis intelligere, legas Egeſippum *lib.2. cap.*22. & Joſeph. *de bello Judaico cap.*11. *lib.*2. Uterque loquitur de Glaphira quadam muliere, quæ nupſit duobus fratribus, & poſt mortem prioris nupſit fratri, unde ſecuta ſunt ejus familiæ diſpendia, ut ſolent etiam ex hujuſmodi infelicibus matrimoniis ſequi ruinæ. Et notandum quod ait *lex pen. h.t.* Ægyptios hoc colore permiſiſſe nuptias fratris alterius, quod prior frater non ſe miſcuiſſet mulieri, quod non deintegraſſet eam, quaſi ſcilicet nuptias faciat concubitus, quod jus noſtrum rejicit: Nam uxorem facit conſenſus nudus, & ideo Modeſtinus definit matrimonium, maris & feminæ conjunctionem eſſe (id eſt, *συνουσίαν*, ut ego interpretatus ſum) vulgi morem ſequitur, qui & nuptias facere dicit de quacunque commixtione, ut Petronius Arbiter: *Jacuerunt una, non ea tantum nocte, qua nuptias fecerant, ſed & altero, & tertio die.* Et alio etiam loco, *poſtulantibus omnibus nuptias fecerunt*: & Interpres Latinus Æſopi illius, qui de vita Alexandri ſcripſit: *Ille*, inquit, *depoſito ſceptro, accenſoque lecto nuptias agit.* Igitur uxorem exiſtimamus eam eſſe, cum qua convenit ut uxor eſſet, & omnis vitæ ſocia, etiamſi nondum coierit corpore. Obſervanda eſt igitur ea fratris uxor, perinde ac ſi rem habuiſſet cum fratre defuncto: Nec ſequenda amplius lex Ægyptiorum. Hic denique videmus etiam cum affinibus quibuſdam inceſtum committi jure civili, licet non referant locum parentum, aut filiorum. Et differentia illa inter inceſtum jure gentium, & jure civili maximi momenti eſt. Nam error juris gentium neminem excuſat, non mulierem, non minorem 25. annis ſi inceſtum commiſerit jure gentium, quia jus gentium nobiſcum naſcitur, & notum eſt omnibus, *l.2. ſup.de in jus voc.* At error juris civilis excuſat mulierem, & minorem 25. annis, ſi inceſtum commiſerit jure civili per matrimonium, non per ſtuprum, vel adulterium: nam hæc ſunt probra juris gentium. Excuſatur igitur minor, & mulier, ſi modo protinus errore comperto dirimat matrimonium, *d. l.ſi adulterium.* Error autem facti excuſat omnes, puta ſi ignari neceſſitudinis cum ſororis filia, vel nepte contraxerint nuptias, dummodo errore comperto protinus dirimant nuptias, ut ait *lex* 4. *h.t. ſi modo dirimerunt.* Ubi eſt archaiſmus in verbo illo *dirimerunt*: Eſt & alius archaiſmus in illo loco, *errore acriſſimo*, ſicut dicitur celeriſſimus equitum. Et ex Cn. Manlio in Iliade apud Priſcianum, *celeriſſimus advolat Hector*, quæ loquendi formulæ rectæ ſunt, ſed antiquæ, unde notanda ſunt verba *d. l.4. in locis ſup. dictis.*

AD TITULUM VI.

DE INTERDICTO MATRIMONIO INTER PUPILLAM ET TUTOREM, SEU CURATOREM, FILIOSQUE EORUM.

IN h.t. proponitur alia ſpecies inutilium, illicitarumque nuptiarum ex oratione Marci & Commodi, & S.C. quo cavetur ne tutor, vel curator, aut eorum filii ducant impune pupillam ſuam, aut patris ſui, antequam tutor, vel curator rationes reddiderit tutelæ ſuæ, vel curæ, & præterierint tempora reſtitutionis in integrum, intra quæ auxilio prætoris rationes, quæ redditæ eſſent, retractari poſſent, hoc eſt, intra annum 26. ut eſt in *l.non eſt, ff.de rit. nupt. & l.qui pupillam, ff.ad l.Jul. de adult.* Videlicet ſexto anno computato utili, non continuo, ceteris continuis annis, ut *l. 6. h. t.* Hodie dicerem ſecundum Juſtinianum intra 29. annum, quoniam anno utili Juſtinianus ſubſtituit quadriennium continuum ad petendam reſtitutionem in integrum. Cur voluit ſenatus ne duceret pupillam ſuam, vel patris ante redditas rationes firmataſque tempore? cauſa prohibendarum nuptiarum, quæ movit Senatum, ſane fuit ſuſpicio fraudis tutorum, vel curatorum: plerumque enim tutores, vel curatores hujuſmodi nuptias appetunt, vel ambiunt ſibi, aut filiis, ut puella ducta in ſuam familiam, conturbent, invertant, vel cohibeant rationes reddendæ tutelæ, aut curationis, ut eam circumſcribant in ſuis rationibus, rerumve ſuarum, ut fraudem adminiſtrationis ſuæ tegant. Denique ut puella, quæ utique ſemper reveretur maritum, & ſocerum, qui patris loco eſt, a verecundia tardetur exigere rationes ab eo. Hoc oſtenditur in *l.libertum*, §.1. & *l.pen.* §.*ſed videamus*, *ff.de rit.nupt. l.pen. h.t.* Quæ ratio etiam efficit, ne tutori permittatur adoptio pupilli, vel pupillæ, *l. nec ei, ff. de adopt.* Ut etiam non permittatur adoptio mariti pupillæ ſuæ, *d.* §.*ſed vid.* ne ſcilicet captetur his rationibus remiſſio rationum puellæ, quas tractavit tutelam, aut curam adminiſtrans. Hæc conſtitutio S.C. ſive prohibitio habet locum in tutoribus, vel curatoribus tantum (quod notandum eſt) non autem porrigitur ad eum, qui pro tutore adminiſtravit, cum non eſſet curator, non ad procuratorem, non ad geſtorem, *l.ult. h.t.* quamquam & ii rationem reddere debeant, alioquin pauſatim quilibet reddendis rationibus obnoxius, eam, cui obligatus eſſet, prohiberetur ſibi, vel filio ſuo conjungere matrimonio, quæ non eſt mens S.C. *l. pen.* §. *pen. ff.de rit.nupt.* Et obſervandum eſt prohibitioni cauſam dediſſe non tantum ne rationes cohiberent, ut dixi ſupra, ſed etiam & poteſtatem, quam habet tutor, vel curator, & qua fretus facile poteſt hujuſmodi nuptias extorquere a puella, quæ maxime obſervat tutorem, & curatorem ſuum: Et ut dicam uno verbo, rationem potentatus, ut ait *l.præfectus*, *ff.de rit.nupt.* Cur qui officium adminiſtrat in provincia prohibetur ex ea uxorem ducere? ratione potentatus, quo fretus appeteret nuptias quaslibet. Cur inter pupillam? eadem, inquit, ratione. Et hæc nuda potentatus ſuſpectio non eſt in protutore, vel procuratore, vel geſtore voluntario. Addamus prohibitionem S.C. etiam conſiſtere in pupilla tantum: Nam matrem pupillæ ducere nihil vetat *l. 3. h.t.* Pupillo quoque meo filiam meam collocare nihil vetat, *l.5. h.t. l.libertum*, §.*ult. ff. de rit.nupt.* Et ita is, qui officium publicum adminiſtrat in provincia, quamdiu adminiſtrat, licet non poſſit ex ea provincia ſibi ac filio uxorem adjungere, poteſt tamen filiam ſuam in ſe dignam conditionem collocare in ea provincia, *l.ſi quis officium*, §. *ult. ff. de rit. nupt.* Nec alia ratio eſt, quam quod gener non ita reveretur ſocerum ut nurus: Nurus verecundia fere ſemper remittet redditionem rationum, quam non remittet generi verecundia, quæ talis non eſt: non enim tantum vir ſocerum erubeſcere ſolet,

solet ut nurus, & ob id nurus adquisitio cohibet quidem rationem reddendæ tutelæ: sed non etiam generi adquisitio. Gener enim non erubescit exigere rationes a socero ut nurus. Sic explicanda est ea ratio. Rursus addamus etiam, si ad ea quæ dixi, easve personas, quas dixi, non porrigatur S. C. de quo est hic tit. porrigatur tamen (licet scriptum sit tantum de filiis tutorum & curatorum) etiam ad nepotes, ut in *l. 59. ff. de rit. nupt.* In hoc S.C. filii appellatione continentur nepotes: & placet mihi valde vetus scriptura hujus tit. quæ habet *liberos* pro *filios*. Pertinet etiam hoc S. C. ad filium quemcunque, liberos quoscunque, filium sui juris, vel emancipatum, filium illegitimum vel naturalem, quæsitum & natum ex contubernio, vel in servitute quæsitum, *l. 4. hoc tit. & l. non est, de rit. nupt.* Porrigitur etiam ad libertum tutoris, vel curatoris, *d. l. non est, & d. l. libertum*. Porrigitur ad patrem tutoris, vel curatoris, si in ejus potestate sint. Porrigitur & ad fratrem, qui in ejusdem patris potestate est, *l. pen. §. sed videamus*. Porrigitur etiam ad heredem extraneum tutoris, vel curatoris, nondum redditis rationibus, *l. si quis tutor, §. ult. l. libertum, §. 1. ff. eod.* Porrigitur etiam ad sponsalia, & nuptias, ne ducat uxorem, & despondeat impune, *l. tutor. de spons.* Et dico *impune*, quoniam tutor, vel curator, vel filius coercetur legibus, si ejusmodi nuptias contraxerit, fit infamis, & punitur etiam extra ordinem, *d. l. non est, & l. amplissimi, l. licet, inf. de exc. tut.* Cum eo commune est ceteris nuptiis inutilibus, ut dos fiat caduca, & donatio propter nuptias, & arræ, & munera, *l. 4. & 6. sup. tit. prox.* & filii, qui nascentur ex ea conjunctione sunt illegitimi & injusti. Et ut hoc etiam obiter admoneam, in hoc tit. pupillam accipere nos oportere, ut accepimus novercam & nurum, priviginam & socerum *tit. super.* Novercam, id est, quondam novercam, non eam, quæ adhuc nupta est patri, & quæ noverca est vera mihi, ne eam ducam satis prohibet me infamia binarum nuptiarum. Et ita pupillam, id est, quondam pupillam: Nam pupillam, quæ nondum pubuit, ne ducam, satis vetat ætatis ratio. Ultimo loco velim vos addere ad hoc S. C. duas exceptiones: Una hæc est: nisi pupilla a patre ei tutori, aut filio desponsa, destinatave inter vivos, aut testamento, testamentove denominata sit, in *d. l. non est, & l. qui pupillam, ff. ad l. Jul. de adult.* Ex quibus, ut dixi alias in *l. tut. ff. de rit. nup.* ita videtur legendum: varia est scriptura, ut sunt varii libri: sed hæc melior videtur esse quam proferam: *Tutor, vel curator adultam ducere non potest, nisi a patre desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione nuptiæ sequutæ fuerint, ex d. l. quamvis, & d. l. non est.* Aut certe hoc modo, quod nunc primum adiicio: *nisi a patre destinata, testamentove nominata, conditionem nuptarum sequuta fuerit*, ex *d. l. quamvis*. Altera exceptio hæc est: nisi quis nurui suæ curator datus sit. Quare evenit, ut pupilla inveniatur nupta filio curatoris, nondum redditis rationibus, quod est contra S. C. Et tamen matrimonium non dissolvitur; sed alius curator dandus est, *l. 3. h. t.* quia matrimonium rite contractum, numquam ex post facto corrumpitur: & in matrimoniis vacat ea regula, ut quæ ab initio constiterunt, in irritum recidant, si deveniant in eum casum, a quo incipere non potuissent, *l. pro patre, ff. de reg. jur.* Et idem etiam erit si uxori meæ curator datus sim, *l. amplissimi, inf. de excus. tut.* Neque enim solvitur matrimonium, sed corrigitur dato alio curatore, & substituto. Et ita si eam, quæ uxor mea fuit, deinde divortio facto ducat Sejus, & postea Sejum adoptem in locum filii: eveniet ut novercam privignus habeat in matrimonium, nec propterea solveretur matrimonium, *l. 12. in princ. ff. de rit. nupt.* melius erit impedire eam adoptionem. Idemque erit si quis generum adoptaverit in locum filii, nec enim dissolventur nuptiæ, quasi non possint consistere cum sorore, quod verum est, licet alii quidam dixisse ferantur dissolvendas esse nuptias, *l. pen. §. sed & filius, D. de rit. nup.* Namque melius est eam adoptionem impedire, aut emancipare filiam, *l. per adoptionem, D. de rit. nupt.* Idemque erit si maritum pupillæ meæ adoptavero, aut adoptare velim: huic enim adoptioni obviari oportet, ne videatur soror nupta fratri, *d. l. pen. §. sed videamus*. Et ita si eques, vel plebejus, qui duxit libertinam, postea fiat senator, cum quo libertinæ ab initio non est connubium, non ideo dissolvetur connubium, in *l. ult. sup. de nup.* Et placet generalis definitio *l. 3. hoc tit.* rite contractum matrimonium ex post facto non posse vitiari.

AD TITULUM VII.

SI QUACUNQUE PRÆDITUS POTESTATE, VEL AD EUM PERTINENTES AD SUPPOSITARUM JURISDICTIONI SUÆ ASPIRARE TENTAVERINT NUPTIAS.

IN hoc tit. 7. eadem ratio prohibet nuptias, quæ in superiori titulo, nempe ratio potentatus, *l. præfectus, ff. de rit. nupt.* quod jam exposuimus. Et punitur constitutione hujus tituli etiam conatus, & faciendi initium, licet non perpetrata sit res, puta si is, qui officium in provincia administrat, per impressionem appetierit nuptias mulieris, aut virginis, ex ea provincia, invita ea, aut parentibus ejus, punitur gravissima pœna, quam aperiet lectio constitutionis: & ea, quam tentavit promissis, aut minis abducere, domusque ejus omnis, vel parentes ejus, quos æque tentavit, protinus habita contestatione impressionis ejus, sive concussionis, liberantur jurisdictione sive potestate hujus, *Ils ne le recognoissent pas pour Magistrat.* Sæpe in jure punitur etiam conatus: imo vero dicitur æquali sorte puniri scelus, & sceleris voluntas in *l. quisquis, inf. ad l. Jul. majest. & l. 1. Cod. Theod. ad l. Jul. de amb.* Hoc, ut existimo, non tantum habet locum in crimine læsæ majestatis, sed in omni atrociori crimine, non etiam in leviori, *l. 22. §. sed etsi, ff. de minor. l. cogitationes, ff. de pœn.* In gravioribus delictis nihil distat scelus a consilio, conatu, voluntate: corruptores alienarum nuptiarum adsessores, solicitatores alienarum uxorum, etiamsi effectu potiri non potuerunt, coercentur, *l. 1. ff. de extraord. crim.* & qui etiam tentaverit nuptias devotæ virginis, *l. si quis, sup. de episc. & cler.* Et recte Seneca *declam. 7. Scelera*, inquit, *quamvis citra exitum subsederint, puniuntur*: Et ita quoque fur, raptor, effractor, vecticularius manifestus, etiamsi rem non peregerit, punietur. Et in *declam. 274. insidiatus civi, etiam si non effecerit scelus, pœnas tamen legibus solvet*. Et similiter patriæ proditoris consilium, & voluntas punitur, quasi rei læsæ majestatis. Et est hac de re elegantissimus locus in oratione Maximi Tyrii: *Adulterum enim*, inquit, *lex punit, non eum tantum, qui perpetrat rem, sed etiam eum, qui perpetrandæ rei consilium inivit: & similiter effractorem conantem effringere ædes alienas, licet deprehensus fuerit in ipso facinore, nec rem potuerit peragere: & similiter eum, qui meditatus sit proditionem adversus patriam, licet eam non perduxerit ad effectum.* Et ita in hoc tit. notandum est verbum illud *tentaverit*: Nam tentasse crimen est. De hac causa prohibitarum nuptiarum etiam actum fuit *sup. l. 6. de nupt.* Sed hoc interest, quod *l. 6.* est de matrimonio: Hic titulus est de pœna tentantis interdictum matrimonium. Et hac de re actum est in tit. 2. *hujus lib.* sed hic titulus est de nuptiis tentatis, ille de sponsalibus. Sponsalia fuere permissa, ut etiam concubinatus, *l. ult. ff. de concubin.* non nuptiæ, initiave nuptiarum, lineæ nuptiarum.

AD TITULUM VIII.

SI NUPTIÆ EX RESCRIPTO PETANTUR.

IN hoc titulo octavo est etiam alia species, & ultima prohibitarum nuptiarum, sive inutilium: si nuptiæ petantur ex rescripto Principis absque consensu puellæ. Nullum non facinus hæc nostra ætas vidit: Nam vidit etiam ex rescripto Principis appeti nuptias invitæ, jubente Principe, ut nuberet puella illi, quem maxime abhorrebat. Constitutio 1. hujus tituli maxime ulciscitur eum, qui impetrat talia rescripta, & qui obrepit Principi: Nam præsumimus deceptum fuisse Principem, qui subscribit his precibus illicitis, precatorem obrepsisse Principi, & licet negare non hoc voluisset Princeps, tamen obreptum Principi fuisse, & subreptitium fuisse rescriptum: atque adeo inutile, & puniendum eum, qui hoc uti velit. Et ita etiam ex rescripto non licet petere in matrimonium fratris & sororis filiam, *l. 2. hoc titul.* Notandum tamen in quibusdam casibus ex rescripto peti nuptias cum consobrina: hoc jure ex *l. celebrandis, supra de nupt.* sunt permissæ nuptiæ simpliciter sine rescripto Principis, quo tamen jure nunquam usi sunt Christiani: Nam ut recte ait D. Augustinus, *Christiani existimant id quod est licitum fieri illicitum vicinitate illiciti.* Consobrina autem vicinia est sorori, cum qua illicitæ sunt nuptiæ: deinde nuptiæ fuerunt permissæ cum consobrina non simpliciter, sed ex rescripto Principis, *l. 1. Cod. Theod. eod. tit.* Et hujus rescripti exstat formula apud Cassiodorum in *fine 7. Var.* Ac postremo vetitæ sunt nuptiæ inter consobrinos, etiam ex rescripto Principis. Secundo cum tutore, vel curatore erant permissæ nuptiæ ex rescripto principis, si probasset mores hominis, & laudasset, nec existimasset interversorem esse rationum reddendarum, *l. pen. sup. de interd. matrim.* Item cum ea, quæ est mihi impar dignitate, etiam permittebatur connubium ex rescripto Principis, *l. 23. sup. de nupt.* Et hac de re etiam exstat formula apud Cassiodorum *eod. lib.* Illud proculdubio est ex rescripto Principis, posse peti eam, quam despondit pater, aut duplum arrarum, *l. 1. hoc tit.*

AD TITULUM IX.

DE SECUNDIS NUPTIIS.

DIXI ante de illicitis nuptiis, quarum ostendi varia esse genera: nunc dicturus sum de secundis nuptiis, quæ illicitæ etsi non sint, tamen non sine causa vicinitatem illicitarum sequuntur, cum pœnis quibusdam obnoxiæ sunt, quæ explicantur in *l. 1. hoc tit.* Atque adeo quasi illicitæ videri possunt: Et statim *l. 1. hoc tit.* indicit pœnas mulieribus, quæ contrahunt secundas nuptias, antequam priorem virum eluxerint, id est, antequam priori viro religionem luctus, quam debent, persolverint: Nam etsi non sint illicitæ, vel illegitimæ nuptiæ, quæ fiunt intra tempus luctus, tamen immaturæ sunt: & immaturitas nuptiarum coercetur, immaturas vocat *l. 1. hoc tit.* & similiter ἀώρους *Nov. 22. & 39.* ὀψίμους, & *Plinius 4. epist. nuptias lugentis, nuptias senis, quorum alterum immaturum, alterum serum est:* & Apul. *lib. 8. ne forte immaturitate nuptiarum, indignatione justa manes acerbos mariti ad exitium salutis tuæ suscitemus.* Et ita si mulier defuncto marito susceperit tutelam filii impuberis, quem ex eo procreavit, & nondum finita tutela alii nupserit, non sunt quidem illicitæ nuptiæ, sed immaturæ, quod non exspectaverit pubertatem filii. Et coercentur hæ nuptiæ iisdem pœnis, quibus quæ coitæ sunt intra legitimum tempus luctus,

A *Nov. 21. de nupt.* Et similiter, quæ fiunt sponsalia cum puella, quæ nondum implevit decimum ætatis annum immatura sunt. Et ut nominatim scribit Sveton. in *Tiberio cap. 34.* hanc immaturitatem sponsalium coercuit Augustus: sed tamen non sunt illegitima, *l. in sponsalibus, D. de sponsal.* Non quicquid pœnæ subjicitur, illegitimum est, posset enim alio vitio laborare, quam illegitimi. Et sciendum est hac in re meliorem esse conditionem maris, quam feminæ. Nam vir non luget uxorem, nullam debet uxori religionem luctus, *l. 9. de his qui not. infam.* Uxor elugere debet virum, & hoc verecundia matronalis exigit. Luctui mulierum lex præscripsit certum tempus, nempe annum, de quo dicemus in *l. 2. hoc tit.* Sed excepti sunt mariti quidam indigni luctu, ut qui suspendio, vel alio genere mortem B sibi consciverunt, ut transfugæ homines, proditores patriæ, & damnati perduellionis, *l. 11. D. de his qui not. inf.* Tiberius generaliter capite damnatos lugeri vetuit, auctore Sveton. Ubi autem non est lugendus maritus, vel est indignus luctu, si mulier non sit prægnans, nuptum ibit impune, etiam statim post mortem viri: si sit prægnans, non potest alii nubere, antequam pepererit, propter turbationem sanguinis, ut ait *l. 11.* διὰ τὴν τῆς γονῆς ἀδηλίαν, ut ait *l. 52. sup. de episc. & cler.* Quæ est Græca, propter prolis incertum, ne scilicet re habita cum alio fiat genus incertum, & dubius sanguis. Et eadem ratione si dissolvatur matrimonium non morte viri, sed divortio, vel monachismo (quod olim obtinuit) & sit prægnans mulier: jam hic cessat quidem ratio luctus, cum mortuus non sit maritus: sed si præ- C gnans sit, non potest alii impune nubere, antequam pepererit, *dict. l. 52. & l. consensu, §. si vero, & l. constante, inf. de repud.* Ubi autem elugendus est maritus, mulier antequam eum eluxerit, etiamsi interim partum ediderit, cum eam prægnantem reliquisset vir, potest quidem alii despondere se, sed non nubere, quia debuit marito hanc observantiam luctus, & post editum partum. Nec hic spectatur tantum turbatio sanguinis: sed honor debitus memoriæ defuncti. Ceterum post editum partum, vel si liqueat eam non esse prægnantem, potest alii nubere ex rescripto Principis, vel senatus, *l. 10. D. de his qui not. inf.* Remittet scilicet Princeps honorem, quem debemus, & justa, quæ debemus defunctis, nosipsi solvere eo non possumus. Quibus autem pœnis coerceatur, quæ intra tempus luctus nuptum ivit, & alii D nupsit, hoc explicatur in hac *l. 1.* & proponuntur in ea pœnæ quinque.

Ad L. I. Si qua mulier *nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione præstiterit, ex jure quidem notissimo fit infamis: præterea secunda viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det: neque ei ex testamento plus quam tertiam partem relinquat. Omnium præterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum, suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers. Hæc namque omnia ab heredibus, vel coheredibus, aut ab intestato succedentibus vindicari jubemus: ne in his, in quibus correctionem morum induximus, fisci videamur habere rationem. His etiam amittendis, quæ prior maritus ei suprema voluntate reliquerit: quanquam hæc, quæ* E *mulieri a priore viro relinquuntur, & per immaturum matrimonium vacuata esse cœperunt, primo a decem personis edicto Prætoris enumeratis, id est, ascendentibus, & descendentibus, ex latere autem usque ad secundum gradum, scilicet gradibus servatis, deinde præsumi a fisco jubemus. Eandem quoque mulierem infamem redditam, hereditates ab intestato, vel legitimas, vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare.*

IN hac lege proponuntur pœnæ quinque, quibus coercetur mulier, quæ intra tempus luctus alii nupsit. Prima est, ut sit infamis mulier, quæ non servat religionem luctus priori viro, & præmature nubit alii, quod est ex edicto Prætoris, ex quo non tantum ipsa infa-

infamis fit: sed etiam is, qui sciens eam ducit, vel pater ejus, in cujus est potestate, si non contradixerit: itemque pater, in cujus potestate fuerit mulier, si intra id tempus eam alii nuptui collocaverit, *l. 1. ff. de his qui not. inf. l. decreto, sup. eod.* Dum dico hos esse infames, multa dico, nam infamiæ sunt innumera damna. Infames in perpetuum omni honore & dignitate privantur: denique nullius honoris gerendi capaces sunt, *l. 1. D. ad leg. Jul. de vi priv. l. 2. inf. de dignitat. l. 8. inf. de decur. l. 1. sup. de re mil.* Item judices dari non possunt, *l. cum prætor, D. de judic.* nec milites legi possunt, *l. 4. §. ad tempus, de re milit. & Theoph. §. ult. Instit. de except.* accusare non possunt, *l. qui accusare, D. de accus.* nec agere populari actione, quasi non sint in populi, vel civium numero, *l. 4. D. de popul. act.* non possunt etiam assidere in consilio judicum, sive magistratuum, sive consiliarii esse, *l. 2. D. de offic. adsess.* non possunt postulare pro aliis, *l. 1. §. ait prætor, D. de postul.* Est enim advocatorum ordo seminarium dignitatis, ut eleganter ait Valentin. in *Nov. de post.* Et infames incapaces sunt dignitatum: non possunt etiam fieri procuratores ad lites, nec ipsi litigare per procuratores, *d. §. ult. de except.* Sed interim, quia infames non possunt assidere judicibus, nec judices dari, nec postulare pro aliis, quæ sunt munera Jurisconsultorum, ex eo efficies nec Jurisconsultos, nec doctores esse posse. Invenio etiam infames si quid deliquerint, severius puniri, quam integræ famæ homines, *l. capitalium, §. ult. D. de pœn.* Sunt itaque infamiæ detrimenta multa. Secunda pœna nubentis intra annum luctus, quæ proponitur in hac lege, hæc est, ut novo marito in dotem dare, vel relinquere testamento non possit plus, quam tertiam partem bonorum suorum. Quod utique verum est, si nulli existant liberi ex priori matrimonio: sed si existant aliquando ex priori marito, marito novo ne tertiam quidem partem bonorum suorum relinquere potest, videlicet si cui ex liberis prioris conjugii minus tertia reliquerit, quod hic Accursius recte notavit ex *l. hac edictali, hoc tit.* ne scilicet novus maritus plus habeat ex bonis mulieris, quam filius prioris mariti. Unde aperte quærit idem Accursius, quid sit dicendum non existentibus liberis ex priori matrimonio, si forte mulier novum maritum heredem instituat ex asse: Et cum multa varia dicat Accursius, hoc solum verum est, maritum ex tertia parte heredem fore testamentarium, quam solam legibus capere potest: reliquam partem habiturum heredem legitimum, quod aperte confirmat *l. 6. D. de vulg. subst. & l. 55. §. ult. D. de leg. 2.* Atque ita eveniet certe, ut mulier sit pro parte testata, pro parte intestata, ut habeat pro parte testamentarium heredem, pro parte legitimum: Nam in hoc nos compellit lex, quæ vetat maritum secundum plus capere triente. Tertia pœna, quæ proponitur in hac lege hæc est, ut cum ea muliere non sit testamenti factio, id est, ut nihil possit capere ex aliorum testamentis, & codicillis, vel donationibus causa mortis: denique ut sit incapax solidi, ut nihil possit capere, & consequenter, quod ei relictum est pro non scripto erit. Et (ut solent in jure, quæ pro non scriptis sunt) id, quod ei relictum est alieno testamento, non cedit fisco, sed remanet apud heredem testamentarium, vel legitimum, a quo relictum est, vel coheredi accrescit, ac collegatario, vel obvenit substituto, in *l. unica, §. 3. in princ. inf. de cad. toll.* Quarta pœna est, si mulier nupserit intra annum luctus, ut quæ ei reliquit suprema voluntate prior maritus, ei auferantur quasi indignæ. Solent autem plerumque, quæ eripiuntur quasi indignis fisco cedere, sed non utique semper, non certe hoc casu: Nec enim statim cedunt fisco, sed ut est in hac *l. 1.* fisco præferuntur decem personæ enumeratæ edicto prætoris, id est, edicto de bonorum possessionibus, quod Accursius non explicat illa in parte *unde decem personæ*, quæ præfert decem personas extraneo manumissori secundum jus vetus, quod hodie sublatum est, *§. 1. Instit. de bon. poss.* Decem personæ

A hæ sunt, pater, mater, avus, avia, tam paterni, quam materni, filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia, frater, & soror, tam consanguinei, quam uterini: His decem personis postferendus est fiscus, & iis deficientibus vocandus. Et inter eas personas utique servanda est graduum prærogativa, ut scilicet proximior excludat remotiorem, servanda paritas graduum, ut qui eodem sunt gradu, cujuscunque sint ordinis simul vocentur, & excludant fiscum in iis, quæ huic mulieri reliquit prior maritus suprema voluntate. Et supremæ voluntatis nomine, non oportet tantum intelligere testamenta, sed etiam codicillos, & epistolam fideicommissariam, & donationem propter nuptias, *l. 2. hoc tit.* & donationem causa mortis, nam & hæ comparantur ultimæ voluntati, *l. ult. sup. de don. caus. mort.* Imo donationem inter vivos, quia inter maritos habetur pro

B donatione causa mortis, *l. 12. inf. ad l. Falc.* ergo pro ultima voluntate. Nec mirum si late pateat ultimæ voluntatis nomen, cum & in secunda parte hujus l. æque late accipi oporteat testamenti nomen, ut probat *l. hac edictali, hoc tit.* Et quia quærit etiam Accursius, neque id explicavit bene, quare huic mulieri relicta testamento extranei nunquam cadant in fiscum: relicta testamento prioris viri cadant post decem personas. Ratio est evidens, quia indigna plane est, quæ quicquam ferat ex prioris mariti bonis, cui injuriam fecit non servata religione luctus: & indigni successor plerunque est fiscus, & indigni locum subit, atque subintrat: extraneo vero nullam injuriam facit, nec (quod censeo valde notandum) si vivo marito castitas exigatur ab uxore, mirum videri debet, cum & mortui sancte debeat servare per annum venerationem, atque memo-

C riam, nec minus fuit adulterii rea si intra annum peccaverit, ut est in *§. ult. Novellæ 39.* vel si nupserit intra eum annum, non remaneant impunitæ nuptiæ præcoces. Et earum pœna est quinta & ultima, ut hæc mulier cognatis; & agnatis suis non possit succedere ab intestato jure civili, vel prætorio ultra tertium gradum. Et hæ sunt pœnæ, quibus plectuntur hæ nuptiæ immaturæ. Sed observandum est, infamiam, quæ prima est pœna, etiam postquam in eam incidit mulier posse aboleri rescripto principis, *l. si qua, inf. ad Tertullian.* quæ est conjungenda cum hac lege prima. Nam & ipse Justinianus eas conjunxit in *Novella 22.* & ita nobis fit auctor conjungendarum legum, quoties una lex, scissa est in varias partes, vel dispersa in varios locos, ut altera ex altera lucem accipiat. Principis est famam restituere. Et ele-

D ganter Cassiodorus *libro 3. Fas est principi maculosas notas, vitiosasque opiniones abstergere*, & quod notandum est, collatio honoris, id est, si infamem princeps donaverit honore aliquo, & dignitate, in hoc est fame restitutio tacita, *l. imperialis, §. similes, sup. de nupt.* Hodie constitutionibus Pontificum ex hac causa est etiam abolita pœna infamiæ in *cap. pen. & ult. de secund. nupt.* alias pœnas non invenio Pontifices abolevisse, sed ut indicat *l. si qua etiam*, indulgentia Principis singulari beneficio, etiam ceteræ omnes pœnæ remitti possunt, maxime si non existant liberi ex priori conjugio, quibus secundo faciat injuriam. Nam si existant liberi ex priori conjugio, princeps non alias remittet pœnas legitimas, quam

E si bonorum, quæ habet mulier tempore secundarum nuptiarum, semissem relinquat liberis prioris matrimonii, partiendum inter eos æqualiter, ita ut in partem morientis intestati fratris sine filiis veniant reliqui fratres, non mater, & ut is semis non ante redeat ad matrem, quam si omnes liberi prioris matrimonii decesserint intestati, aut sine filiis: Nam filii excludent matrem, atque etiam eorum heredes testamentarii, quæ est sententia *dictæ legis si qua*.

Ad L. II. Si qua ex feminis *perdito marito, intra anni spatium alteri festinaverit nubere (parvum enim tempus post decem menses servandum adjicimus: tametsi id ipsum exiguum putemus) probrosis inusta notis, honestioris nobilisque*

 per-

personæ decore, & jure privetur: atque omnia, quæ de prioris mariti bonis, vel jure sponsalium, vel judicio defuncti conjugis consecuta fuerat, amittat.

IN lege secunda hujus tituli definitur tempus, intra quod defunctum maritum mulier elugere debet: id fuit olim decem mensium, quod & idem fuit olim spatium anni, cum inciperet a Martio, & finiretur in Decembri, quod idem est pariendi legitimum tempus, *l. 3. §. ult. D. de supel. leg.* Hæc lex secunda addit duos menses, ita ut mulier sit in luctu duodecim mensibus post mortem viri, quamquam & hoc ait ipsum se existimare esse exiguum tempus, quod scilicet pudicæ mulieres diutius colere debeant defuncti memoriam, & extendere luctum in longius tempus: sed lex contenta est anno duodecim mensium. Lugendi etiam sunt parentes, & liberi, & agnati, & cognati, *l. parentes, D. de his qui not. infam.* Sed huic luctui non est præscriptum certum tempus: relinquitur enim in arbitrio cujusque, ut cum volet deponat lugubria, quæ sumpsit ob amissum parentem, vel filium, aut filiam, vel cognatum. Hic quoque luctus non est impedimento nuptiis, *l. libererum, D. eod.* Et qui hunc luctum non luget, aut peragit, non notatur infamia, nec si omiserit luctum patris, id est, si non sumpserit habitum lugubrem amisso patre, *d. l. parentes.* Itaque multum hic luctus differt a luctu, quem mulier superstes persolvere debet marito defuncto. Nam mulieri ad maritum lugendum præscriptus est annus, & interim alii nubere non debet, vel si alii nupserit, notatur infamia. Et eleganter hæc lex secunda definit infamem eum, *qui honestioris, nobiliorisque personæ decore ac jure privatur.* Quem vocas infamem? eum, qui probrosis inustis notis, honestioris, nobiliorisque personæ decore, ac jure privatur. Nobilitatem exstinguit infamia, quod notandum: Nec nobilium igitur magnus est hodie numerus. Etiam additur in hac lege quod manifesto non fuerat expressum *in l. 1.* mulierem, quæ properavit ad secundas nuptias intra annum luctus, amittere, quæ sponsalium jure ex prioris mariti bonis ad eam pervenerunt, id est, jure donationis propter nuptias, ut interpretatur Justin. in *Nov. 22.* Quæ Novel. est veluti liber quidam de primis & secundis nuptiis, quo sunt enarratæ miro artificio constitutiones omnes hujus tit. ut patet etiam ex *Cod. Teod.* sed non additur abrogatio *l. si qua, ad Tertull.* de qua diximus, ut scilicet hæ pœnæ immaturi matrimonii non remitterentur rescripto principis: hanc scilicet clausulam noluit inserere Justinianus, quia magis probavit clementiam *l. si qua.* Ad hæc notandum est quandoque mulierum luctum, virorumque, minui legibus, finirique ex certis causis. Vel etiam extra ordinem quandoque senatum minuere luctum feminarum, & marium, vel in honorem principis, vel ob rem prospere gestam, publicam lætitiam, & gratulationem. Et cum hoc lex, vel senatus inducit, ut scilicet minuâtur luctus, quod videtur induxisse, id explicat *l. decreto, sup. ex quibus causis inf. irrog.* An impetrata deminutione luctus liceat viduæ intra annum luctus nubere? Minime, non hæc est mens imperantis luctum minui: Nam his verbis hoc tantum significatur, ut deponant lugubria, deponant *tristiorem habitum*, ut ait *d. l. decreto, tristia signa*, ut dixit Ovidius, doloris insignia, vestem atram, pullam, antracinam, amiculum nigellum, ut dixit Varro describens habitum lugentium, & sumant vestem albam, vel purpuream, vel coloriam, & aurum, & ornamenta, quibus omnibus qui lugent abstinere debent. Denique qui minui luctum jubet, jubet deponi vestem atram, id est, habitus lugubres. Et eleganter apud Æschylum in Persicis, tristis & mœstus dicitur μελαγχίτων φρὴν, *une ame a robe noire.* Igitur minutio luctus non consistit in licentia nubendi, sed in positu atri & lugubris habitus. Et hæc est sententia *legis decreto*, summe notanda. Ex qua tamen vulgo colligunt generaliter, mulierem, quæ luget virum, posse uti alba veste, & ornamentis, remitti generaliter lugubrem vestem. Hoc vero est falsissimum, nec usu unquam fuit comprobatum, & vera etiam mens legis illa est, quam patefeci, ut quoties extra ordinem jubet senatus minui luctum, tunc liceat deponere lugubria, & sumere hilaria. Valde autem est notandum quod ex veteribus, ut opinor J. C. retulit Festus, minui luctum ipso jure, etiamsi hoc non indicatur extra ordinem, vel publice, vel privatim: privatim cum nati sunt liberi, licet eo die deponere vestem atram, cum honos venit in familiam, cum parens, cum filius, aut nepos, aut vir, aut frater ab hoste captus, postliminio redierit: licet eo die exuere vestem atram, cum puella desponsa est, cum propiore quis cognatione junctus is, quam is, qui lugeretur, natus est: Et postremo cum familia est in casto Cereris, id est, cum agit Cereris sacra, abstinens fruge Cereris, id est, pane. Nam quod hodie liquet, diu nescivimus, hoc castum veteres dixere jejunium, & abstinentiam: Græci ἁγνείαν, ut Jejunium quadragesimæ, recte dixeris castum quadragesimæ. Et eleganter Arnobius: Castum Cereris temperatum, id est, temperationem ab alimonia panis. Publice & generaliter minuitur luctus, cum votum publice susceptum redditur, veluti pro salute principis, *l. si cal. 233. §. 1. D. de verb. signific.* Et cum censores lustrum condunt, id est, cum quinto quoque anno censum agunt civium Rom. facto sacrificio, quod lustrale dicitur, Tit. Liv. 1. Isidor. *orig. 5. cap. 37.* Et postremo cum ædes dedicantur, quam celebritatem Græci dixerunt ἐγκαίνια, Gallice *dedicace*, ab ἐγκαινίζειν, quod est dedicare. Ex his causis minutio luctus temporaria est, & consistit tantum in deponendis lugubribus, non in licentia nubendi. Male quidam differentiam faciunt inter lugere & elugere hoc modo: ut lugere sit uti atra veste, & demittere capillum, ut Romani solebant: Elugere autem, abstinere nuptiis: hoc est falsum. Elugere sic dicitur, ut enavigare, id est, perficere navigationem, in §. *Callimachus, l. qui Romæ, D. de verb. obligat.* evincere, plus quam vincere. Grammaticus Agroetius. Et ita *eluxit, luctum deposuit.* Et Livius *lib. 34. Quid aliud in luctu, quam purpuram, & aurum deponunt, quod cum eluxerunt sumunt?*

Ad L. III. Feminæ, quæ susceptis *ex priore matrimonio filiis, ad secundas post tempus luctui statutum transierint nuptias: quicquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium jure, quicquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quicquid mortis causa donationib. factis, aut testamento jure directo, aut fideicommissi, vel legati titulo, vel cujuslibet munificæ liberalitatis præmio ex bonis (ut dictum est) priorum maritorum fuerint adsecutæ, id totum ita, ut perceperint integrum ad filios, quos ex præcedente conjugio habuerint, transmittant, vel ad quemlibet ex filiis (dummodo ex his tantum sit) quos tali successione dignissimos judicamus, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suæ judicium mater crediderit dirigendum. Nec quicquam eædem feminæ ex iisdem facultatibus alienandum in quamlibet extraneam personam, vel successionem ex alterius matrimonii conjunctione susceptam, præsumant, atque habeant potestatem possidendi tantum, atque fruendi in diem vitæ, non etiam alienandi facultate concessa. Nam si quid ex iisdem rebus in alium quemlibet fuerit ab ea translatum: ex maternis redintegrabitur facultatibus, quo illibata ad eos, quos statuimus liberos bona, & incorrupta perveniant. Illud etiam addimus (huic) legi, ut si aliquis ex iisdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, matre jam secundis nuptiis funestata, aliis etiam ex eodem matrimonio progenitis liberis superstitibus, id, quod per eandem successionem ab intestato, vel ex testamento suæ posteritatis mater videbitur consecuta, in diem vitæ suæ pro sibi debita portione, sola tantum possessione delata, omne his, qui supererunt, ex priore susceptis matrimonio filiis relinquat: nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet extraneam personam, vel quicquam alienandi habeat potestatem: Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem, vel natus, native decesserint:*

rint: omne, quod quoque modo perceperit, pleno proprietatis jure obtineat, atque in his nanciscendi dominii, & testandi circa quem voluerit, liberam habeat facultatem.

LEX tertia hujus tituli est de muliere, quæ post annum luctus alii viro nuptum ire incipit, quæ si nullos liberos habeat ex priore viro, nullus est labor, nullum periculum, nulla lex hisce imposita nuptiis. Ceterum si habet liberos ex priori viro, non fit quidem infamis, vel incapax, ut quæ virum non eluxit, sed ut definitur in *hac l. 3.* quicquid ex prioris mariti bonis percepit jure donationis propter nuptias, vel munere sponsalitio, vel jure institutionis, vel legati, vel fideicommissi, vel quocumque alio titulo, id omne servare debet liberis susceptis ex priore marito, tanquam paternum. Nam bonis paternis recte etiam annumerantur bona prioris matri- B monii, etiam ea, quæ a patre ad matrem eorum, quæ iterum nupsit, pervenerunt: non servat tamen eis dotem, quæ morte viri ad eam rediit, quia ejus proprium matrimonium est: sicut etiam vir mortua uxore non servat liberis donationem propter nuptias, quæ ad eum rediit, quæ est sententia *l. liberis, sup. de donat. ante nupt.* Et ut hoc admoneam, quæ in eam legem scripsit Accursius, omnia sunt rectissima & elegantissima. Ergo dotem quidem mater, quæ iterum nubit, ad se reversam non servat liberis prioris matrimonii, sed ea duntaxat, quæ ex bonis prioris mariti quocumque titulo percepit. Ceterum electio mulieri datur, ut cui maluerit ex liberis ea omnia bona relinquat, nihil ex eis relinquat ceteris. Et datur hæc electio mulieri in l. 3. illo loco, *vel ad quemlibet ex filiis, quem illa elegerit:* & sequitur, *dum-* C *modo ex his tantum, quos tali successione dignos judicamus,* id est, dummodo non sit ingratus: Eadem electio datur mulieri in *l. generaliter, §. dividendi, inf. hoc tit.* Ac præterea datur ei liberum arbitrium, ea bona, quæ a priore viro percepit dividendi inter liberos prioris matrimonii, ut animo suo dividat ex æquis, vel iniquis partibus, & ut animo suo gratum erit. Sed hæc omnia mutarunt Novellæ posteriorum Impp. Nam & *Novel. Leonis & Majoriani de sanctimonialibus, & viduis, & Novella Leonis, & Severi de abrog. cap. & Novella Justiniani 2. & 22.* mulieri hanc electionem adimunt, & arbitrium dividendorum eorum bonorum, & omnino volunt ea bona servari ex æquo omnibus liberis prioris matrimonii. Atque ita hac in parte est abrogata *l. 3.* atque etiam *d. §. dividendi, d. l. generaliter, inf. hoc tit.* Nihil enim D ex eis bonis minuere mulier potest, nec ex eis erogare plus uni ex liberis, quam alteri. Et generaliter nihil alienare ex eis potest, nihil obligare, nihil extraneo relinquere, nihil liberis posterioris matrimonii relinquere potest, quia in eis tantum usumfructum habet, proprietas pertinet ad liberos prioris matrimonii, cum qua proprietate mortua muliere consolidabitur usufructus. Et si quid forte alienaverit mulier ex iis bonis, id post mortem ejus, si exstet, vindicari potest a possessore, vel refici ex aliis bonis mulieris, quasi jure tacitæ hypothecæ, si forte consumptum fit, ut in *d. l. generaliter, §. 1.* Vel si possessorem tueatur præscriptio 30. annorum, ut *Nov. 22.* Denique, ut est in *hac l. 3.* atque etiam in *Novell. Leonis 5. & Severi, de abrog. capitibus injust. &c.* Liberis prioris matrimonii, vel datur alienatorum bo- E norum vindicatio, vel redintegratio ex maternis bonis. His constitutionibus non abs re consulitur liberis prioris matrimonii: Nam plerumque mulieres, quæ transmigrant in aliam familiam, obliviscuntur liberos prioris matrimonii. Et ut ait eleganter Ambrosius 6. Hexamer. *Mutato concubitu parentes a sobole depravantur, & præferunt liberos posterioris copulæ, prioris autem negligunt.* Denique, ut est in *Nov. 22.* quæ iterat nuptias, liberis prioris matrimonii injuriam facit, imo & seipsam quodammodo injuria afficit. Nam si viduitas est genus pudicitiæ, ut ait Quintil. declam. 306. Hæc iteratio igitur nuptiarum est species, quasi legitimæ intemperantiæ, εὐπρεπὴς μοιχεία, ut ait Athenagoras in *Apo-*

A *leg.* Non tantum immaturitatis sunt pœnæ, ut ait *l. 1. & 2. hoc tit.* sed etiam intemperantiæ, & incontinentiæ, licet legitima sit immaturitas, legitima intemperantia, igitur quod legitimum est, pœnæ subjicitur. Atqui quod lege agitur, non solet lege vindicari; quod legitime fit, pœnam non meretur, *l. Gracchus, inf. ad leg. Jul. de adult.* Fateor quod lege fit, non solere lege vindicari: sed vindicatur quandoque, maxime cum lex permittit potius, quam probat. Et semper ubique sane etiam honoratiores fuerunt, quæ uno erant matrimonio contentæ, univiræ, unicubæ, hæ solæ pronubæ adhibebantur in nuptiis, hæ solæ sacra faciebant fortunæ muliebri. Nullus erat Sacerdos, nullus flamen bimaritus, ut ait Hieronymus, *ut Apostolus etiam vult, nullum Episcopum esse bimaritum.* Et hæc quidem sufficient ad primam B partem hujus l. 3. quæ hanc legem indixerit mulieribus iterum nubentibus, neglectis filiis prioris matrimonii, ut eis servent proprietatem omnium bonorum, quæcumque ex bonis prioris mariti, quocunque titulo eis obvenerunt, etiam hodie adempta electione, & divisione. Et additur etiam alia lex in secunda parte, sive *§. ult.* ut scilicet eam servet liberis prioris matrimonii, quæ ex successione acquisierit unius ex filiis ejusdem matrimonii ab intestato, atque ita, si sint tres filii prioris matrimonii, non tantum debet eis servare quæ accepit a patre eorum, priore marito suo: sed etiam quæ accepit a filiis mortuis intestatis, debet servare superstitibus filiis ex eodem matrimonio, & ut dicam explicatius: Mortuo intestato uno ex filiis prioris matrimonii, mater, quæ jam se alii marito junxit, ei succedit ex SC. Tertulliano C in bonis profectitiis, & adventitiis, & succedit jure veteri cum sororibus defuncti filii; non cum fratribus. Nam fratres excludunt matrem jure veteri, *§. 1. Instit. de SC. Tertull. l. 2. C. Th. de inoff. testam. l. 2. C. Th. de sec. nupt.* Jure novo succedit mater etiam cum fratribus, *l. ult. inf. ad S. C. Tertull.* Et ex eo jure novo, id est, *ex d. leg. ult.* succedit cum sororibus in dimidiam partem bonorum defuncti filii, ita ut ipsa, & sorores defuncti bona partiantur ex æquo, id est, ut ipsa ferat dimidiam. & sorores alteram dimidiam: cum fratribus autem succedit in portionem virilem. Jure autem novissimo, etiam cum sororibus succedit tantum in virilem *ex Nov. 22. de nupt.* Sed ita ut in eam partem, in quam succedit filio cum fratribus, vel sororibus, id est, in virilem secundum jus novissimum, usumfructum tantum ha- D beat; proprietatem servet liberis prioris matrimonii, fratribus, sororibusque defuncti. Idemque erit omnino, si quid perceperit mulier ex testamento unius ex liberis prioris matrimonii: namque id habebit usufructus jure tantum, ceteri liberi erunt proprietarii, quæ est sententia *§. ult.* Et hoc quidem ita verum est, si ut posui initio, ante mortem filii ea mulier se alteri viro conjunxerit. Et ita loquitur *§. ult.* Quæro igitur, quid sit dicendum, si post mortem filii alii viro se conjunxerit? quia sane hoc casu filius dum vixit, ab intemperantia matris nullam sensit injuriam, quæ mansit vidua, quamdiu is vixit; Et hoc ideo inducit discrimen quoddam, & distinctionem, utrum ante mortem filii illa iterum nupserit, an post mortem filii, cui successit. Nam si ante mortem, observantur ea, quæ diximus *ex §. ult.* Si post E mortem, pro sua parte bona filii adventitia capit pleno jure, id est, usufructus, & proprietatis jure: profectitia autem, id est, a patre profecta capit tantum usufructus jure, proprietatem servat ceteris liberis prioris matrimonii, quæ est sententia *l. mater, inf. ad SC. Tertull.* Sed hoc Novellæ variæ mutarunt. Et primum *Novell. 2. Justin.* tollit differentiam temporis, utrum ante filii mortem contraxerit secundas nuptias, an post mortem: tollit differentiam bonorum adventitiorum, & profectitiorum: tollit differentiam viduitatis, & secundarum nuptiarum. Denique *ex ead. Nov. 2.* mater succedit filio ab intestato cum aliis filiis, filiabusque in virilem, pleno jure in omnibus bonis tam profectitiis, quam adventitiis, nullo jure reservato ceteris filiis, vel filiabus

in

in illam portionem virilem: Et non tantum, si permanserit vidua, sed etiam, si alii nupserit ante mortem, vel post mortem filii, cui succedit in virilem: Hæc est mens *Nov.* 2. Tollit etiam *Nov.* 22. differentiam temporis, utrum ante mortem filii, vel post mortem secundas nuptias contraxerit. Et hanc quidem solam: nam reducit differentiam bonorum profectitiorum, & adventitiorum, & differentiam viduitatis, & secundarum nuptiarum. Ita scil. ut si vidua permanserit, succedat in omnibus bonis indistincte, pro rata, id est, in virilem, pleno jure: si iterum nupserit, ut in bonis profectitiis habeat tantum usumfructum, in adventitiis plenam proprietatem. Et hæc *Nov.* 22. quasi posterior sequenda est. Sic igitur ex his videmus etiam abrogatum esse §. *ult. hac l.* 3. atque *d. l. mater*, quæ ambæ conjunctæ inducebant illam differentiam temporis, quod tollit *Nov.* 2. *&* 12. Nam §. *ult. hujus l.* 3. est de ea, quæ ante mortem filii alii nupserat: *l. mater* de ea est, quæ post mortem filii. Et jus non idem in §. *ult.* statuitur, quod in *l. mater*, propter discrimen illud temporis, quo contingit mors filii intestati. Jam exposita est sententia hujus *l.* 3. Nec restat aliud, quam ut observemus *l.* 3. loqui tantum de feminis, quæ iterant nuptias, existentibus liberis prioris matrimonii: nec idem constituit hæc *l.* 3. in maribus. Itaque fit hac in re deterior conditio feminarum, quam marium, sicut in *l.* 1. *&* 2. *hoc tit.* quæ loquitur de immat. nuptiis. In causa immaturarum nuptiarum differentia etiam est: nam arguitur in femina immaturitas, non in mare. Et ita intemperantia arguitur in femina non in mare. Verum l. 2. *C. Th. de sec. nupt.* suadet tantum maribus, non etiam imperat, ut si novercam induxerint C filiis prioris matrimonii, eis servent id, quod ex dote, vel ex aliis bonis prioris uxoris quocunque titulo perceperint: suadet, non imperat. Et suasio non est conjuncta necessitati, quales dicuntur esse preces tyrannorum, precibus scil. & suasionibus Tyrannorum inesse vim, ac permixtam necessitatem, quod proverbiale etiam esse scripsit noster Accurs. in *l.* 1. *D. quod jussu*. Rogatio domini præceptum est, sed suasiones legum non sunt hujusmodi, nec permixtæ necessitati. Et ita, quod suadet *Nov.* 22. *in fin.* ut non minus relinquatur a parentibus liberis prioris matrimonii, quam secundi, ne ut sunt plerunque, proniores videantur fuisse in posteriores liberos, id non est admixtum necessitati. Et sic etiam quod jus vetus suadebat in §. *licet, Instit. de testam. ord.* ne heres perhiberet testimonium in testamento, quo heres D institutus esset: id nullum injiciebat vinculum juri. Et similiter, quod suadet *l. per adopt. de rit. nupt.* ut qui vult adoptare generum, emancipet filiam, ne soror videatur conjucta fratri. Nam & fraternitas quæsita per adoptionem, impedit nuptias. Quod idem suadet: ut qui vult adoptare nurum in locum filiæ, emancipet filium, hoc non est necessarium: sed facta emancipatione, si adoptetur gener, vel nurus, necesse est rescindi eam adoptionem, vel dissolvi eas nuptias, ut in *l. pen.* §. *si videamus, D. de ritu nupt.* Et ita quod suadet *d. l.* 2 *C. Th. de sec. nupt.* non erat necessarium, nulla necessitate obstringebat mares servandæ proprietatis bonorum perceptorum ex prioris uxoris bonis liberis primi matrimonii. Sed partem illam suasoriam *d. l.* 2. omisit Justin. in *h. l.* 3. quæ sumpta est ex *d. l.* 2. *C. Th. de sec. nup.* Pro- E pterea quod deinde eidem necessitati obstricti sunt mares, suasione versa in necessitatem in *l. generaliter*, *hoc tit.* Itaque hac in parte non sunt separandi mares a feminis: Et quod h. l. 3. statuit in feminis, pertinet etiam ad mares iterantes nuptias, existentibus liberis ex priore matrimonio. Manet tantum differentia inter mares, & feminas in causa immaturarum nuptiarum, *l.* 1. *&* 2. & non in causa hujus quasi legitimæ intemperantiæ.

Ad L. IV. Cum aliis sanctionibus *jusserimus materna bona integra ad liberos pervenire: quod tamen mulier mariti largitate percepit (id) ex eo tamen liberi conjugio procreati sibi speciali tanquam paternum noverint (patrimonium) vin-* A *dicandum. Itaque, si habens filios ad secundas nuptias fortasse transierit, sposalitiam largitatem, quam vir secundus contulit in uxorem, tantummodo filii, qui ex secundo matrimonio suscepti sunt, pro soliditate possideant, nec prosit liberis ex priore susceptis matrimonio, quod mulier ad tertia minime vota migraverit. Quod si posterior vir sine liberis ex eodem matrimonio susceptis decesserit: quicquid ab eo sponsalium largitate uxor fuerit consecuta, id, sibi, jurique suo sciat esse collatum, etiamsi ex priori matrimonio donator filios reliquisse doceatur. Ad maternas sane veniens, vel ex hoc, vel ex alio quolibet titulo facultates omnis posteritas, ex quocunque suscepta viro, pro debita sibi portione, ut a matre, vel spontanea largitate, vel per testamentum ejus fuerit collata possideat. Nos enim hac lege id præcipue custodiendum esse decernimus, ut ex quocumque conjugio suscepti fi-* B *lii patram suorum sponsalitias retineant facultates.*

Lex est explicatu difficilis, nec bene ab Accursio explicata: puto difficultate eam superare reliquas constitutiones *huj. tit.* Separat hæc l. materna bona a lucris nuptialibus, id est, a bonis, quæ ex causa donationis propter nuptias mater accepit a patre marito suo. Nam hæc censentur esse paterna, non materna, ut hæc l. docet illo loco, *sibi speciale tanquàm paternum noverint patrimonium vindicandum*. Et Nov. Leonis, & Majoriani *de sanctimonial. & viduis*. *Recte donatio inter bona paterna numeratur, quam in uxorem contulit maritus tempore nuptiarum*; bona materna ab intestato ex æquo dividuntur inter fratres uterinos, id est, filios prioris, & secundi matrimonii, vel ex testamento matris, C aut inter vivos, sive legaverit ipsa, sive donaverit. Lucra autem nuptialia præcipua servantur liberis cujusque matrimonii: lucra primarum nuptiarum liberis primi matrimonii: lucra secundarum nuptiarum liberis secundi matrimonii, tanquam paterna. Sed hic addenda distinctio est: Aut mater alii nupsit, aut vidua permansit. Si post mortem viri mater alii nupsit liberis ex eo susceptis, & superstitibus, non tantum lucra nuptialia censentur esse paterna, sed etiam quæ quocunque alio titulo accepit priore marito, ideoque alienationem earum rerum non habet, nam statim a die secundarum nuptiarum earum rerum proprietarii fiunt liberi prioris matrimonii, ipsa fructuaria tantum, *l.* 3. *& l.* 5. §. *pen. h. tit.* Et similiter, quæ accepit quocunque titulo a marito secundo, si tertio nubat, liberi secundi matrimonii ea vin- D dicant proprietatis jure, nec alienare ea mulier ullo modo potest, vel obligare in necem liberorum secundi matrimonii. Quid si vidua permanserit? Res redigitur ad facilitatem, adhibita distinctione. Si igitur defuncto priore viro vidua permaneat, plena proprietas donationis propter nuptias, vel lucri, quod ex ea donatione accepit mulier ex dotali pacto in casum mortis viri secundum constitutiones hujus tit. pertinet ad matrem, & lucrum illud nuptiale alienare potest extraneo, vel cui volet ex liberis, vel de eo testari potest, ut animo suo libitum erit: sed si non alienaverit, vel si moriens de eo nihil caverit ultimo judicio, lucrum illud omne nuptiale proprie pertinet ad liberos prioris matrimonii, etsi matri heredes non extiterint, *l.* 5. §. *ult. l. hac edictali*, §. *ult. l. si quis prioris*, §. 1. *h. tit.* Et hoc ita se habet secundum con- E stitutiones hujus tit. Nam hac in re accurate oportet distinguere Novellas a constitutionibus hujus tit. Nam secundam Novellas posteriores proprietas rerum eorum bonorum, quæ lucrata est mulier morte viri, pertinet ad liberos prioris matrimonii, dempta virili portione, quæ mulieri datur in solidum, id est, pleno jure pro præmio viduitatis, & continentiæ, ita ut hanc solam portionem virilem ex lucro nuptiali alienare possit ex *Novell.* 98. *&* 127. *&* Leonis *Novell.* 22. *&* 85. Et hoc de lucro nuptiali, cum vidua permansit, ut posui initio: sed si quid alio titulo percepit a priore marito, puta legati, vel fideicommissi, in eo liberi prioris matrimonii nihil juris habent proprie, sed id quoque retinet vidua pleno jure, ut alienare possit in solidum, vel de eo testari, & ab in-

testato

teſtato in eis bonis, quaſi maternis omnes fratres uterini, A ſive ex primo, ſive ex ſecundo matrimonio & conjugio æqualiter ſuccedunt. Et ſimiliter, ſi mortuo viro ſecundo mulier vidua permaneat, nec veniat ad tertias nuptias, ſecundum Novellas poſteriores, proprietas rerum a patre donatarum propter nuptias pertinet ad filios ſecundi matrimonii, deducta illa portione virili præmio temperantiæ, & viduitatis, quam ſolam mulier alienare poteſt, ut ſupra dictum eſt ſecundum conſtitutiones hujus tit. Si nihil ex iis rebus mulier alienaverit dum vixit, nihilque caverit ultima voluntate, pertinet ad liberos poſterioris matrimonii in ſolidum, nec communicabitur liberis prioris matrimonii, quod tamen tentarent forte liberi prioris matrimonii, hac ratione, quia cum liberos ſecundi matrimonii nulla injuria, nullo mœrore affecerit mater, quæ ſecundo matrimonio contenta fuit, B nec tranſiit ad tertias nuptias, æquum videbatur lucra ſecundarum nuptiarum, ut non cederent ſolis liberis ſecundi matrimonii & conjugii, & ſecundarum nuptiarum nulla injuria, & nullo mœrore affectis, ſed venirent in communionem cum fratribus natis ex priore matrimonio, quod tamen improbat hæc lex, atque *Novel.* 22. Denique ut primarum nuptiarum lucra, viduitatem ſervante matre, ſervantur ſolis liberis prioris matrimonii: ita ſecundarum nuptiarum lucra, viduitatem ſervante matre, nec adſpirante ad tertias nuptias, cedunt ſolis liberis ſecundarum nuptiarum, ſi res ſit integra ſecundum conſtitutiones hujus tit. id eſt, ſi ea non alienaverit. Ceterum quæ alio, quam nuptiarum titulo mulier accepit a ſecundo marito, ab inteſtato inter omnes liberos utriuſque conjugii ex æquo dividuntur, vel ex teſta- C mento, prout præceperit communis mater. Neque enim aliter communicantur ea, quæ alio titulo accepit, vel etiam lucri nuptialis titulo, titulo donationis propter nuptias: ea, inquam, non aliter communicantur, quam ſi ea fecerit communia omnibus liberis utriuſque conjugii, vel teſtamento, vel donatione; ex judicio matris erunt communia; citra judicium matris cedunt ſolis liberis lucra nuptialia, ſcilicet poſterioris matrimonii, cetera communicabuntur, vel ex judicio matris, vel etiam ab inteſtato, quæ cœperit quoquo titulo, veluti fideicommiſſi, vel legati a ſecundo marito. Et eſt hæc ſententia §. *ult. hujus l.* quam explicat etiam *Nov.* 22. §. *reliqua*. Ideoque ne quis amplius hæreat in verbis §. *ult.* quæ erant admodum obſcura, dum ait, *ad maternas ſane veniens, vel ex hoc, vel ex alio titulo quolibet faculta-* D *tes omnis poſteritas, &c. Ad maternas quidem veniens*, vel ex hoc tit. id eſt, ex lucro nuptiarum ſecundarum, quod poterit mater commune facere utriſque liberis, teſtamento, vel donatione, idque diſpartiri inter eos uti voluerit, alioquin ea ceſſante remanebit apud liberos ſecundarum nuptiarum, ut docuit in §. 1. Atque ita apparet, nullam eſſe repugnantiam in §. 1. & §. *ult.* quæ tamen ſubeſſe videbatur, & neminem non poterat fallere. Et quod ſubjicit in *d.* §. *ult.* vel ex quolibet alio titulo, puta legati vel fideicommiſſi, ſed ex hoc titulo, id eſt, ex lucro ſecundarum nuptiarum, & δευτερογαμίας, ut eſt in Novel. 22. Summa igitur eſt, lucra ſecundarum nuptiarum ſolis cedere liberis ſecundarum nuptiarum, nec aliter communicari, quam ſi ita caverit mater, quæ domina eſt hujus lucri in plenum, cum vidua perman- E ſit, nec experta eſt tertium conjugium. Neque huic concluſioni quicquam obſtat *l. ſi quis prioris*, §. *talem, inf. hoc tit.* Ex qua l. efficit Accurſ. liberis prioris matrimonii communicari lucra poſterioris ipſo jure ſine matris arbitrio. Hoc vero ne verbum quidem unum hujus §. *talem* demonſtrat, & ut ibi fuſius dicemus, omnino delenda eſt magna gl. Accurſ. ad illum §. *talem*. At breviter hoc vult ille §. mortuo primo viro, ſi mater alii nubat, & omnes liberi prioris matrimonii repudiaverint hereditatem matris, omnibus ſervari lucra nuptialia: ſi alii adierint, alii repudiaverint, eis ſolis obvenire lucra, qui adierint, non eis, qui repudiarint. Et hæc eſt ſententia §. *talem*, cui tamen derogat *Novell.* 22. quæ vult omnes venire in communionem lucrorum nuptialium, quæ acquiſivit mater ex priori conjugio, ſive adierint hereditatem matris, ſive non. Ex his omnibus intelligimus, ſi mulier contenta ſit matrimonio ſecundo, nec ad tertium veniat, plus dari liberis prioris matrimonii, quibus facta eſt injuria ob ſecundas nuptias, quam liberis ſecundi, quos etiam tertiæ nuptiæ nulla injuria effecere: nam liberis primi matrimonii hoc caſu ſervantur omnia bona, quæ quoquo jure, ſive titulo mater accepit a patre primo marito ſuo, liberis autem ſecundi matrimonii, quibus mater non induxit vitricum per tertias nuptias, ſervantur tantum lucra nuptialia ſecundi matrimonii, cum ea conditione, ſi ea non alienaverit mater, vel moriens de eis non diſpoſuerit, & forte ea communicaverit omnibus liberis utriuſque conjugii. Quid fiet (nam & hoc explicatur in hac l. 4.) ſi mulier, quæ iterum nupſit, nullos habuerit liberos ex ſecundo matrimonio, & morte viri ſecundum pacta dotalia ad eam pervenerit lucrum nuptiale, quod etiam dicitur caſus mortis, id eſt, lucrum, quod debetur mulieri ſuperſtiti in caſum mortis viri? Et oſtendit hæc lex, lucra nuptialia, quæ mulieri obvenerunt a ſecundo viro, mulierem retinere pleno jure, quaſi propria, nihil reſervare privignis, quos forte ſuſtulerat ſecundus maritus ex alio matrimonio. Certum eſt nihil etiam eam reſervare ex iis lucris ſecundarum nuptiarum, filiis ſuis ex priore matrimonio, quia eis reſervantur tantum profecta a patre, non a vitrico profecta. Hæc eſt hujus l. explicatio perſpicua. Sed adhuc obſervandum eſt hanc l. 4. tantum loqui de feminis, *ut l.* 3. loquitur tantum de feminis. Nam *ex l.* 3. demum idem eſt porrectum ad mares, ut ſcilicet idem ſit in patre in eo, quod lucratur ex dote demortuæ uxoris, quod in matre in eo, quod lucratur ex donatione propter nuptias præmortui mariti, & in ceteris omnibus, quæ diximus. Denique, ut dixi ſupra, inter marem & feminam manet tantum differentia in cauſa immaturitatis nuptiarum, quæ fiunt intra annum luctus, in cauſa ſecundarum nuptiarum, quæ fiunt poſt annum luctus, quæ intemperantiæ quodammodo arguuntur, idem eſt jus maris & feminæ.

Ad L. V. Generaliter cenſemus, *quocunque caſu conſtitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio diſſoluto, quæ de bonis mariti ad eam devoluta ſunt, ſervare ſanxerunt: iiſdem caſibus maritum* D *quoque quæ de bonis mulieris ad eum devoluta ſunt, morte mulieris matrimonio diſſoluto, communibus liberis ſervare. Nec intereſt, ſi alter pro marito donationem ante nuptias, vel pro muliere dotem crediderit offerendam. Hoc obſervare præcipimus, licet res ante nuptias donatæ (ut adſolet fieri) in dotem a muliere redigantur. Dominium autem rerum, quæ liberis per hujus legis, vel præteritarum conſtitutionum auctoritatem ſervantur, ad liberos pertinere decernimus. Itaque defuncto eo, qui eas liberis ſervabat, exſtantes ab omni poſſeſſore liberi vindicabunt. Conſumptas (vero) ab heredibus ejus exigent, qui eas ſervare debuerant. Alienandi ſane, vel obligandi ſuo nomine eas res, quæ liberis ſervari præceptæ ſunt, eis qui reſervaturi ſunt, adempta licentia eſt. Negotia vero liberorum, patri utiliter adminiſtrare concedimus. Dividenti quoque res in-* E *ter eos liberos ipſis parentibus pro ſuo arbitrio, vel eligendi quem voluerint, licentiam non denegamus.*

Ad §. In his autem caſibus, *in quibus res, ut paternas mater liberis communibus ſervare præcepta eſt (hoc eſt, ubi morte mariti matrimonio diſſoluto, mulier ad alias nuptias pervenerit) vel ubi (res) ut maternas patrem liberis communibus ſervare cenſuimus (hoc eſt, ubi morte mulieris matrimonio diſſoluto, vir ad alias nuptias venit) ſi hereditatem ejus parentis, qui prior mortuus eſt, non adierint liberi: licebit eis, tanquam ejus tantum res fuerint, qui poſterior moritur, eas ſibimet vindicare, ſcilicet, ſi ejus, qui poſterior moritur, hereditatem crediderint adeundam: ne quod favore liberorum introductum eſt, quibuſdam caſibus ad læſionem earum videatur invetum.*

Ad

Ad §. Illud etiam humanis sensibus *huic legi credidimus inserendum, ut eo quoque casu, quo lucratur, vel mulier res, quæ ad eam a marito perveniunt, vel maritus ejus quæ ex bonis mulieris ad eum transeunt, hoc est, ubi primum matrimonium alterius morte dissolvitur, nec superstes ad secundas nuptias pervenit: Si ras vel maritus, vel uxor, hoc est, qui superstes est, non consumpserit, vel alienaverit, (quod eis ad secundas nuptias non venientibus, quasi rerum dominis concessum esse non dubium est) liberis liceat res a patre profectas, ut paternas, a matre, ut maternas accipere.*

LEX 3. & 4. loquitur specialiter de feminis, hæc lex generaliter de parentibus utriusque sexus. Expungamus 1. glossam, & dicamus *generaliter*, id est, sive mas, sive femina sit, qui quæve facit secundas nuptias. Nam ex hac lege, quemadmodum quæ mater capit jure donationis propter nuptias, vel quolibet alio jure ex bonis primi mariti defuncti, si iterum nubat, ea servat tanquam paterna liberis natis ex primo matrimonio: Ita pater quæ capit ex primo cubili dotis nomine, vel quolibet alio nomine; ea servat tanquam materna eisdem liberis, si aliam uxorem ducat, si liberis primi matrimonii inducat novercam. Quod (*ut* Libanius *ait in epistola ad Ulyssem quendam*) non deforme solum, sed crudele etiam est. Nihil enim esse odio novercali acerbius, nihil horridius: liberos cariores nobis esse debere, quam uxorem petitam ex familia aliena. Et fratrum quoque (*ut idem* Libanius *ait*) gratiam esse raram, qui ex diversis uteris progeniti sunt. Ergo etiam pater ex *h. l.* 5. quæ capit ex bonis primæ uxoris quocunque titulo, inducta noverca, servat liberis, qui ex 1. matrim. nati sunt, etiamsi sint in ejus potestate, ut *Nov.* 22. *& l. un. inf. si dos const. matr.* Et quod suadet *l.* 2. *in fin. C. Th. de sec. nupt.* hæc lex imperat jam, & vinculo juris nectit, ut quemadmodum mater, quæ non est contenta uno viro, ita pater, qui non est contentus una uxore, sed post mortem primæ optat aliam, quæ ex prima habuit, omnia conservat primis liberis: hoc est, quod proponitur initio *h. l.* 5. Et additur deinde in h. l. nihil interesse mulier ipsa dederit dotem, vel maritus donationem propter nuptias, an alius pro eo, eave. Nam & quod alius dat mei contemplatione, a me profectum videtur in *l. profectitia, ff. de jur. dot.* Ac præterea additur in h. l. idem observari, si donatio propter nuptias redacta sit in dotem, quod & *Nov.* 22. significat his verbis, ut latine dicam, *licet videatur quodammodo antenuptialis donatio comprehensa in dote:* quod *h. l.* ait frequenter fieri solere, nempe ut futuræ uxori sponsus donet ante nuptias, ac deinde, quæ donavit, accipiat in dotem, ut in *l.* 1. *&* 14. *sup. de donat. ante nupt. l. cum sponsus, ff. de Publ. in rem act.* Dixi *futuræ uxori:* nam quæ fit uxori donatio non valet, & confirmari, ac convalescere tantum potest morte donatoris, si vivus eam non revocarit, ex oratione Severi. Et si forte constante matrimonio donaverit vir uxori ea conditione, ut quod donavit, accipiat in dotem, infirma donatio est, nec nisi morte mariti donatoris convalescit, in *l. si quis uxori, D. de donat. int. vir. & uxor. l.* 2. *inf. de dot. caut. & non nu.* mortuo viro eam dotem, quæ confecta est per donationem propter nuptias, viri mulier repetit ut dotem suam, ut indicat *d. l. si quis uxori, D. de donat. int. vir. & uxor. l.* 2. *de dote caut.* Quibus nihil obstat *l.* 1. *sup. de don. ante nupt.* quæ dicit, eam dotem non repeti ab uxore mortuo viro: eam igitur dotem non haberi pro dote. Nam ut omittam communes solutiones Accursii, quod est perspicuum in *l.* 1. *sup. de don. ante nupt.* non tam fuit donatio, quam ficta & ementita cautio, quandoquidem maritus scripsit donandi animo se accepisse, quod non accepit, mortuo viro non repetit uxor quasi dotem. At in specie *d. l. si quis uxori, & d. l.* 2. fuit donatio legitime confecta. Conficitur legitime per traditionem, vel stipulationem. Res certas donavit vir uxori, quas post deinde easdem accepit in dotem. Hæ proculdubio morte viri soluto matrimonio repetentur ut dotales. Ex iis igitur necessario concludendum est, donationem ante nuptias redactam in dotem esse: nec jam censeri jure donationis ante, vel propter nuptias, sed jure dotis. Non mortuo viro repetitur ab uxore: & consequenter morte uxoris viro lucrante eam dotem, debet eam servare liberis prioris matrimonii, si secundas nuptias optaverit, quam eis non servaret, si censeretur jure donationis ante nuptias ad se reversa morte uxoris, *l. si liberis, supra, de donat. ante nupt.* Et valde igitur probo quod notat Accursius in hoc loco ad verbum *redigantur*, ut inquit, *serventur filiis prioris matrimonii viro lucrante*, id est, ut res donatæ ante nuptias, & deinde redactæ in dotem, patre lucrante dotem ex casu mortis uxoris, serventur filiis prioris matrimonii. His consequens est, ut etiam morte viri soluto matrimonio, & iterato a muliere, nihil habeant in illa dote liberi prioris matrimonii, juxta *dict. legem si liberis*, licet confecta sit ex bonis patris, id est, ex donatione ante nuptias. Et ita nullo modo probo quod Græculus quidam notavit ad hunc locum *Novel.* 22. quem protuli ante. Mortuo viro, & muliere nubente alteri, eam dotem, quæ est confecta ex donatione ante nuptias, servandam esse liberis prioris matrimonii, quasi scilicet magis censeatur esse donatio ante nuptias, quam dos, quod jam demonstravi esse falsum. Et omnino ita se res habet. Sed ut cetera exponamus, quæ sunt in *hac l.* cum dicimus ea bona servari liberis, hoc dicimus, dominium, id est, proprietatem eorum bonorum pertinere ad liberos prioris matrimonii, usumfructum esse patris, vel matris superstitis. Ex quo efficitur, nihil patrem, vel matrem superstitem ex eis bonis alienare posse, vel obligare suo nomine, *l.* 3. *hoc t. l.* 1. *inf. de bon. mat. l. consensu, §. pen. de repud.* Fructuarius enim potest quidem usumfructum alienare, & alteri obligare pignori, *l. si is qui bona, §. ususfructus, D. de pignor.* non rem ipsam, in qua usumfructum habet. Rem cum dico, proprietatem dico, id est, rei nomine semper proprietas intelligitur. Et ideo, si quid ex ejus bonis parens superstes, quæ accepit a marito, vel uxore præmortua, alienaverit, vel obligaverit suo nomine, eo mortuo liberi id vindicabunt, si exstet, a possessore: vel si non exstet, id reficient ex bonis parentis, qui alienaverit, jure tacitæ hypothecæ. Nam eo nomine cetera bona parentis omnia sunt liberis tacite oppignerata ex *Novella* 22. *& l.* 3. *sup. hoc tit. & d. l. consensu, §. pen.* quod proculdubio etiam hæc lex significat his verbis: *Consumptas vero ab heredibus exigent, qui eas servare debuerant*, non ut Accursius, per condictionem ex lege, vel per condictionem sine causa, sed per actionem hypothecariam persequentur, scilicet bona parentis, qui alienavit, quæ liberis servare debuit, & ex eis suum, quod fuit, reficient: & sequitur in *hac l.* cum certum hoc jam sit, patrem, qui venit ad secundas nuptias, debere servare liberis, quæ habuit ex prima uxore omnia: Dari tamen hoc patri, ut interim dum vivit & utatur, & fruatur iis bonis, eorum bonorum administrationem habeat, ut ea possit libere administrare, modo utiliter, nec enim potest ea alienare, vel obligare, vel dissipare. Et propterea ait in §. *negotia, utiliter*, id est breviter, ut eorum bonorum nomine pater excipiat actionem, vel intendat, perinde ac si haberet plenam proprietatem. Et observandum hoc tantum dari patri, ut in *l.* 1. *inf. de bon. mat.* non matri. Et dari scilicet tantum patri habenti eos filios in potestate: nam si sint emancipati, ipsi dictabunt, & excipient actiones descendentes ex causa eorum bonorum: Mater non habet filios in potestate, ideo administratio hæc soli patri datur, non matri in *hoc §. negotia*. Additur in §. *dividendi*, patri, vel matri, cui ea bona obvenerunt a conjuge defuncto, permitti, ut eligant unum ex filiis primi matrimonii, cui conferant ea omnia bona, ceteris præteritis, vel exclusis, vel etiam ut ea bona partiantur inter eos filios arbitratu suo, quam electionem etiam dedit *l.* 3. *hoc t.* & dat *d. l. consensu, §. pen.* Sed ostendi in *d. l.* 3. eam esse ademptam ex *Novell.* 2. *&* 22. Nam parens, qui venit ad secundas nuptias debet ea bona conservare omnibus filiis primi matrimonii ex æquo, adem-

pta

[A] pta eligendi, aut dividendi facultate. Ideoque *h. §. dividendi* est abrogatus. Illud etiam notandum est ex §. *pen. h. l.* hæc bona, quæ dixi servari liberis, etiamsi ejus parentis, qui prior mortuus est, & a quo bona venerunt superstiti, hereditatem non adierint, quia non jure hereditario liberi ea bona percipiunt, sed speciali proprioque jure, in odium parentis, qui non est contentus uno matrimonio, quique iterato matrimonio eis injuriam & mœrorem attulit, ea inquam percipiunt, ut paterna, non ut hereditatem, & ut si forte adierint hereditatem ejus parentis, qui prior mortuus est, aditio hereditatis non facit quo magis ea bona percipiant: ita repudiatio non facit quo minus ea percipiant. Alioquin, ut ait in §. *pen.* quod favore liberorum inductum est in quibusdam casibus, in læsionem eorum videretur inventum, quæ sententia repetitur in *l. quod favore, sup. de legib.* [B] sed eget interpretatione. Favor est, & quidem maximus, quem l. exercet erga liberos: quia quod pleno jure acquisivit parens a conjuge præmortuo, vel præmortua, ex eo liberi decerpunt proprietatem dante lege, solo usufructu relicto parenti: si repudiata hereditate præmortui parentis hoc favore non liceret uti, jam non esset favor, sed res verteretur in liberorum damnum, favorem legis nullus casus, nullave interpretatio ducta ex novo casu aliquo, infringere, & convellere potest. Nec enim favor obligatur regulis, aut apicibus juris, alioquin sub umbra favoris lex me læderet, aut liceret cuique, captato casu novo, & adhibita duriore interpretatione, beneficium, favoremque legis pervertere. Quod in omnibus negotiis diligenter observandum est, ne quid depravet favorem legis, id est, ne ullus [C] incidens casus nos depravet ab eo favore, nullave subtilis disputatio. Et eleganter Quintil. *declam. 277. Lex pro me scripta erat, non potest videri contra me valere.* Et Æmil. Probus in Epaminonda: *Epaminondas*, inquit, *cum legem reip. jam latam videret, ad perniciem civitatis conferri noluit.* Ergo ut rem concludamus: Etiamsi liberi prioris matrimonii parentis mortui hereditatem non adierint, vel acquisierint, non ideo submoventur a proprietate bonorum, quæ a defuncto parente parens superstes accepit. Sed tamen exigitur, ut ait §. *pen.* ut parentis, qui fuit superstes priori, & posterior mortuus est, hereditatem adierit, secundum hunc §. *pen.* quod tamen merito tollit *Nov. 22.* Itaque in hac parte etiam abrogatus est §. *pen.* Nam etsi neutri parenti heredes exti- [D] terint, ea bona, ut propria obtinebunt, ut paterna, vel materna, secreta ab hereditate paterna, vel materna. Postremo ostenditur in §. *ult.* eum parentem, qui secundis nuptiis abstinet, sive sit mas, sive femina (nam hæc l. generalis est) pleno jure obtinere lucra nuptialia, & quæcunque habuerit a conjuge defuncto, ac perinde ea posse alienare, vel obligare suo nomine, vel de eis testari suo arbitratu. Ceterum si intestatus decesserit, & nihil ex eis bonis alienaverit, tum ea bona redire ad liberos, tanquam paterna, vel materna, quod supra ostendi in *l. 4.* & probat *l. seq. & ult. & l. si quis, §. 1. §. talem, h. t.* Sed quod etiam notandum est in *hoc §. ult.* hoc mutarunt etiam Novellæ. Cur in hoc tit. sunt tot excerpta ex Novellis, quibus Irnerius fulsit constitutiones omnes hujus tituli? Quia ex his constitutionibus multa immutavere Novellæ. Et hac in re placet [E] hodie, etiamsi parentes sint contenti primo matrimonio, proprietatem eorum bonorum pertinere ad communes liberos dempta parte virili, in qua pater superstes habet plenam proprietatem & potestatem, *Novel. 98. & 127.*

Ad L. VI. Hac edictali lege *in perpetuum valitura, sancimus, si ex priori matrimonio procreatis liberis pater, materve ad secunda, vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit: non sit ei licitum novercæ, vel vitrico, testamento, vel sine scriptura seu codicillis, hereditatis jure, sive legati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis, aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, conferre, nec inter vivos conscribendis* [A] *donationibus (quæ etsi constante matrimonio civili jure interdictæ sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent) quam filio, vel filiæ, si unus, vel una extiterit. Quod si plures liberi fuerint: singulis æquas partes habentibus, minime plusquam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum, novercamve transferri. Sin autem non æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ transierint facultates: tunc quoque non liceat plus eorum novercæ, vel vitrico testamento relinquere, vel donare, seu dotis, vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam filius, vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta, vel data fuerit, aut donata: ita tamen ut quarta pars, quæ eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex his causis, quæ de inofficioso excludunt querelam. Quam observationem in personis etiam* [B] *avi (vel aviæ) proavi (& proaviæ) nepotum, vel neptium, item pronepotum, vel proneptium, sive in potestate, sive emancipati, emancipatæve sint, ex paterna, vel materna linea venientibus, custodiri censemus. Sin vero plus quam statutum est (aliquid) novercæ, vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit: tanquam non scriptum, neque derelictum, vel donatum, aut datum sit, ad personas deferri liberorum, & inter eas dividi jubemus: omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante.*

EDictum est Leonis Imp. & nova coercitio secundarum nuptiarum, qua non utebatur Gallia, antequam idem edixisset Franciscus II. ex suggestione quæstoris optimi, & doctissimi Michaelis Hospitalii, quem honoris causa nomino, vel quod fuerit, dum vixit hu- [C] jus Scholæ patronus, ac vindex amantissimus. Is regi auctor fuit introducendi hujus edicti in Galliam: cum scilicet ex facto incidisset Lutetiæ, ut mulier opulentissima cœco amore capta secundi mariti, & non sentiens ab eo deamari, & appeti sua bona, non se, ut omnia sua bona in eum profunderet instrumento dotali, liberis prioris matrimonii relicta sola Falcidia, id est, modica portione, qua sola eos fraudare non poterat. Et superiores quidem constitutiones hujus tituli liberis primi matrimonii reservant proprietatem bonorum, quæ a defuncto parente obvenerunt superstiti venienti ad secundas nuptias: Cetera bona, quæ aliunde quæsivit, reservat singulis liberis prioris matrimonii tantum, quantum parens dederit secundo conjugi: hoc scilicet constituit, ut pater, vel mater (nam & hoc [D] edictum generale est) existentibus liberis prioris matrimonii, qui, vel quæ venit ad secundas nuptias, non possit vitrico, vel novercæ, quam inducit liberis prioris matrimonii, dotis vel donationis propter nuptias, vel alio quolibet titulo, ex bonis, quæ habet propria plus dare, ea mente, ut id habeat perpetuo jure, etiam morte dantis soluto matrimonio, ut inquam novo nupto, vel novæ nuptæ non possit plus donare, vel dare, vel relinquere, quam uni ex liberis prioris matrimonii, vel cui ex eis liberis minimum dederit: quoniam sæpe eveniret, ut irruentes in secundas nuptias, amore obscurante pectus, nullam haberent rationem liberorum prioris matrimonii. Et sunt in eam rem elegantissimi illi Hom. versus, Odyss. *6.* κευβούνεται, &c. quorum sensus est, quæ alteri nupsit (nam de mulie- [E] re loquitur, quod tamen edictum trahit ad virum) domum illius augeri cupit, cui denuo nupsit, nec jam amplius eam ulla cura, vel memoria sepulti tenet prioris mariti, quem olim carissimum habuit, nec liberorum natorum ex eo. Hæc est Homeri sententia. Merito igitur hanc intemperiem coercet Leo Imper. dum edicit, ne quis, neve quæ plus novo conjugi largiatur, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum dederit, dum tamen id minus non sit Falcidia, id est, legitima portione ab intestato successionis, quæ in hac l. dicitur quarta. Hodie pro numero liberorum est tertia, vel dimidia, non omnium bonorum, sed portionis debitæ ab intestato ex Novel. 18. Neque enim filio potest minus relinquere Falcidia, quæ vulgo dicitur legiti-

A gitima portio, & debitum parentis bonorum subsidium, nisi sit ingratus, ut exprimitur etiam in hac l. & merito exheredatus, qui non possit queri de inofficioso testamento, vel dote, aut donatione inofficiosa. Ingratis liberis non debetur legitima portio, si exheredati sint. Ingratis etiam exheredatis non debet dari, vel servari tantum, quantum vitrico, vel novercæ, *l. ult. h. t.* Et male hic Accurs. in illum locum, *nisi ex his causis, quæ de inofficioso*, adnotat hæc verba esse Triboniani. Et rectius idem Accurs. in *d. l. ult.* hoc loco ait, agi de legitima portione, in *l. ult.* agi de beneficio hujus edicti, & utroque privari exheredatum, & ingratum filium. Nam etiam ingrato, & exheredato filio non servantur lucra nuptialia, vel alia, quæ parens, qui iterat nuptias, consecutus est ex bonis prioris mariti. Hic vero observandum est diligenter, ne matre (& hoc proprium est in B matre tantum) nubente intra annum luctus, id quod dat secundo marito excedat tertiam partem bonorum, ne quid fiat adversus *l. 1. h. t.* licet forte filio unico prioris matrimonii plus reliquerit: vel etiam ne ei secundo marito, cui se junxit intra annum luctus, ne eam quidem tertiam bonorum partem relinquat, si cui ex liberis prioris matrimonii minus reliquit: Nam hæc est edicti mens, imo manifesta sententia. Item observandum est, si mulier, quæ venit ad secundas nuptias, cum suscepisset, & haberet liberos ex primo, si nihil habeat in bonis præter dotem, quam repetiit a liberis, vel aliis heredibus prioris mariti, illam ex hoc edicto non posse eam omnem dotem in dotem conferre secundo marito, nisi pro ratà minoris portionis, quam reliquit uni ex liberis. Et quod C ait *l. si liberis, sup. de don. ante nupt.* ut dotem ad se reversam non servet mulier prioris matrimonii liberis, nec vir donationem propter nuptias, hoc ita verum est, si alia bona habeat, ex quibus tantum possit dare singulis liberis prioris matrimonii, quantum novo nupto, vel nuptæ: sed si nihil habeat præter eam dotem, cavere debet ne ex ea plus largiatur novo conjugi, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum adscripsit. Etiam notandum est ex hac lege, & ex hoc edicto, imo in omnibus constitutionibus hujus tit. liberorum, & parentum nomen latissime accipi, parentes dici usque ad tritavum: liberos usque ad trinepotes. Et nihil interesse agnati sint, an cognati, mares, an feminæ, idem jus esse patris & matris venientium ad secundas nuptias, quod quæstor ille prudentissimus probat quidem in bonis profectis a conjuge defuncto, vel defuncta, & quæsitis superstiti; D ut sive quæsita sint patri, vel matri, serventur liberis prioris matrimonii *ex l. 5.* In ceteris bonis conjugis superstitis, qui venit ad secundas nuptias, prudentissimus quæstor sub nomine Principis Francisci de feminis tantum loquitur, non etiam ut edictum Leonis de maribus, ut scilicet feminæ non sint liberaliores erga secundos maritos, quam erga filium unum prioris matrimonii. Nec idem statuit nominatim de maribus, scilicet amor majus incendium facit in pectore feminæ, quam maris, ideo solas feminas sparsit aqua, quod notandum maxime. At præterea etiam ex hac l. 6. notandum est, id quod plus secundo datur, donatur, vel relinquitur (ut omnis titulus comprehendatur) quam quod hæc l. statuit, irritum esse, & inter solos liberos prioris matrimonii ex æquo dividi ex *hac l. & ex Novell. 22.* abrogata E *lege quoniam, infra, h. t.* quæ superfluum dividebat inter liberos prioris & posterioris matrimonii. Et licet constante primo matrimonio conjuges, si volunt, possunt minuere dotem, & augere donationem propter nuptias: in secundo tamen matrimonio, exstantibus liberis ex primo, idem efficere non possunt, id est, non possunt minuere dotem, & donationem propter nuptias, ne scilicet per hanc causam, quæ in dote, vel donatione propter nuptias excesserunt modum edicti superflui commodo fraudent liberos prioris matrimonii, modica dote, vel donatione propter nuptias redacta ad modum edicti, & consumpto superfluo, quæ est sententia *l. si constante, § ult. sup. de don. ante nupt.* Alioquin si absit fraus, *ex*

A *Novell. 22.* spectatur quantum sit in bonis tempore mortis ejus, qui iteravit nuptias, ne scilicet plus ex bonis, quæ morientis fuerint, remaneat apud vitricum, vel novercam, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minor portio obtigerit. Et postremo notandum est in h. l. eum, qui iterat nuptias, existentibus liberis ex nuptiis prioribus, nec per se, nec per interpositam personam, nec imaginaria & simulata venditione, vel alia arte ulla, plus transferre posse in novum conjugem, quam hoc edicto caveatur, per interpositam personam, veluti donando privigno, quem novus maritus sustulit ex prima uxore, qui privignus modo sit in potestate ejus novi mariti, qui utique ante Justin. omnia bona adventitia adquirebat patri: ergo & quæ noverca donasset pleno jure: igitur quod mulier ultra modum edicti non po- B test per se donare novo marito, nec privigno igitur, quoniam quæ privigno donat, vi ipsa donat ipsi marito, in cujus potestate privignus est: & generaliter in jure, quod per me non possum, nec per interpositam seu suppositam personam possum, *l. aufertur, §. quod a præside, ff. de jur. fisc. l. 2. §. 1. ff. de ad. rer. ad civ. pert. l. 3. §. non tantum, ff. de don. inter vir. & ux. l. ser. §. ult. D. de pœn. l. si is qui bonis, D. de acqu. her. l. & qui, inf. de dist. pig.* Igitur quæ secundo marito non potest donare ultra modum edicto comprehensum, nec filiofam. ejus potest, privigno suo. Quæro an poterit filio communi donare, vel relinquere, non servato edicti modo, qui natus est ex secundo matrimonio? Et poterit, ut arbitror, quia bona materna per eum non acquiruntur patri, *l. 1. sup. de bon. mat.* nisi ususfructus jure. Et hoc edicto usumfr. rerum do- C natarum non invidet novo conjugi; & ita etiam audio nuper Lutetiæ amplissimum ordinem decrevisse. Dices: at eadem ratio valet hodie etiam in privigno, quia hodie ex constitut. Justin. id est, *l. cum oportet, inf. de bon. quæ lib. quæ donat noverca privigno*, & generaliter omnia bona adventitia non acquiruntur patri, nisi quoad usumfructum attinet, dominium non acquiritur. Eadem est ratio fateor: non tamen idem jus statuerunt. Nam vitiatur sæpe, quod dicitur eadem ratio, & idem jus, *l. illud, D. ad l. Aquil. l. a Titio, D. de verb. sign.* Cur vero non statuerint idem jus in privigno, & filio communi nato ex secundis nuptiis? quia scilicet filio communi, ut donet mater, naturalis affectio facit: privigno ut donet noverca, maritalis affectus facit, non certe novercalis. Privignum semper accipiam pro per- D sona supposita, & excogitatam fraudem edicto suspicabor in privigno, non in filio communi. Et hæc omnia valde sunt notanda, quibus addendum est ex *l. 58. C. Theod. de heret.* per interpositam personam, vel titulum imaginariæ venditionis fraudem legibus excogitari.

Ad §. His illud adjungimus, *ut mulier in his casibus, in quibus ante nuptias donationes, ceteras etiam res a marito ad se devolutas, secundum priorum legum statuta liberis communibus, ut paternas, servare compellitur: hoc est, ubi morte mariti matrimonio dissoluto ad alias nuptias venerit, immobilium rerum, & mancipiorum, annonarum quoque civilium ususfructus duntaxat vitæ suæ temporibus potiatur, alienatione earum penitus interdicta. Mobilium vero rerum, justis pretiis æstimatione habita per eos, quos* E *utraque pars elegerit, arbitros judicaturos, interposito sacramento, simili modo usumfructum habeat, si idoneam fidejussionem præbuerit, quod easdem res mobiles, vel earum pretium filiis, & filiabus ex eodem matrimonio procreatis, vel post mortem eorum nepotibus, & neptibus ex eisdem liberis procreatis, sive omnibus, sive uno, unave superstite, mori contigerit, secundum legum modum restituat. Vel certe si fidejussiones idoneas præstare distulerit, aut nequiverit: prædictæ res mobiles nondum matri a liberis traditæ, apud eosdem manebunt. Solutæ vero eidem matri, vel ab eadem detentæ, restituentur liberis, si tamen ab his fidejussio idonea matri fuerit oblata, qua caveri debet, quod eidem superstiti, pro usufructu earundem rerum mobilium, vel pretio, quo taxatæ sunt usurarum nomine*

cente-

centesimæ, partem tertiam annuis quibuscunque temporibus præstare non different: ita (tamen) ut in eadem fidejussione hoc quoque caveatur, quod a filiis, filiabusve, vel ex his progenitis liberis, si ante eandem matrem omnes eos obire contigerit, omnes res prædictæ mobiles secundum legum moderationem matri, ut ad eandem luctuosum lucrum redeat, restituantur. Erit itaque licitum utrilibet parti, quæ fidejussionem præbuerit, si sibi commodum esse perspexerit, his rebus mobilibus uti frui, easdemque dare mutuo, vel obligare, vel vendere, ut ex his maxime liberi acquirentes possint materno affectui sine suo incommodo deservire. Sin autem utraque pars prædictam fidejussionem dissimulaverit, aut forte auferre nequiverit: eædem res apud mulierem usque in diem vitæ suæ manebunt.

PRima pars hujus legis jam exposita est, tam de patre, quam de matre veniente ad secundas nuptias, & de coercenda liberalitate utriusque erga secundum, secundamve conjugem: In hac parte agitur tantum de matre, usque ad §. ultimum, quod observandum diligenter. Nam etsi quod proponitur initio hujus §. ut mater, quæ venit ad secundas nuptias, in lucro nuptiali, quod facit ex donatione propter nuptias, & in omnibus aliis bonis, quæ quolibet alio titulo adepta est a viro priore, usumfructum tantum habeat: res ipsas ut paternas servet liberis prioris matrimonii. Etiamsi hoc quod ita proponitur initio hujus §. in matre, locum etiam habeat in patre, *ut l.5. sup. h.t.* tamen cetera fere omnia, quæ consequuntur in hoc §. non habent locum in patre: sed quædam duntaxat. Et utitur hic §. hac distinctione: Aut res, quæ ad matrem pervenerunt a patre, id est, a primo marito suo, sunt mobiles, aut immobiles. Immobiles, veluti ædes, aut fundi, aut villæ, quæ etiam res soli dicuntur, quod solo continentur. Immobilibus rebus etiam hoc §. adnumerantur mancipia rustica, sunt enim pars fundorum, quibus adscripta sunt & addicta. Et ut ait Julianus antecessor *Nov.7.* sunt veluti membra fundorum. Quid enim sine iis prodessent fundi? Immobilibus etiam rebus in hoc §. adnumerantur civiles annonæ, quæ certis civibus debentur, & præbentur de publico, ex liberalitate principis quotidie, id est, panes certi quotidie *chaque jour comme une prebende*. Annonæ civiles sunt panes civiles, qui in dies erogantur, quibus competunt de publico: qui etiam dicuntur panes gradiles in *C.Th. ut de an.civil. & pane gradili*. Panes gradiles, quod scilicet eos pistores distribuerent, quibus competebant, & debebantur, in dies singulos, non e mancipum, id est, pistorum officinis, sed ex gradibus quibusdam in urbe ædificatis diversis locis, ita ut non omnes debitos sibi panes sumerent ex iisdem gradibus: sed unus ex his, alter ex illis, non in aliam rem constructis, quam ad distribuendos panes. Et ita Prudentius contra Symmachum, *Et quem panis alit gradibus dispensus ab altis*. Et Cassiod. *lib.7. ut sive in gradu, sive in aliis locis frumenta condita inveniri potuerint*. Et in descriptione urbis Constantinop. quæ edita est simul cum Notitia Rom. Imperii, beneficio, & cura B.Rhenani: Pistrinis ejus urbis junguntur gradus, & numerantur gradus 117. & pistrina privata 120. & publica 20. Ideo autem panes civiles adnumerantur rebus immobilibus, quia ædibus debebantur potius, quam personis, & venditis ædibus sequebantur emptorem. Erant enim munera principis pro exstructis ædibus in urbe, quæ transferebantur in quemcumque possessorem earum ædium, *l.1. 11. 12. 13. C.Th. eod. tit. de an.civ. & pan.grad.* Hæc sunt, quæ rebus immobilibus adjungit hic §. Et de iis quidem rebus immobilibus ita statuit, ut mulier alii nupta, quæ habuit a priore marito res immobiles, vel mancipia, quæ adhærent fundis, vel panes civiles, qui adhærent ædibus constructis in urbe regia, earum rerum sit fructuaria tantum, nec tamen exigit, ut satisdet mulier liberis prioris matrimonii, salvas eas res fore, quia scilicet hæ res immobiles, aut quæ immobilibus adhærescunt, facile interverti non possunt, licet alius fructuarius caveat ex edicto prætoris, rem fructuariam salvam fore, sive ea res sit mobilis, sive immobilis, *l.1. §. 1. ff. usuf. quemadmod. cau.* sed mater non oneratur hac stipulatione, satisdatione, cautione ob res immobiles, quas consequuta est a priore marito. Et hæc de rebus immobilibus. Nunc dicamus de mobilibus: Mobiles res, quæ matri obvenerunt a priore marito, æstimari debent ex sententia hujus §. adhibito arbitro electo consensu matris eorum liberorum, qui juratus indicet verum pretium earum rerum. Ea æstimatio pro venditione erit, *ut in l.plerumque, §. si ante, & §. seq. D. de jur. dot.* Et ita æstimatæ hæ res, tradentur mulieri, si modo satisdet earum rerum salva fore corpora, & post mortem suam ea, vel prætium earum liberis prioris matrimonii redditum iri, qui sibi supervixerint. Et interim igitur quasi domina ex causa emptionis suo nomine eas res vendere potest, vel obligare, vel mutuo dare, ex iis, quæ consistent in pondere, numero, & mensura. Cavet autem eas reddi satisdato, id est, datis fidejuss. non cautione nuda. Et *reddi*, ut hic §. ait secundum legum modum, & alio loco, secundum legum moderationem, quæ verba Tribon. sunt sumpta ex *l.14. h.t.* constitutione Græca Just. quæ excepit portionem, ne redderetur scilicet, vel de ea reddenda caveretur, quam mater lucratur in casum mortis cujusque filii. Desiderantur in hoc tit. Constitutiones Just. Græcæ non una, sed octo, quarum tamen sententiam vel abrogavit, vel conservavit *Nov.22.* quæ totius tituli brevis comprehensio & emendatio est. Quid autem fiet, si mater nolit, aut non possit satisdare? quod dixi sup. Sane earum rerum possessio transferetur ad liberos prioris matrimonii, quo modo satisdent, quanti res æstimatæ fuerint ab arbitro ejus pecuniæ, ususfructus vice matri quotannis datum iri trientes usuras, id est, in centenos aureos quaternos, id est, *au denier vingt, & cinq.* Et præterea si forte omnes liberi obierint ante matrem, quod lucrari eam oportet ex casu mortis liberorum, si liberi alios heredes reliquerint, id solum ei matri restitutum iri: reliquum translatum iri ad heredes liberorum, veluti filios, vel nepotes. Casus mortis mariti lucro afficit mulierem, & ita casus ἀπαιδίας, ut in *l. 14. quand tous ses enfans meurent*, casus orbitatis, *& Nov.22. & 68. & 106.* Et ob id dicitur luctuosum lucrum, nempe ex orbitate, in *l.ult. inf. de instit. & substit.* Et triste lucrum in *l.ult. inf. communia de succ.* & duræ fortunæ solatium in *l. si qua, inf. ad Senatusconf. Tertull.* Quid vero fiet, si neque mater satisdet, neque liberi? Quid si neutra pars inveniat fidejussorem (quem sane invenire difficile est) quis possidebit res mobiles neutro satisdante, ut hic? Melius est possessionem earum relinqui apud matrem. Notandum est in hac parte, cum agitur de fidejussoribus dandis, hanc leg. loqui tantum de matre: quia scilicet a patre liberi satisdationem sine rubore exigere non possunt. Cultus major debetur patri, cum & potestas patria liberorum sit penes patrem, nulla penes matrem. Ideo non exigunt, & desiderant a patre fidejussores, *l. filio, ff. ut leg. seu fid. ca. nom.* quia videntur dubitare & diffidere de patre: & tacite insimulare fidem patris, quod nefas est. Denique invenire fidejussores est difficile, & molestum exigere, & quodammodo contumeliosum in *l.17. §. ult. ff. de test. tut. l. omnes, §. præterea, & §. in hac, sup. de Episcop. & Cler.* Et ita licet jure communi fructuarius debeat satisdare, se usurum, fruiturum boni viri arbitratu, se causam proprietatis, vel ususfructus pejorem non facturum, & amisso, vel finito usufr. se discessurum a naturali possessione rei, in *l. 1. D. usuf. quemad. ca. l. inter, D. de dam. inf. l.4. §. ult. D. de verb. obl.* pater tamen fructuarius bonorum, quæ habuit a priore uxore, non satisdat liberis, & ab edicto prætoris de stipulatione fructuaria excipiendus est pater, excipienda verecundia paterna, *l. ult. §. hoc proculdubio, inf. de bon. quæ lib.* At mater tamen fructuaria satisdat de rebus mobilibus, ut exposui ante, quod etiam Leo & Majoranus improbarunt, ut mater satisdaret liberis in *Nov. de sanctimon. & vid.* Sed non etiam Leo & Severus in *Nov. de abrog. cap.* Nam ii nec matrem voluerunt adstringi necessitate fidejussionis: sed

eorum Novella non eſt recepta a Juſtiniano. Igitur ſecundum Juſtinianum, mater hodie omnino ſatiſdabit, & ſatis præſtabit liberis prioris matrimonii. Et ita cernis quæ in hoc §.*his illud* tractantur de dandis fidejuſſoribus, locum non habere in patre: igitur Imp. loqui tantum de matre. Et quod ſequitur in §.*pen. h.t.* habet tantum locum in matre, non in patre, ex ſententia hujus legis, ut ſcilicet bona matris propria, quæ habet, vel habitura eſt, præſentia, ac futura, a die traditarum ei rerum, & profectarum a priore matrimonio, tacite pignori obligata ſint liberis prioris matrimonii, nomine earum rerum, ſi forte eas diſſipaverit, & male conſumpſerit, quas debuit ſervare liberis, in liberorum fraudem, & ut ait eleganter *l.2. C.Th. de ſec. nupt. per fraudem ſævioris animi.* Quod oſtenditur etiam in *l.3. & 5. §.itaque, hoc t.* ſed coanguſtatur ad matrem ſecundum has conſtitutiones. Verum deinde hoc ampliatum eſt, & porrectum ad patrem, ut haberet tacitam hypothecam, id eſt, ut etiam omnia patris bona tacitæ hypothecæ obligata eſſent pro rebus profectis & acceptis a matre priore uxore. Et ita quod §.*pen.* ſtatuit de tacita hypotheca in matre, a Juſtin. porrigitur etiam ad patrem in *l.ſeq. §.pen. & ult. h.t. & l.cum oportet, §.ult. inf. de bon. quæ lib.* qui §.*ult.* (ne quid objiciatur) manifeſto à §.*non autem d. l. cum oportet*, qui bona patris ſolvit tacita hypotheca, excipit bona profecta a matre, quæ debuit pater ſervare liberis communibus. Nam earum rerum nomine etiam bona patris ſunt tacite obligata. In §.*ult. h.l.* loquitur tam de patre, quam de matre, ut ſi non veniat ad ſecundas nuptias, ſi ut ait in §.*ult. ſervet affectionem liberorum ſuorum:* eleganter, quia ſane cui non ſatis eſt unum noviſſe cubile, is deponit omnem affectionem, ut ſcilicet qui, vel quæ contenta eſt uno matrimonio, pleno jure habeat quæ accepit a priore conjuge, & ita demum ea redeant ad liberos communes tanquam paterna, vel materna, licet parentum hereditatem non adierint, ſi vivus parens ea non alienaverit, vel obligaverit, vel conſumpſerit, quæ potuit conſumere quaſi dominus, ut *l.4. & 5. ſup.* In quibus locis oſtendi etiam Novellas hoc correxiſſe, maxime *Nov.* 127. nempe voluiſſe, ut etiamſi parens non iteraret nuptias, earum rerum proprietas pertineret ad liberos, nec poſſet alienari, vel conſumi a parente ſuperſtite, niſi pro portione virili, in qua ei jus plenum datur pro præmio viduitatis, & continentiæ.

Ad L.VII. In quibus caſibus *pater dotem, mater ante nuptias donationem, vel alias res ad ſe ex altera parte devolutas filiis utriuſque ſexus ſervare præcepti ſunt: ſi quem ex filiis, vel filiabus ante patris, vel matris obitum mori contigerit (ſive ante ſecundas nuptias, ſive poſtea) filio, vel filia, nepote, vel nepte, vel pluribus patre ſuo adhuc vivo, vel matre ſuperſtite derelictis: portionem, quæ defuncto filio, vel filiæ debebatur, vel lucrum ex ea, non ad fratres, vel ſorores mortui, ſed ad filios ejus, vel filias, vel nepotes utriuſque ſexus, aut pronepotes, avis, vel proavis ſuperſtitibus pervenire decernimus, eligendi videlicet, quos voluerint ex liberis ſuperſtitibus, non adempta licentia.*

Ad L.VIII. Si quis prioris matrimonii *filiorum ante ſecundas nuptias patris, vel matris mortuus fuerit, filiis a ſe, vel nepotibus, vel pronepotibus relictis, partem ejus non ad fratres, vel ſi nullus alius frater, vel ſoror ſit, ad patrem, vel matrem ejus pervenire, ſed ad filios, vel nepotes, vel pronepotes ejuſdem mortuæ perſonæ ſancimus, ut ſive unus, ſive plures ſint, eam tantummodo partem vindicare poſſint, quæ mortuo competit.*

Ad §.Illud etiam certa ſanctione *definire cenſemus, ut ſi quis, vel ſi qua ex alio matrimonio filiis procreatis minime ad ſecundas nuptias venerit: eodem modo liceat quidem genitori, vel genitrici res ex priori conjugio ſibi acquiſitas, quomodo voluerit alienare, vel adminiſtrare: ſi quæ vero earum minime ſint alienatæ, poſſunt liberi, etiam non adeuntes paternam, vel maternam hereditatem, eas vindicare.*

Ad §.Certum eſſe ſancimus, *quod etiam illa de cetero videbitur earundem fuiſſe rerum alienatio, quæ in teſtamento genitoris, vel genitricis, vel ſpecialiter relinquendo, vel generaliter heredem inſtituendo facta ſit.*

EXplicabimus *l.7.* & initium *l.8.* & finem addemus huic tit. *de ſec. nupt.* hoc poſito, quod jam ſatis multis conſtitutionibus comprobatum eſt, morte ſoluto matrimonio, proprietatem bonorum, quæ a defuncto conjuge ſuperſtes accepit, ſervari liberis prioris matrimonii, ſi parens ſuperſtes veniat ad ſecundas nuptias, ſi liberis ſuperinducat novercam, vel vitricum, quod etiam divortio ſoluto matrimonio, nihil refert cujus culpa, liberis ſervari vult Juſtin. in *l. quoniam, §. ult. hoc tit. & Nov.* 22. Hoc inquam poſito, & conceſſo, quæro, ſi vivo parente unus ex eis liberis moriatur, ad quem portio pertineat, quam habuit in eis bonis? Utrum accreſcet fratribus, vel ſororibus, ſi plures fuerint liberi ex priori matrimonio: an mortui filii portio accedat patri, qui in eis bonis habet uſumfructum? Diſtinguendum eſt: Aut defunctus filius unus prioris matrimonii nepotes reliquit, aut non. Priore caſu portio ejus pertinet ad nepotes, id eſt, filios ſuos, parentis ſcilicet nepotes, & filios ſuos, excluſis fratribus, & ſororibus, ut in *l.ſeq. in pr.* Excluſo etiam patre, vel matre, qui, quæve iteravit nuptias, excluſa antiquitate, ut utar ſermone *l. ult. hoc tit.* ſi prætermittam Græcas, quæ lex liberos vocat poſteritatem, parentes omnes antiquitatem, ut *l. cum ſcimus, inf. de agr. & cenſ. lib.* 11. Ergo unus filius ſi moriatur ex priore matrimonio relictis filiis; ii filii, quos reliquit, in portionem, quam pater habuit in ſupradictis bonis, præferentur avo, vel aviæ, patruo, vel avunculo, amitæ, vel materteræ. Et hoc *l.7.* verum eſſe ait, ſive parens venerit ad ſecundas nuptias ante mortem, ſive poſt mortem filii, quod eſt mirum. Nam res quidem facilis & expedita eſt, ſi parens venerit ad ſecundas nuptias ante mortem filii, quia jam eam ſibi unicus filius portionem acquiſierat, ergo eam tranſmittit ad filios ſuos. Nec jam locus eſt juri accreſcendi. Nam etſi fratres, & ſorores natæ ex priore matrimonio conjunctim vocentur ad proprietatem eorum bonorum, tamen poſt acquiſitionem partium, non admittitur jus accreſcendi, id eſt, mihi ſemel acquiſita portio nunquam accreſcet collegis, ſive conjunctis. Denique proprietas acquiſita non admittit jus accreſcendi, *l.1. §. ult. D. de uſuf. accr.* Sed ſi poſt mortem filii parens venerit ad ſecundas nuptias, id eſt, ſi ante ſecundas nuptias parentis filius finierit vitam, cum vivus in eis bonis nihil juris habuerit, quæ nondum erant commiſſa liberis prioris matrimonii: cur non ſolida perveniant ad fratres poſt mortem ejus, parente veniente ad ſecundas nuptias? cur potius pertineat ad nepotes, in quos non potuit transferre, quod non habuit, juxta regulam juris: *Nemo poteſt plus juris in alium transferre, quam ipſe habeat?* Et reſpondeo, ut in hereditatibus ex 12. tabul. ita etiam in iis bonis paternis, & maternis nepotes venire in locum & portionem patris ſui, atque admitti cum patruis, vel avunculis, aut amitis, vel materteris, §.*cum igitur, Inſtit. de her. quæ ab int. def.* Quod vulgo vocatur jus repræſentationis, quia ſcilicet nepotes ſubeunt locum filii, & licet remotiores ſint, tamen ſimul cum proximioribus invitantur, & vocantur in ſtirpem, in *l.ſeq. in pr.* id eſt, eam tantum partem ferunt, etiamſi ſint quatuor, aut quinque, aut plures, quam parens eorum tuliſſet, eamque inter ſe dividunt in capita, id eſt, in portiones viriles & æquales, ut *Nov.* 22. Et ſecundum hæc *l.8. ſeq.* cum ait: *Si quis prioris matrimonii filiorum ante ſecundas nupt. patris, vel matris mortuus fuerit*, dum ait, *ſi ante nuptias parentis mortuus fuerit*, difficiliorem caſum ponit. Nam idem eſt multo magis *ſi poſt nuptias mortuus fuerit*, id eſt, poſt adquiſitam portionem, nimirum ut ea tranſeat in nepotes excluſis fratribus. Et recte Accurſ. in *l.ſeq.* quæ filio competit mortuo, id eſt, competere potuit, ſi non finiiſſet diem ante nuptias parentis. Et ita in hac *l.7. quæ debebatur*, addendum, *vel deberi poterat*, ut in 12. tab. *ſi aqua pluvia nocet*, id eſt,

eſt, nocere poterit. Ergo non diſtinguimus, utrum parens ſecundas nuptias ante, vel poſt mortem filii contraxerit, ut in *h. l. 7.* Et hæc tamen diſtinctio adhibita eſt ſup. in *l. 3. §. ult.* adjuncta *l. mater, inf. ad ſenat. conſ. Tertul.* Sed ne quem hoc perturbet, ibi igitur de aliis bonis defuncti filii, non de iis, quæ a parente, qui prior mortuus eſt, pervenerunt ad ſuperſtitem, qui mox coierit in alterum matrimonium. Itaque non de iiſdem bonis hic agitur, *d. l. 3. §. ult. & d. l. mater*. Non eſt omittendum, quod eſt in fine hujus l. Si filio ſint plures filii nepotes, poſſe eum antequam moriatur, eligere unum ex iis, qui adſcribat in totum portionem, quam habet in ſupradictis bonis, vel habiturus foret, ſi mors eum non occupaſſet. Et hanc electionem, quæ datur in fine hujus l. nulla Nov. abſtulit; ſed illam tantum (ne etiam hoc quemquam perturbet) quæ datur in *l. 3. & l. general. §. dividendi*, quæ ſcilicet datur parenti iteranti nuptias, ut cui volet liberorum prioris matrimonii bona quæſita a priore marito, vel uxore adſcribat in ſolidum. Hanc electionem ademerunt Novellæ, ut in illis locis oſtendi, non tamen eam, quæ definitur in *hac l. 7.* At nunc videamus, quid ſit dicendum ſi ille filius nepotes non reliquit (quæ eſt altera pars diſtinctionis initio propoſitæ) Quid ergo ſi filius ille filios non reliquerit, quid fiet de portione illius? Et hoc caſu fratres, vel ſorores in ejus portionem admittuntur, ſi ante nuptias parentis mortuus fuerit, id eſt, ante adquiſitionem portionis; jure adcreſcendi fratres admittuntur in ea portione. Si poſt nuptias, id eſt, poſt adquiſitionem portionis, jam non poſſunt admitti fratres jure accreſcendi, quod expiravit poſt adquiſitionem portionis, ſed admittuntur beneficio hujus conſtitutionis, excluſo patre, vel matre, qui tamen, quæve in alia bona defuncti ſuccederet una cum fratribus *ex Nov.* 118. In his bonis fratres excludent parentem, qui non abſtinuit ſecundis nuptiis. Et excipitur tantum portio, quam ex pacto convento, non ex lege in tabulis nuptialibus ſibi recepit in caſum amiſſi filii, vel filiæ prioris matrimonii, in caſum ἀπαιδίας, *Nov.* 22. Quod in ea Novel. Julianus anteceſſor perſpicue interpretatur. Et in hac re explicanda ejus auctoritate utitur Accurſ. in *authent. ſed & ſi quis*, quod inſeruit in hunc tit. Irnerius, vel Martinus: Nam quæ ex Nov. breviter legitis ſparſa per hunc Codicem, ea digeſſit partim Martinus, partim Irnerius, ut ſignificat *gl. legis fratres, ſup. de inoff. teſt.* Et ita ut dixi in *auth. ſed & ſi quis*, inſerta in hunc tit. Accurſ. explicandæ hujus rei gratia utitur auctoritate Juliani, non nominans quidem Julianum, ſed ita ſcribens, ut in *Nov. de mul. quæ poſt. mort. mar. c. nullam poſt hac, & de his, qui ad ſec. nupt. mig. c. nulla licentia*. Sed ſemper Accurſ. cum citat Novellas, intelligit Julian. anteceſſorem, qui Novellas Juſtiniani latine, & breviter expoſuit, vetus auctor, & breviſſimus, quo carere non debemus, ſi volumus intelligere jus noviſſimum. Ipſas autem Novellas Juſtiniani, quæ ſunt fuſiores, & copioſiores Accurſius nominat ſemper authenticas, *l'original*, non Novellas: rectiſſime ergo cum hac *l. 7.* expoſuimus *l. 8.* initium: quod eſt etiam de eadem re, de uno matrimonii prioris filio mortuo, cui obveniat ejus portio. Nam quæ ſequuntur omnia in hoc titulo ſup. fere omnia oſtendi. Itaque jam inſtat finis hujus tit. At ut oſtendam quibus locis ea ſunt expoſita, & ſi quid ſit addendum, addam, §. 1. *l.* 8. fuit expoſitus *l. 4. & 6. §. ult.* in quibus eadem eſt ſententia, quæ in §. 1. *h. l.* 8. ut qui, vel quæ vidua permanet, poſſit alienare quæ habuit a priore conjuge, quod oſtendi mutaſſe Novellas. Nec enim poteſt alienare, niſi portionem virilem. Sed additur ſtatim in *§. certum hujus l.* 8. ſive earum rerum permittatur alienatio, ſive prohibeatur: his caſibus in his conſtitutionibus *alienationis* verbum accipi latiſſime, ut comprehendat etiam heredis conſtitutionem, & legatum, & fideicommiſſum. Si permittatur alienatio parenti viduo, vel viduæ, ut poſſit non tantum vendere, & donare, aut permutare, aut obligare: ſed etiam ut poſſit in eis bonis heredem inſti-

A tuere, vel legare: ſi prohibeatur veniens ad ſecundas nuptias, ut nihil horum facere poſſit. Ergo in his conſtitutionibus *alienare* non tantum eſt dare, tradere, donare inter vivos: ſed etiam, ut uno verbo dicam, relinquere: aliud eſt dare, aliud relinquere: dare eſt viventium: relinquere eſt morientium, *l. 1. §. ſi filio, D. de leg. 3. l. 1. §. pen. D. de tab. exh.* Damus libenter: Relinquimus neceſſario. Si teſtator rogarit heredem, ut quid det uni ex libertis vel libertinis, ſemel tantum poteſt eligere, id eſt, non poteſt mutare electionem, quam fecit ſemel, *l. 17. §. ult. l. 24. de leg.* 2. Sin autem eum rogaverit, ut relinqueret cui vellet ex liberis, ſubinde variare poteſt, & mutare electionem, quamdiu vixerit, *l. unum ex familia, §. etſi fundum, D. de leg.* 2. Et ita rectiſſime Grammatici *libro 6. Iliados*, notant
B Homerum obſervaſſe differentiam inter dare & relinquere, cum dixit Vulcanum ſceptrum dediſſe Jovi, Jovem Mercurio, Mercurium Pelopi, Pelopem Atreo, Atreum autem reliquiſſe Thyeſti, & Thyeſtem reliquiſſe Agamemnoni, quia ſcilicet Atreus, ne committeret regnum ſuum filio ſuo impuberi Agamemnoni, coactus eſt relinquere Thyeſti fratri ſuo, cum quo tamen gerebat juſtas inimicitias, interpoſita fide, ut id reſtitueret Agamemnoni, cum ad juſtam ætatem perveniſſet: Et ita Thyeſtes quaſi obligatus fideicommiſſo, id reliquit potius, quam dedit Agamemnoni filio fratris, eumque prætulit Ægyſto ſuo. Illi ſuperiores regnum dederunt ultro, & ſua ſponte. Atq; ita manifeſta eſt differentia inter dare & relinquere: utrumque tamen complectitur verbum *alienare* in his conſtitutionibus. Imo
C etiam cum teſtator vetat aliquid alienari extra familiam, vetat etiam relinqui, vetat inſtitutionem, legatum, fideicommiſſ. in *l. peto, §. ult. D. de leg.* 2. niſi adjecerit teſtator, *ne vivus alienaret:* nam tunc non prohibetur relinquere moriens cui volet, *l. pater, §. fundum, D. de leg.* 3. Et addendum eſt, non ſemper in omni parte juris *alienandi* verbum etiam teſtamentum comprehendere, ut comprehenderit in his conſtitutionibus, non certe in edicto *de alienatione judicii mutandi cauſa facta*, quo dolus coercetur eorum, qui rem, quam poſſident, alienant, ut opponant duriorem adverſarium ei, qui acturus erat in rem. Nam nullus dolus ineſt in eo, qui heredem inſtituit, nulla cogitatio mutandi judicii, vel objiciendi potioris adverſarii, vel qui legat habituro tantum poſt mortem ſuam. Et ideo *alienationis* ver-
D bum in eo edicto non comprehendit inſtitutionem, vel legatum in *l. ex hoc edicto, §. alienare, D. de alien. jud. mut. cauſ.* Id etiam non comprehendit *lex Julia, de fund. dot.* maritus prohibetur alienare fundum dotalem, *l. dotale, §. ult. D. de fun. dot.* Sed non comprehenditur etiam heredis inſtitutio. Nam maritus herede inſtituto, per univerſitatem in eum transfert fundum dotalem, ſed cum ſua cauſa, ut heres non poſſit eum alienare, ut ſervet eum uxori ſuperſtiti, & ei reddat conſtituto die, in *l. 1. D. de fund. dot. l. quædam, D. de acq. rer. dom.* & hoc tantum erat adnotandum ad §. *certum l.* 8. §. vero *talem* jam expoſui in *l.* 4. Sed quia eum non intellexit Accurſ. & delenda eſt ejus gloſſa, quantumvis magna: oſtendam erroris cauſam. Non animadvertit Accurſ. in *hoc §. talem* anterius matrimonium dici, ſicut prius ma-
E trimonium, etſi poſt illud non fuerit contractum aliud. Nam & ita in uſu prius teſtamentum dicitur, poſt quod nullum eſt factum, & ſequutum teſtamentum, non habita ratione ſecundi, vel poſterioris, ut in declam. Quintil. 308. & ſic in §. 1. & §. *talem*, hac lege, prius & anterius dicitur matrimonium, quod unum fuit, vel quod ſequutum non eſt aliud matrimonium. Et ita ut dixi in §. 1. *h. l. & l. 4. & l. 6. §. ult.* ſi parens non veniat ad ſecundas nuptias, ſi non mutet matrimonium, bona quæſita a priore marito, vel uxore, quæ tamen non alienavit, ut potuit, vel conſumpſit, tamquam paterna, vel materna, redire ad liberos prioris matrimonii, etſi patris, vel matris hereditatem non adierint. Nam ea bona ſeorſum ſpectantur ab heredi-

tate,

tate, & ſecernuntur. Quod cum ita eſſet in §.*talem*, quæritur quid ſit dicendum, ſi ex liberis prioris matrimonii, & unius, alii adierint hereditatem patris, vel matris, alii repudiarint? & hoc caſu ait, ea bona vindicari ab iis tantum, qui adierint. Hæc eſt ſententia §.*talem*, quæ tamen abrogata eſt per *Novell.*22. quæ vocat omnes liberos permixtim, ſive adierint, ſive repudiarint parentum hereditatem.

§.*penult.* expoſui in *l.6.* §.*ult.*

L.quoniam, & *l.ult.* fuit expoſita in *d. l.6.*

AD TITULUM X.

SI SECUNDO NUPSERIT MULIER, CUI MARITUS USUMFRUCTUM RELIQUIT.

TITULUS 10. eſt de ſecundis nuptiis, & quaſi codicillus ad titulum ſuperiorem, quo ſuppletur quod in eo deeſt: Nam hoc quidem conſtat ex titul. ſup. mulierem, cui maritus rerum quarundam ſuarum plenam proprietatem dedit, vel donavit, vel reliquit, ſi poſt mortem ejus in ſecundum matrimonium convenerit, eam amittere earum rerum nudam proprietatem, & uſumfructum ſolum earum rerum retinere, proprietatem ſtatim a die ſecundi matrimonii adquiri liberis primi matrimonii. Sed ex eodem titulo nihil conſtat quid ſit dicendum, ſi prior maritus uxori, quæ ſecundo nupſit, dederit, vel reliquerit uſumfructum rerum ſuarum, qua de re agitur in hoc titulo. Finge igitur: primus maritus non reliquit, vel dedit uxori res ſuas, ſed rerum uſumfructum. An ex hoc uſufructu ei dato, vel relicto ob repetitas nuptias aliquid decerpent liberi primarum nuptiarum? Videamus primum, an jure vir relinquat uxori uſumfructum rerum omnium ſuarum, omnium bonorum ſuorum, quod hodie eſt frequens. Et ſane uxori jure relinquitur uſusfructus omnium bonorum, cum hac conditione, legeque, ut fruatur una cum liberis, & ex eis bonis filios exhibeat, atque tueatur, ut in *l. ſi mulier*, *D. de uſufr. adcreſc.* Et *in oratione pro Cæcinna: Teſtamento*, inquit, *fecit heredem, quem habebat a Cæcinna filium, uſumfructum omnium bonorum ſuorum Cæcinnæ legavit, ut frueretur una cum filio*. Alioqui ſoli uxori uſusfructus omnium bonorum exiſtentibus liberis inutiliter relinquitur, ne ſcilicet minuatur portio legitima, quæ debetur filiis, & quæ ad eos dicitur venire pura, plena, integra, illibata, non detracto uſufructu ex *Nov.*18. *de trient. & ſem.* Et ne quid nos moretur eorum, quæ tractat Accurſ. in particulam quandam *Nov.* 22. quam conſtitutioni hujus tituli ſubjecit Irnerius, ſi teſtator (ut aſſolet fieri) jubeat uxorem eſſe dominam, & fructuariam omnium bonorum ſuorum, ſemper ab hoc legato deducenda eſt Falcidia debita filiis, ſi qui ſint: reliquum ſervatur uxori, uſusfructus tantum jure: nam etiamſi dixerit dominam, & uſufructuariam, dominæ appellationem ex verbo ſequenti cogere debemus ad uſumfructum: nam & uſufructuarius habetur pro domino, *l.in venditione*, *D.de reb.auct. jud. poſſ.* dum ait, in venditionem bonorum debitoris etiam uſumfructum venire, quia appellatione domini & uſufructuarius continetur. Hoc ideo ſcribit J.C. quoniam in edicto de rebus auctoritate judicis poſſidendis regulariter faciebat mentionem domini, ut in Quintiana oratione, *dominum invitum detrudere non poſſe placet:* ubi *domini* appellatio proculdubio etiam comprehendit uſufructuarium. Et omnino triplex eſt dominium: Dominium proprietatis in *l.proprietatis*, *ſup. de probat.* dominium uſusfruct. & dominium poſſeſſionis. Ac ſæpiſſime in libris noſtris dominium, id eſt, poſſeſſio, non proprietas: dominus, id eſt, poſſeſſor. Cur in *l.ſi procur. D.de acq. rer.dom.* J.C. ait, dominium, id eſt, proprietas? ne quis intelligeret poſſeſſionem: nam dominii verbum eſt *ἀμφίβολον*. Et ita in *l.*4. *de aquæd. lib.* 11. *uſum aquæ conſtitutum longo dominio*, id eſt, poſſeſſione longa. Verum ergo qui dicit dominam, & uſufructuariam dicit, ut Grammatici loquuntur, *ἐνδιαδυοῖν*, nempe fructuariam tantum. Quid vero dicendum eſt ſi maritus uxori dederit, vel reliquerit non res ſuas ex parte, vel ex aſſe, ſed rerum ſuarum uſumfr. ex parte, vel ex aſſe, ut frueretur una cum filiis, & poſt mortem mariti ea mulier venerit ad ſecundas nuptias? Non poteſt dici ejus uſusfructus, ejus legati dominium, uſumfructum eſſe ſervandum prioris matrimonii liberis, quoniam uſusfructus non eſt uſusfr. Uſusfructus eſt ſervitus. Servitus ſervitutis non eſt, *l.* 1. *de uſufruct. leg. l.uſusfructus*, *inf. D.de ſervitut. ruſtic. prædior.* Servitus eſt qualitas prædii, *l. qui fundum*, *quemadm. ſerv. am.* Et ut Philoſophi loquuntur, qualitas qualitatis non eſt. Hæc vero quæſtio ita definitur in *l.un. h.t.* ut a contractis ſecundis nuptiis uſusfructus ſtatim auferatur uxori, & reſtituatur liberis prioris matrimonii cum fructibus, ſi a die ſecundarum nuptiarum mulier fructus perceperit, forte liberis nondum ſuæ tutelæ factis, id eſt, impuberibus, & deſtitutis auxilio tutorum. Denique mater, quæ repetiit nuptias, liberis prioris matrimonii reſtituit uſumfructum, id eſt, jus utendi, fruendi, & omnes fructus, quos percepit a die ſecundarum nuptiarum. Et addamus, quia mala fide poſſedit mulier, etiam cum fructibus, quos percipere potuit, & debuit, nec percepit: Nam malæ fidei poſſeſſor non tantum de perceptis tenetur, ſed etiam de percipiendis, *l.fructus*, *l.ſi navis*, §.*ult. D. de rei vind.* Nec nos movere debet *l.ſi pater*, *de uſuf.* nec *l.ſi fundum*, *ſup.de rei vind.* quæ dicunt, malæ fidei poſſeſſorem, & nominatim hanc matrem, cui uſusfructus earum rerum legatus eſt, debere reſtituere fructus perceptos: nec enim addunt taxationem, perceptos fructus dumtaxat, ut inde non poſſis colligere, non teneri malæ fidei poſſeſſorem de percipiendis. Non omnia poſſunt exprimere leges, pleraque ſupplenda nobis relinquunt ex aliis legibus. Et licet igitur ex his locis, *perceptis* etiam addere *percipiendis*. Et ait hæc lex uſumfructum eſſe reſtituendum cum fructibus competentibus, ad liquidum ratione deducta, *au uray*, ut cum Curtius Ruffus lib.9. ait, *nunquam famam perduci ad liquidum*, id eſt, rumorem ullum nunquam eſſe ex omni parte verum. Competentes ergo fructus redduntur ad liquidum, eorum ratione deducta, puta impenſis deductis, quas mulier fecit in corpora rerum hereditariarum, quibus utebatur, fruebatur: Nam fructus eos eſſe conſtat, qui ſuperſunt deductis impenſis, hi ſunt fructus competentes, & liquidi, *l.fructus*, *qui dot. D. famil. erciſc.* nullum eſſe caſum, qui hoc genus deductionis impediat, & compenſationem impenſarum cum fructibus. Et tamen extat unus in *l.ult. inf.de fun. rei priv. lib.*11. admodum ſingularis, ubi fructus intelliguntur non deductis impenſis. In jure nulli ſunt termini univerſales, ut in illo loco, *nullus caſus*, & tamen excipitur aliquis. Et ſimiliter in *l.in omnibus* 43. *D. de ſolut. In omnibus ſpeciebus liberationum, etiam acceſſiones liberantur. In omnibus*, inquit. Excipienda eſt tamen confuſio, quæ ſi induxerit liberationem rei, ſive debitoris, pignora tamen obligata manent, *l.debitor* 59. *D.ad Trebell. l. cum quis*, §. *ult. D. de ſol.* Porro conſtitutionem hujus tituli comprobarunt Arcadius & Honorius in *l.* 1. *C.Theod. eod. tit.* Et *Novel.* 22. ſignificat eam porrectam fuiſſe ad maritum, cui uxor legaſſet uſumfructum rerum ſuarum: ſed tamen *dict. Novell.*22. hanc conſtitutionem penitus abrogat, ſolvitque ſecundas nuptias pœna hujus conſtitutionis, dum ſcilicet non aliter vult uſumfru. auferri conjugi, quem legavit prior conjux, etiamſi repetierit nuptias: quam ſi id nominatim caverit defunctus. Non vult itaque ſervari jus, quod inducit conſtitutio, ſed jus, quod fecerit ipſe defunctus, vel defuncta, dicendo legem legato, uſufructu relicto ſuperſtiti conjugi.

AD

AD TITULUM XI.

DE DOTIS PROMISSIONE, ET NUDA POLLICITATIONE.

NUPTIÆ sunt contractus, matrimonium est contractus, ut proxime ante diximus, a Græcis passim appellatus *γαμικον συνάλλαγμα*, id est, *nuptialis contractus*. Posteaquam dixit de eo contractu satis, id est, de nuptiis, transit ad aliud genus contractus, nempe ad dotem. Dotis datio est contractus, *l. contractus*, *D. de reg. jur.* Et dotis quoque promissio est contractus, nempe stipulatio. Dotis item pollicitatio nuda pro contractu habetur, quia obligationem parit. Et omnis obligatio pro contractu est, *l. omnem*, *D. de judic.* sicut dotis dictio, quæ olim fiebat solennibus verbis citra stipulationem a non interrogato, vel interrogata, contractus erat, vel obligatio civilis. Et dotem igitur conventionem esse definiamus, qua res, aut pecunia certa propter uxorem, propter onera matrimonii pervenit ad maritum. Pervenire accipimus cum effectu: Nam dominium dotis in eum transit, dotis dominium, id est, vel rei, vel pecuniæ dotalis, *l. in reb. tit. seq.* vel etiam conventio, qua compensantur onera matrimonii, data marito re, aut pecunia certa, ut in *l. si maritus*, *l. si filia*, §. 1. *D. famil. ercisc.* & *l. si pater mulieri*, *D. de jur. dot.* *Varro 4. de ling. Latina; Dos, pecunia est nuptiarum nomine data*. Pecuniæ nomen accipitur generaliter. Et ita vulgo dos accipitur non pro conventione, licet conventio sit, & contractus, sed pro re, & pecunia, quæ in conventionem venit, id est, pro eo, quod nomine rei uxoriæ datur marito, *l. si nuptura*, §. 1. *ff. de jur. dot.* Alias dos accipitur pro jure actionis de dote, pro jure repetendæ dotis soluto matrimonio, ut *l. 1. §. Celsus*, *D. de dot. præleg.* Dixi rem certam esse debere, aut quantitatem, quæ in dotem datur, aut promittitur, alioqui dos incerta nulla est. Verum certa videtur esse dos, quando dos confertur in arbitrium boni viri, quanti æstimaverit bonus vir, vel quantum maritus æstimaverit, ut bonus vir ex æquo & bono pro modo facultatum suarum, vel pro dignitate natalium utriusque, ut *l. 3. h. t.* Nam ut æquitas est certa: ita arbitrium boni viri, qui est arbiter æquitatis, & sacerdos, *l. 1. D. de leg. 2.* Et utique dum pater promittit dotem, promissioni paternæ semper intelligitur inesse tacite arbitrium boni viri, cujus officium est dotem constituere filiæ pro facultatibus & pro splendore familiæ. Pater igitur etiamsi dotem promittat simpliciter, videtur certam promisisse, *l. cum post*, §. *gener*, *D. de jur. dot.* Et hic est addenda distinctio *l. ult. hoc t.* ut si dotem promiserit pater, vel constituerit simpliciter hoc modo, *Doti tibi erunt mille*, vel donationem propter nuptias eodem modo: etiamsi filius, vel filia habeant bona propria, videtur de suo dotem constituisse, vel promisisse, vel dedisse, non de bonis filii sui, vel filiæ. Sed si promiserit dotem ex suis bonis, & ex bonis filii, vel filiæ hoc modo: *Doti tibi erunt mille ex bonis meis, & ex bonis filiæ meæ:* vel *donationi propter nuptias tibi erunt mille ex bonis meis, & ex bonis filii mei:* distinguendum est: aut inops est admodum pater, qui eo modo promisit, & eo casu dos tota præsumitur ex bonis filiæ: sed si pater sit locuples, dos tota præstatur ex bonis patris, non ex bonis filiæ, licet hoc ita caverit, ut præstaretur ex utriusque bonis, quod mirum est, & merito abrogatur *l. ult. h. t.* a Leone Philosopho in *Novell. 21.* volente ex patris, & ex filii, vel filiæ bonis, sicut est cautum indistincte, sive dives, sive inops sit pater, quantum potest refici dotem, & præstari ex æquis partibus, si non sint dictæ partes. Et hæc de patre promittente dotem. Mulier si promittat dotem, vel extraneus pro ea simpliciter, non dicta quantitate, non demonstrata re dotali, inutilis est promissio, & stipulatio, quia huic promissioni non intelli-
A gitur inesse arbitrium boni viri, ut promissioni patris, cui proprie incumbit dotem constituere: quæ est sententia *l. 1. h. t.* ut Græci interpretantur, & est elegans thesis, quam Thalelæus proposuit in hac *l. 1.* stipulationem omnem, quæ ad vilissimum deduci potest, non consistere, ut si promittant fundum simpliciter, est inutilis stipulatio promissioque, quia, ut Varro dixit, fundum est, vel quod funda mitti potest, *un morceau de terre*: & se liberare potest dando, quod funda mittere possit. Libertus Ciceron. sic dicit: *Fundum Varro vocat, quem funda mittere possis*. Et ita in *l. ubi autem*, *D. de ver. obl.* ostendi fundi promissionem esse inutilem, qui non demonstratur. Et ita dotis promissio simplex est inutilis, quia promissor posset se liberare dando unum nummum. Porro autem olim dicebant dotem datam,
B vel promissam, vel dictam, ut *l. 3. Cod. Theod. de inc. nupt.* Nam iis tribus modis dos constituebatur, & promittendo dotem omnes obligantur, *l. promittendo*, *D. de jur. dot.* non etiam dicendo. Nam dictio dotis obligabat tantum mulierem, & patrem mulieris, si dixisset dotem, vel avum paternum, & debitorem mulieris delegatum a muliere ad dotem dicendam, quæ dictio dotis fiebat solemnibus verbis, & hoc ostendit Ulp. in tit. *de dote*, & in *D. de jur. dot.* Hæ formulæ; *Centum tibi doti erunt; Quod mihi debes, doti tibi erit;* certæ sunt formulæ propriæ dictionis dotis, non promissionis, *l. si mulier*, *l. nuptura*, *l. quemadmodum*, §. *pen. D. de jure dot.* Dicimus hodie dotem datam, vel promissam, vel pactam, vel oblatam ultro per pollicitationem: Nam placet hodie dotem constitui pacto
C nudo, nuda oblatione, *doti tibi erunt tot*, nuda pollicitatione, *l. 4. & pen. hoc tit.*

AD TITULUM XII.

DE JURE DOTIUM.

DOCUI in superiore titulo quibus modis contrahitur obligatio dotis, quia contrahitur vel re, id est, datione dotis, vel solemnibus verbis, vel stipulatione, unde nascitur actio ex stipulatu, vel pactione, aut quod minus est, pollicitatione nuda, nulla præcedente interrogatione, id est, obla-
D tione nuda dotis quibuscunque verbis, *l. pen. sup. tit. prox.* cui legi conjungenda est *l. 2. sup. de form. & imp.* quæ docet etiam in actionibus instituendis qualiacumque verba sufficere, nec a prætore esse postulandam formulam. Denique iidem Impp. eadem l. quæ tamen divisa est in illas duas partes, substulerunt formulas, & in obligationibus dotium contrahendis, & in omnibus actionibus apud judicem instituendis. Et ex pollicitatione quidem erit condictio ex lege, ut arbitror, sicut ex dictione dotis, quæ fiebat olim solemnibus verbis, fuisse condictionem indicat *l. 1. h. t.* quæ fuit de dictione dotis, vel promissione. Sed ut fecit passim in jure Tribonianus, in hac *l.* *dictionis* nomen mutavit in pollicitationem, quoniam etiam citra stipulationem, vel dictionem dotis, hodie dotis obligatio contrahitur solius offerentis promissione,
E id est, pollicitatione. Nunc autem in h. t. incipit tractare de jure dotium, id est, de causa, conditione, natura, ingenio, privilegiis dotium, vel de dotibus. Et recte in Digest. statim initio hujus tit. *de jure dotium* scribit, *causam dotium esse perpetuam*. Dotis causa, & jus dotis, idem est, sive titulus dotis. Ait igitur *l. 1. D. de jur. dotium*, statim proposito *tit. de jur. dot.* dotis causam esse perpetuam, quod voto ejus, qui dat ita contrahatur, ut semper apud maritum sit, ut emptionem contrahi dicimus, ita ea lex dicit dotem contrahi. Dos igitur est contractus, & ait ita contrahi ex voto dantis dotem, ut semper apud maritum sit. Quamobrem olim auspicantes perpetuitatem matrimonii, ut Festus scribit, ad collocandam novam nuptam in thoro ge-

niali

niali, adhibebantur pronubæ univiræ, id eſt, quæ ſemel nupſiſſent, ominantes, ſive auſpicantes, ut novi conjuges in eo matrimonio perſeverarent uſque ad extremum vitæ ſpiritum. Et inde Claudianus de raptu Proſerpinæ: *Stat pronuba juxta ſtellantes nox picta ſinus, tangenſque cubile, omnia perpetuo genialia fœdere ſanxit.* Et hoc idem votum facit, ut dotis cauſa ſit perpetua: & quia eſt perpetua, ex eo efficitur dominium rerum dotalium transferri in maritum. Contractuum cauſæ temporariæ non mutant dominium. Contractuum cauſæ perpetuæ mutant dominium, & ſic quia dotis cauſa perpetua eſt ſecundum votum contrahentium, maritus dotis dominus fit per traditionem, *§. per traditionem, Inſt. de rer.div. §.1. Inſtit. quibus al. lic.* Dixi, *per traditionem*. Nam ante traditionem res non poſſunt intelligi dotales. Traditione fit dotalis ſervus, dotale prædium, dotalis pecunia, *l.5. D.ſol.matr. l.dotalem, §.dotale, D.de fun.dot. l.ſi ſocius, D.pro ſoc.* Traditio igitur facit res dotales, & maritum, qui accepit, facit dominum rerum dotalium pleno jure, ſive æſtimatæ, ſive inæſtimatæ res fuerint. Quod adeo verum eſt, ut & ſervos dotales poſſit manumittere conſtante matrimonio, ſi ſolvendo ſit. Nam ſi non ſolvendo ſit, lege *Ælia Sentia* impeditur libertas ſervi dotalis, & ſi ſolvendo ſit, jure manumittit ſervos dotales, eiſque præſtita libertas nunquam revocatur. Nihil enim difficilius revocatur, quam libertas, *l.3. h.t. l.ſervum dotalem, D.de manumiſſ.* Verum hac in re, de qua hic agimus, ut oſtendamus maritum eſſe dominum dotis, quæ ei tradita eſt, *lex in reb. h.t.* videtur adhibere diſtinctionem, quæ facit utrumque dominum, & maritum qui accepit dotem, & uxorem, quæ dedit dotem, vel cujus nomine data eſt: Nam ait, juris ſubtilitate maritum eſſe dominum, revera, & naturaliter, quod idem eſt, dominam eſſe uxorem, non tantum, quod quandoque dos ad eam reditura ſit ſoluto matrimonio, niſi aliud convenerit, quam quod emolumentum dotis conſtante matrimonio, licet ejus dotis maritus fingatur eſſe dominus, reipſa redeat ad mulierem, cum maritus ſuſtineat onera matrimonii, *l.quamvis, inf. D.de jur. dot.* Onera matrimonii ſunt uxor ipſa, quæ alenda, curanda, tuenda eſt, & liberi, nova cura, & tutelæ, *l.ſi maritus, D.fam. ercſ. l.ſi is qui Stichum, §.poſt mortem, D.eod. tit.* Cum ergo maritus ſuſtineat onera matrimonii, onera uxoris: ſic fit, ut emolumentum dotis redeat ad uxorem, ut fruatur ipſa dote potius quam maritus, atque adeo, ut ipſa re videatur eſſe domina, maritus autem habere nomen domini ſine re. Atque ita adhibita hac diſtinctione ſecundum *d. l.in rebus*, facies duos dominos ejuſdem rei, quidni? & conſequenter facies duos poſſeſſores rerum dotalium jure dominii, virum, & uxorem, *l.pen. §.ſi fundus, D.qui ſatiſd.cog.* Ubi oſtenditur eum, qui poſſidet res immobiles, non onerari ſatiſdatione, id eſt, neceſſitate dandi fidejuſſoris, quoniam prædia, quæ poſſident, ſatis cautioni ſufficiunt, ſatis cautionis præbent, ut qui prædiis cavet, non neceſſe habeat dare prædes, ſeu fidejuſſores: Finge igitur dotem conſiſtere in immobilibus rebus: Et vir, & uxor earum intelligitur eſſe poſſeſſor, ut non oneretur ſatiſdatione in aliis cauſis, ſive litibus. Et ita convenienter *d.legi in rebus*, in *l.quamvis, D.de jure dot.* Quamvis, inquit, dos ſit in bonis mariti, mulieris tamen eſt effectu ipſo: dos eſt in bonis mariti conſtante matrimonio, ut in *l.Lucius, §.idem reſpondit, D.ad municipa. l.7. §.ſi res, D.de jure dot.* Adeo ut contracta ſocietate omnium bonorum veniat etiam dos in ſocietatem: ſed diſtracta ſocietate maritus percipit dotem, quia apud eum dos ſemper eſſe debet, qui ſuſtinet onera matrimonii, *l.actione, §.ult. D.pro ſoc.* Et ita manifeſtum eſt ex noſtris Juriſconſultis Boetium ſumpſiſſe, quod in Topicis Ciceronis ſcribit in hunc modum: *Dos*, inquit, *licet conſtante matrimonio in bonis mariti ſit: eſt tamen in uxoris jure, & poſt divortium factum velut res uxoria peti poteſt.* Qua de cauſa & veteres doti tribuebant nomen rei uxoriæ potius, quam rei maritalis: Nam certe dominus eſt verius qui eſt effectu dominus, quam qui titulo tenus: ſed tamen votum coeuntium nuptias inter ſe facit, ut cum intelligatur dotis cauſa eſſe perpetua, dotis titulus eſſe perpetuus, neceſſario conſequatur maritum accipientem dotem, fieri dominum dotis. Nam cauſæ temporariæ contractuum hæ ſunt, quæ non transferunt dominium, ut cauſa locationis, quæ fit ad tempus non mutat dominium, *l.non ſolet, ff.loc.* Cauſa commodati, quæ fit etiam ad tempus, neque dominium mutat, neque poſſeſſionem, *l.8. & 9. D.commod.* Cauſa quoque pignoris non mutat dominium, *l.cum & ſortis, §.ult. D.de pig.act.* Ideoque licet prædia pupilli non poſſint alienari ſine decreto, tamen prædium, quod pupillus accepit pignori, tutor alienare poteſt ſine decreto, quia non eſt in bonis pupilli, *l.5. §.ſi pupillus, D. de reb. eor.* Et eadem ratione, qui ſervos legat ſuos, non videtur legare ſervos, quos pignori accepit, *l.ſuos, D.de leg. 3.* quia cauſa pignoris non mutat dominium, Cauſæ contractuum temporariæ non mutant dominium, cauſæ perpetuæ mutant, ut cauſa emptionis, cauſa permutationis, diviſionis cauſa, mutant dominium. Et ſecundum hæc, dum *l.1. D.de jur.dot.* ait, dotis cauſam eſſe perpetuam, ſignificat dotis dominium transferri in maritum. Et ita accipienda eſt ea *l.1.* Aliud adjicit *l.2. eod.tit.* Reip. intereſſe mulieres dotes ſuas ſalvas habere, propter quas nubere poſſint. His verbis ſignificatur, dotis cauſam eſſe privilegiariam. Lex 1. dicit eſſe perpetuam, *l.2.* privilegiariam, h. eſt, mulierem in repetenda dote ſoluto matrimonio præferri omnibus creditoribus chirographariis, imo etiam hypothecariis antiquioribus, ut infra demonſtrabimus. Eſt autem conjungenda cum *d. l.1. l.intereſt, D.de reb.auct. jud.poſſ.* alias eſt *l.3. D. de priv. cred.* Utraque eſt ex eodem libro, & idem proponitur in eadem *l.*quod in *d. l.2.* videlicet privilegium, quod habet mulier in repetenda dote inter actiones perſonales dari etiam ſponſæ, quæ dotem dedit, ſi poſtea renuntiatum ſit nuptiis: quo caſu ſponſa dotem, quam dedit, repetit non actione rei uxoriæ, vel ex ſtipulatu actione de dote, cum proprie dos non fuerit nondum ſubſequuto matrimonio, & contracto, *l.5. D.eod.* ſed condictione cauſa data, cauſa non ſequuta. Et in ea condictione favoris gratia idem privilegium datur ſponſæ, licet uxor non fuerit. Et ita ſi minor 12. annis, quæ non eſt juſta uxor, præmaturius domum deducta fuerit, & completa ætate juſta repudiaverit eum, qui ſponſus fuit ejus, non maritus: ſimiliter dotem repetet, quam dederat condictione ob cauſam, licet uxor non fuerit. Ea condictio erit privilegiaria, ut indicat *l.ſi ſponſa, D.de jur.dot.* Cur eſt privilegiaria, quæ proprie non eſt dos, ſed data dotis nomine & ſpe? quia Reipub. intereſt, ut mulieres dotes ſuas ſalvas habeant, id quod doti deſtinarunt, conſequantur in ſolidum, ut ætate permittente alii poſſint nubere, & invento alio marito, *d. l.intereſt*. Ergo dotis cauſa etiam ejus, quæ nomen dotis tantum habet, id eſt, etiam dotis deſtinatæ cauſa privilegiaria eſt. Ut autem intelligamus quæ ſit privilegiaria cauſa dotis, quæ favorabilis & perpetua, ut ait *l.1. D.ſol.matr.* imprimis ſunt ſeparandæ actiones perſonales ab actionibus realibus, id eſt, vindicationibus, vel actionibus hypothecariis. Olim inter actiones perſonales potior fuit repetitio dotis, quæ mulieri competit ſoluto matrimonio morte, vel divortio. Etiamſi cauſæ aliarum actionum perſonalium tempore antiquiores eſſent: reddenda erat dos, quod & hodie obtinet mulieri primum, licet poſterior ſit creditrix; Mulieri igitur in actionibus perſonalibus poſtferuntur alii creditores mariti, etiam antiquiores. Et hoc jus ſemper obtinuit, *l.ult. inf.qui pot. in pig.hab.* Dabatur hoc privilegium mulieri ſoli, vel filiis ejus, heredibus ejus. Idem jus non dabatur extraneo heredi mulieris repetentis dotem, in *l.1. inf.de privil.dot.* Et eſt ſimilis differentia inter heredes in *l. maritum, D. ſol. matr. ſup. l. 2. C. Theodoſ. de ſponſ.*

sponf. Rurſus id privilegium non dabatur tantum mulieri, quæ nupſiſſet, ſed etiam ſponſæ, quæ dotem dediſſet nec nupſiſſet, & mulieri minori duodecim annis, quæ ut uxor haberetur, licet jure nondum uxor ſit, *l. ſi ſponſo, D. de jur. dot. l. quæſitum, §. ult. & l. ſeq. D. de reb. auct. jud. poſſ.* alias eſt *l. 2. & 3. de privil. cred.* Et cum *d. l. quæſitum, §. ult.* oſtendiſſet, idem privilegium dari ſponſæ, atque minori duodecim annis, ſubjicitur ratio *l. ſeq.* quod non tantum majorem duodecim annorum, & juſtam uxorem, ſed etiam hanc, id eſt, minorem annorum duodecim interſit Reipub. dotem ſuam ſalvam habere, ut ætate permittente nubere poſſit, ideo & huic dandum eſſe privilegium inter perſonales actiones, id eſt, inter creditores chirographarios (quod idem eſt) ſed ita ea lex ſcripta eſt: *Intereſt enim Reipub. & hanc ſolidum conſequi*, ut ætate permittente, id eſt, cum pubuerit nubere poſſit. Quorſum ait ſolidum? An dubitabatur de ſolidæ dotis recuperatione? An videbatur ex ea dote poſſe aliquid retineri, aut delibari: nec integram eſſe reddendam, ſine deminutione partis cujuſdam? Hoc vero nemini unquam venit in mentem. Et ibi de privilegio quæritur tantum, id eſt, de prærogativa actionis perſonalis, & condictionis dotis: non de ſolidi recuperatione. Dos non admittit Falcidiam, vel diminutionem. Igitur in *d. l. intereſt*, & in *l. 2. de jur. dot.* quæ illi eſt conjungenda, proculdubio Paulus ſcripſit hoc modo: *Intereſt enim Reipub. & hanc*, id eſt, minorem duodecim annorum, *ſuam dotem conſequi*. Error natus eſt ex iis notis ſive literis ſingularibus, & majuſculis S. temone ſuperpoſito, & D. M. etiam temone ſuperpoſito: quæ notæ utrumque ſignificant, ſuam dotem, & ſolidam. Sed ſuam dotem eſſe potius interpretandam cum res ipſa ſuadet, tum *d. l. 2.* quæ eſt ex eodem libro, & quæ pertinet etiam ad privilegia dotium. Ergo mulier quæcumque ſive juſta, ſive injuſta uxor, ſive nupta, ſive innupta in exactione dotis præponitur omnibus creditoribus, etiam antiquioribus. Et ut ait *d. l. ult. inf. qui pot. in pign. hab.* habet mulier privilegium contra pene omnes creditores. Addit pene, quoniam excipienda eſt perſonalis actio, quæ Reipub. competit, ſi antiquior ſit argumento *l. 9. hujus tit.* quæ ait dotis cauſam eſſe potiorem, quam Reipub. ſi maritus poſt nuptias & dotem acceptam fuerit Reipub. obligatus, id eſt, ſi Reſp. ſit poſterior. Ergo ſi ſit prior Reſpub. non poſtponitur cauſa dotis, quod non male porrigitur etiam ad fiſcum, vel maxime, quod fiſcus ſemper ſit creditor hypothecarius, quia ſemper adquiſitum eſt ei jus tacitæ hypothecæ in omnibus negotiis, quæ nomine ejus geruntur, vel contrahuntur, *l. aufertur, §. fiſcus, D. de jur. fiſ.* Reſpub. autem non habet tacitam hypothecam, niſi de ea convenerit ſpecialiter & nominatim, *l. 2. inf. de jur. Reipub. lib. 11.* His igitur exceptis inter creditores chirographarios, mulier etſi poſterior ſit, præfertur omnibus. Aliud erat olim in hypothecis. Nam primum quidem ante Juſtin. id eſt, ante conſtitutionem tituli ſequentis, quæ eſt de rei uxoriæ actione, id eſt, jure repetendæ dotis, mulier dotis ſuæ nomine non habuit ex conventione, ſed & in ea, de qua convenerat, non habebat privilegium aliud quam temporis, ut ſi ei priori res pigneratæ eſſent, præponeretur ſequentibus creditoribus hypothecariis, non etiam antecedentibus, *l. ult. §. 1. inf. qui pot. in pign. & l. ubi, hoc tit.* In qua res viri ſuppoſitas, id eſt, obligatas oportet intelligere ex conventione, quia nondum erant tacite ſuppoſitæ, id eſt, licet *l. ubi* ſit Juſtiniani, his Juſtin. nondum dederat tacitam hypothecam mulieribus. Igitur agitur in *l. ubi* de conventa & expreſſa hypotheca, in qua tamen non aliter vult mulierem præferri, quam ſi prior tempore fuerit. Denique non habere niſi privilegium temporis, nec prævenire in hypothecis eiſdem antiquiores, licet præveniat in perſonalibus actionibus. Et hæc quidem ita ſe habuere jure veteri. Hodie mulieris privilegium non tantum vertitur inter actiones perſonales ex noviſſimis conſtitutionibus Juſtiniani: ſed etiam in-

Tom. IX.

A ter actiones reales, ſive directas in rem, & hypothecarias, id eſt, non tantum inter creditores chirographarios, ſed etiam inter hypothecarios. Sed hic rurſus ſeparandæ ſunt res dotales a ceteris rebus, ſive bonis mariti. Primum enim in *l. in reb. hoc tit.* quæ arx eſt hujus quæſtionis, Juſtin. mulieri dedit privilegium in rebus ipſis dotalibus dumtaxat, in eis ſcilicet vindicandis, vel perſequendis actione hypothecaria, ut præponeretur omnibus creditoribus mariti, etiam hypothecariis, & antiquioribus, puta quibus maritus forte antequam uxorem duceret, vel dotem acciperet, obligaverat omnia ſua bona, etiam futura, ergo & res dotales, quas poſtea accepturus eſſet: nam & hæ ſunt in bonis mariti. Hoc ergo privilegium *l. in rebus*, dat tantum in ipſis rebus dotalibus, ſive ut ait æſtimatæ ſint, quarum domi-
B nium proculdubio tranſit in maritum, quaſi ex cauſa emptionis, nam æſtimatio emptio eſt, *l. 5. & 10. hoc tit.* ſive inæſtimatæ ſint, quarum etiam rerum ipſo jure quodammodo maritus intelligitur eſſe dominus, ut oſtendit *d. l. in rebus*. Et velim adjungi huic ſententiæ l. 23. dum ait, *uxorem, quæ vendidit prædium dotale*, dominium prædii acquiſiti marito ex dotis cauſa, non potuiſſe ei auferri per eam venditionem. Et legitur vulgo in ea *l. 23. nihil intereſſe mulier illa, quæ prædium vendidit dotale, ſponte nec ne contractum venditionis ratum habuerit*. Apageſis illud *ratum*, quod etiam non habent veteres: ſed legendum, *ſponte necne habuerit illum contractum venditionis*: nam quid de ratihabitione? Eadem eſt ſententia *l. 22.* ut res, quas ſocer dedit in dotem non poſſit alienare, niſi eas recuperaverit ſoluto matri-
C monio. Et ſimiliter in *l. 17. hoc t.* ſocrum, ſi res quaſdam dederit in dotem, deducto ſibi uſufructu: etiamſi uſumfructum in eis retinuerit, non habere jus auferendæ proprietatis genero vendendique res eaſdem. Ubi etiam in *l. 17.* vel teſte Accurſio, eſt legendum, *res quarum*, non *quas*, *uſufructu ſibi deducto ſocrus in dotem dedit*. Eſt figura, quæ dicitur σύλληψις quam non capeſſentes, mutarunt *quarum* in *quas*, peſſime: Nam eſt frequens hoc in noſtris auctoribus, atque etiam in aliis. Ergo *l. 17. 22. & 23.* oſtendunt, dominium rerum dotalium etiam inæſtimatarum, quæ proprie dicuntur dotales acquiri marito. Sed ad rem. In his igitur rebus dotalibus ſive ſint æſtimatæ ſive inæſtimatæ: In iis, inquam, vindicandis, vel perſequendis actione hypothecaria, quaſi ſuis, vel in iis rebus perſequendis actione hypo-
D thecaria quaſi alienis, etſi non ſuis, ſed obligatis ſibi: (nam rei ſuæ pignus non valet) mulier præfertur omnibus creditoribus etiam antiquioribus. Et liberum eſt ei, vel eas res dotales vindicare quaſi ſuas, (nam & ipſa intelligitur eſſe earum domina) vel etiam eas perſequi actione hypothecaria, quaſi res mariti, non ſuas: Nam & maritus etiam intelligitur eſſe earum rerum dominus. Et promiſcue conjuges ſolent ſe afficere iis nominibus. Mulier maritum ſolet vocare dominum, maritus uxorem vocare dominam. Ergo ex eo intelligitur nihil impedire, quin eandem rem mihi liberum ſit perſequi ut meam, vel ut alienam, ſicut rem legatam licet perſequi, vel actione in rem, vel actione in perſonam, vel vindicatione, vel condictione, *l. 1. inf. Com. de leg.* id eſt, licet mihi dicere cum voluero, volo litem meam alienam
E videri, *l. pen. Quand. ſit app.* Cui in dubium venit quin ſimiliter mihi liceat dicere, volo rem meam alienam videri, & ita condicere rem non ut meam, nam rei ſuæ condictio non eſt, ſed ut alienam. Quod notandum eſt maxime, & addendum ex *d. l. in rebus*, in rebus dotalibus hoc privilegium dari. mulieri perſequendi directa in rem actione, vel hypothecaria: niſi eas actiones amiſerit præſcriptione conſtituti temporis, quod tempus merito lex conſtituit, ut numeretur ab eo die, quo mulieri competere cœperit perſecutio rerum dotalium, id eſt, a die ſoluti matrimonii, morte, vel divortio: vel etiam conſtante matrimonio, ab eo die, quo maritus cœperit labi facultatibus. Quo caſu etiam manente matrim. dos repetitur, *l. ubi, hoc tit. l. ſi conſtiterit, D. ſol. matrim. l.*

mutus, §. 1. *D. de ju. dot.* Ac postremo addit *l. in rebus*, maxime observandum esse ne ficto divortio detur locus. Nam possunt conjuges simulare divortium, vel in fraudem stipulatoris, qui excepit sibi dotem, quam dedit pro muliere in casum mortis, non in casum divortii, ut in *l. 3. inf. de repud.* vel in hoc proposito possent simulare divortium, ut marito nondum everso facultatibus, ipsa mulier quasi facto divortiò præcipiat res dotales, & excludat antiquiores creditores mariti. Denique possunt simulare divortium in fraudem antiquiorum creditorum mariti, ut reipsa manente matrimonio, factoque divortio, mulier seponat res dotales, summotis creditoribus antiquioribus, & parum aut nihil restet ex residuis bonis mariti. Hæc fraus sive simulatio removetur in fi. *d. l. in rebus*, non illa quidem, quam ibi retulit Accursius. Et hæc quidem de rebus dotalibus, ut in eis mulier habeat privilegium, & inter personales, & inter reales actiones. An idem habeat etiam in aliis bonis mariti? Minime, quod jam ante docui. Non habuit in aliis bonis mariti ante *legem ultimam*, *inf. qui pot. in pign. & constitut. tit. seq.* Non habuit, inquam, in aliis bonis mariti tacitam hypothecam, etsi de ea convenisset: in ea non habuit nisi privilegium temporis, per *leg. ubi*, *hujus tit.* Denique in jure pignoris ne ab ipso quidem Justin. in *lege ubi*, mulier potior habita est antiquiore creditore, aut fisco in *l. 21. inf. de privil. fisc.* Verum postea Justinianus *in constit. tituli seq.* quæ est posterior *lege ubi* amplificavit mulierum privilegia, & dedit mulieribus tacitam hypothecam in aliis omnibus bonis mariti, dotium eis conservandarum causa: Postremo in *l. ult. inf. qui pot. in pign. hab.* dedit etiam mulieribus privilegium in eis hypothecis tacitis persequendis, ut præponerentur omnibus creditoribus hypothecariis, etiam antiquioribus, sive haberent tacitam hypothecam, sive (ut Martinus rectius censuit, quam Joannes) haberent expressam hypothecam: Nam *d. l. ult.* manifesto doti postponit omnia credita, omnes hypothecas vetustiores generales vel speciales, tacitas vel expressas. Idque etiam confirmat *Novella 97.* si ad eam recte animadvertamus. Excipitur tantum dos antiquior. Dos antiquior præfertur novæ doti, vel etiam prior solvitur, vel ut dicam solicitius: mortuo patre meo ego prius solvam dotem matri meæ, quam novercæ: nam inter duas dotes servatur ratio temporis: nec dos posterior potest præferri priori, ut *d. l. ult. & Novella 91.* Puto privilegium idem in hypothecis, quod dat *lex ultima*, *inf. qui pot. in pign.* non esse dandum etiam sponsæ, quæ dedit dotem, & non nupsit, vel minori duodecim annis: sed privilegium tantum personalis actionis, ut dixi: nam iis etiam personis dari tacitam hypothecam, & in ea privilegium nusquam reperias. Et privilegia hujus sunt naturæ, ut non possint sine lege extendi vel ampliari. Et male contra opinabatur Joannes hac in re, ut ostendit gloss. supradict. *l. quæsitum*, §. *ult.* Constat etiam mulieres non uti hoc privilegio hypothecæ in persequendo lucro nuptiali, quod capiunt ex donatione propter nuptias mariti. Favet Justin. uxori ne versetur in damno, nec dos ei pereat, non etiam ut lucrum faciat, quod ostendit *d. l. ult. & Nov. 61. & 109.* Puto tamen ex *l. ult. inf. de pact. conven.* dari mulieri tacitam hypothecam, non tantum dotis nomine, sed etiam nomine *παραφέρνων*, id est, nomine eorum bonorum, quæ in mariti domum intulit extra dotem, quæ dicuntur parapherna, & *ἔξωτικά*, & a Gallis peculium, ut ait *l. si ego*, §. *dotis*, *D. de ju. dot.* Quod Gallicum nomen retinent adhuc hodie Vascones, *pecoule*. Et Gallicum nomen usurpavere Romani pro suo vocantes peculium, scilicet parapherna in *l. marit. ad l. Falcid. l. donationes*, §. *species*, *D. de donation.* pro bonis paraphernis, in quibus maritus nihil prorsus habet juris, ut *l. 8. inf. de pact. convent.* quæ etiam loquitur de paraphernis bonis, pro iis etiam bonis lex dat tacitam hypothecam, & in ea etiam privilegium, quod debuerit maritus in eis rebus servandis, proinde atque in dote, quæ est etiam res uxoria, omnem adhibere diligentiam.

Ad L. ult. Cum quidam dotes *pro mulieribus dabant, sive matres, sive alii cognati, sive extranei: recte quidem eas mariti sine monumentorum observatione suscipiebant. Cum autem mulier redhibitionem casus stipulabatur, & hujusmodi fortuitus casus evenisset: ipsa mulier, utpote a se non facta donatione, propter hoc, quod monumenta deerant, necessitatem habebat actiones in hujusmodi casu ad eum, qui dotem dedit, per cessionem transferre, vel ipsas res reddere: & ita inveniebatur forsitan post prolixa matrimonii annorum curricula, & liberos forte editos, infelix mulier indotata. Sancimus itaque in omnibus hujusmodi casibus nullis monumentis rem indigere, sed in omni persona ratas esse hujusmodi donationes: & mulierem ipsam dotem suam habere, (cum furtuitus casus hoc lucrum ei addiderit) & firmiter hoc apud eam permanere, nisi ipse, qui ab initio dotem dedit, sibi dari in hujusmodi casum stipulatus sit. Tunc enim cum neque ab initio suspicio aliqua liberorum concurrit, sed sibi omnem rem ille, qui dotem dedit, pepigerit: hujusmodi tractatus habere locum non potest, atqui in aliis omnibus casibus, in quibus ipse non est stipulatus, tristitiæ suæ mulier hoc proprium habeat solatium per actionem dotis.*

Ad §. Simili quoque modo, *si quis extraneorum, id est, qui eum, pro quo dat, non in potestate habeat, pro alio ante nuptias donationem nupturæ mulieri dederit, & necessaria monumenta adhibuerit: cum excedat summam legitimam donatio, vel non minor materfamilias nuptura sit: non solum ad eam, cui ante nuptias donatio datur, monumenta suam adhibeant firmitatem, sed etiam ad illum, pro quo dedit; ut si lucrum ei ex dotalibus pactis accesserit, hoc non cedat donatori, sed in suum lucrum maritus hoc convertat, firmumq; & irrevocabile habeat: nisi donator & hoc sibi reddi hujusmodi casu fuerit stipulatus, ne & in præfato casu simile anteriori vitium oriatur. Sin autem minor quantitas sit, vel ita res gesta sit, ut monumentorum ex omni parte nulla sit utilitas: tunc & donatio ad utramq; personam valeat, & maritus causam lucretur: nisi & hic donator eam sibi stipulatus sit.*

Ad §. Præterea sancimus, *si quis in dotem vel prædia, vel certum reditum, vel ædes, vel panes civiles spoponderit, vel promiserit: si ex tempore matrimonii biennium transactum sit, illico redituum, vel pensionum, nec non panis civilis quæstum eum præstare, etiamsi non fuerint adhuc res principales traditæ. Et si tota dos in auro sit, itidem post biennium usuras usque ad tertiam partem centesimæ præstari: sin autem aliæ res, præter immobiles, vel aurum fuerit in dotem datæ, sive in argento, sive in muliebribus ornamentis, sive in veste, sive in aliis quibuscumque: siquidem æstimatæ fuerint, simili modo post biennium, & earum usuras ex tertia parte centesimæ currere, æstimatione earum (quia & hoc apertius declarari) oportet ea intelligenda, quæ pro singulis speciebus facta est, vel pro uno quoque genere dotalium specierum, id est pro argento, vel ornamentis, vel veste, vel aliis speciebus, & non esse expectandam post singulas æstimationes unam coadunationem totius calculi: quod satis scrupulosum, & per nimiam subtilitatem perniciosum est. Sin autem minime res mobiles fuerint æstimatæ: ea post biennium observari, quæ leges post litem contestatam pro omnibus hujusmodi rebus definiunt. Sin vero res permixtæ fuerint, & partim in auro, partim in aliis rebus mobilibus, vel immobilibus, pro jam facta divisione omnia procedere: licentia minime deneganda marito, quando voluerit, dotem petere. Nec is, qui debet, putet sibi licentiam esse, reditus, vel pensiones, vel usuras, vel alias accessiones solventi, dotis solutionem protelare, sed sive ante biennium, sive postea voluerit, dotem pars mariti petere queat, & secundum leges eam exigere.*

INterpretanda est nobis lex ultima tituli duodecimi, antequam accedamus ad tit. 13. Continet enim multa nova, & perutilia, & quæ usui forent tit. 13. nec possum eam l. sine pernicie prætermittere. Tribonianus sane fuit maximus J.C. hæc laus ei eripi non potest, idq; ostendunt omnes leges, quæ ab eo editæ sunt sub nomine Justiniani. Nam plenissimæ sunt eruditionis, & prudentiæ legitimæ, quamobrem sub omnibus auctor, ut omnes

Ju-

Justiniani constitutiones perlegant, diligenterque perscrutentur. Cum quærit de insinuandis donationibus, separandæ sunt donationes propter nuptias a dotibus, quam veteres J.C. etiam dotes numerarint inter donationes, ut ait *l. 1. §. ult. sup. de don. ante nupt.* Nam donationes propter nuptias si excedant 500. aureos, non valent sine actorum, sive monumentorum publicorum insinuatione, & scriptura, nisi fiant mulieribus minoribus 25. annorum, in *l. 17. & l. ult. §. simili, sup. de don. ante nuptias, l. sancimus, §. alias, infra, de donat. ante nuptias*, & in hac *l. ult. §. simili, & in l. 3. & ult. C. Theod. de spons.* Dotes autem non insinuantur, licet excedant summam 500. aureorum, quia contractus potius sunt, quam donationes, nempe pensationes onerum matrimonii, atque ideo dicuntur repensatrices a Martiano Capella, id est, dotes. *Num*, inquit, *repensatrix data?* id est, dos. Et hoc jus semper obtinuit, ut dotes non insinuarentur actis, sive gestis publicis. Et ideo si extraneus (quo nomine & in hac *l. ult.* & in *tit. seq. §. extraneum*, significatur quicunq; mulierem in potestate non habet) si, inquam, extraneus pro muliere dotem det, eam maritus accipit recte sine insinuatione, & proscriptione publica. Sed si extraneo proroganti dotem pro muliere animus fuerit donandi mulieri (quem utique videtur habuisse, si eam dotem sibi non receperit in casum morte soluti matrimonii, id est, si eam non exceperit sibi) tunc quia ex parte mulieris donatio est, sane ea donatio, si excedat summam 500. aureorum constitutione definitam, videtur non valere, nisi insinuata fuerit. Et ideo secundum hoc jus, quod olim obtinuit, si mulier, pro qua extraneus dotem dedit, stipulata sit a marito post mortem ejus dotem sibi reddi, quæ stipulatio valet, quia dotem dedisse videtur mulier, quam alius pro ea dedit, id est, sive ea dederit, sive alius pro ea, *l. ex morte, §. ult. inf. de pact. convent.* & deinde moriatur maritus, solvaturque matrimonium morte mariti, & is, qui dedit dotem pro muliere, contendat inutilem esse donationem, quam fecit mulieri dotandæ ejus gratia, quod scilicet non fuerit insinuata; sane necesse erat mulieri ob defectum insinuationis, quasi donatione irrita, donatori cedere actionibus suis, donatori cedere repetitionem dotis, quæ ei competit adversus heredes mariti, vel necesse erat eidem reddere res dotales, si mulier egisset ex stipulatu (nec eum agentem heredes mariti repellere possunt) & recuperasset res dotales. Nam ubi non intervenit insinuatio, donator potest repetere res donatas, ut significat *l. ult. inf. de donat.* vel etiam vindicare, ut indicat *l. 38. quæ est Græca, sup de episc. & cler.* Et hæc quidem ita se habent in casu proposito, ut licet dos, quæ datur marito, non indigeat insinuatione: donatio tamen, quæ fit mulieri dotis constituendæ causa, non valeat sine insinuatione. Denique ut possit revocari a donatore, vel condictione, vel vindicatione. Verum hæc constitutio Justiniani abrogat jus vetus, & constituit specialiter, ut donatio ab extraneo facta mulieri dotis constituendæ gratia, si eam sibi extraneus non receperit, ac proinde si eam plane donarit mulieri, non indigeat insinuatione. Denique ex hac lege ultima donatio facta mulieri dotis constituendæ causa non insinuatur, licet excedat summam legitimam, *Gloss. in l. pen. inf. de don.* colligit septem casus, quibus donationes non desiderent insinuationem: iis addendus est octavus *ex hac lege ult.* Dos igitur, quam extraneus dedit pro muliere, habens animum donandi mulieri, mortuo marito repetitur a muliere, & permanet apud eam, nec potest ullo modo revocari a donatore, licet non intervenerit insinuatio. Permanet etiam apud mulierem lucrum, quod ei obtigit ex morte mariti in donatione propter nuptias. Denique mulier lucratur *casum*, ut lex loquitur, & *casum* vocat simpliciter *casum dotis*, id est, dotem, quæ cadit reditque ad mulierem cadente marito, & non tantum casum dotis, ut in *Novella* 123. sed etiam casum lucri ex donatione propter nuptias, quod secundum pacta conventa instrumento dotali mulieri contingit in

A casum mortis mariti. Et ita e contrario dicimus casum donationis propter nuptias, & lucri dotalis, quod obvenit viro secundum pacta conventa, mortua in matrimonio uxore. Et omnino posteriores videntur appellasse casum omnem mortis causa capionem, id est, quodcumque ex causa mortis alterius nobis obvenit. Et ita dicimus casum ἀπαιδίας, vel casum mortis liberorum in *Novella* 22. & 68. lucrum, quod ad parentem redit ex dote, vel ex donatione propter nuptias ex morte filiorum. Et similiter dicimus casum militiæ in *Novella* 53. & 97. Gallice, *le vacant*. Cum quis miles, id est, officialis moritur, *le vacant est a ses heritiers*, id est, lucrum quod datur vice solatii mortuo milite palatino debetur ejus heredibus, idque lucrum appellatur casus militiæ. Et Græci quoque legitimam portionem solent appellare casum,
B cum definiunt casum hoc modo, ut sit μέρος νομιμὸν, id est, *legitima portio*; & μέρος τέταρτον, id est, *quarta pars*. Igitur casus nomen mortem significat, & lucrum ex morte alterius, triste lucrum. Et ita in his locis hujus legis ultimæ est legendum: *Cum autem mulier redhibitionem casus stipulabatur*, id est redditionem dotis, & lucri nuptialis moriente marito. Et paulo post ita legendum est: *Actiones hujusmodi casus, actiones ad persequendum casum*. Et paulo post legendum: *Sancimus itaque in omnibus hujusmodi casibus*. Et in sequentibus ita legendum est: *Sibi dari hujusmodi casum stipulatus sit*, non *in hujusmodi casu*. Et in §. simili similiter legendum: *Nisi donator, & hoc sibi reddi hujusmodi casum*, non *casu stipulatus sit*. Et in fine ejusdem §. *maritus casum lucretur*. Ergo secundum ea, quæ posuimus, etiamsi ea dona-
C tio dotis facta mulieri ab extraneo actis non fuerit insinuata, revocari non potest, nisi donator sibi eam dotem, quam dedit pro muliere, receperit stipulando, vel paciscendo eam sibi reddi soluto matrimonio, quæ dicitur dos receptitia, *l. mortis, §. sed & dos, D. de donat. caus. mort.* & in lib. sing. reg. tit. *de dot. Ulp.* (nam hodie constat fragmenta, quæ dicuntur Ulpiani esse librum singularem) Formula hujus stipulationis erat, *dotem reddi*. Et inde ratio dubitandi ad *l. 8. hujus tit.* Extraneus dando dotem pro muliere, eamque sibi excipiendo in casum soluti matrimonii, non est usus hujus formulæ verbis: *dotem sibi reddi*: sed dixit, *ut quæ dedisset in dotem pro muliere, se sequerentur, vel ad se pertinerent*. An ideo minus utilis est stipulatio, quod formula stipulationis non sit observata? Minime, quoniam
D sensum potius spectamus, quam verba in contractibus, qui ita hoc vel illo modo stipulando, vel etiam paciscendo initio dandæ dotis ex continenti, ac similiter stipulando ex continenti, quoniam ex post facto nihil ageret: Ita ergo dicendum est, qui ita sibi recipit dotem, non videtur voluisse donare. Et notandum est hac in re esse differentiam inter extraneum & patrem. Nam extraneus sibi recipit dotem stipulando, vel paciscendo ex continenti initio dandæ dotis, *l. ob res, §. 1. de pact. dot. l. 24. hoc tit.* Pater autem dotem, quam dat pro filia, sibi recipit stipulando. Nam paciscendo, nisi adhibeat stipulationem, nihil agit. Hæc differentia proponitur in *l. via, hoc tit.* Et ratio differentiæ hæc est: quia cum patris officium sit filiæ dotem constituere, & conservare, *l. ult. sup. de dotis promiss.* non quolibet pacto potest
E eam in se transferre, etiamsi fiat ex continenti. Stipulatione opus est facta similiter ex continenti: & hæc quidem de dote. In §. *simili* idem ostenditur pene observari in donatione propter nuptias, quam scilicet pro viro extraneus offert mulieri majori 25. annor. si excedat 500. aureos, nam ea insinuanda est donatio. Sed insinuatio, quæ intervenit, proficit non tantum mulieri, sed etiam viro, vel lucra conventa ferat ex dote mortua uxore, & repetat donationem propter nuptias cum eadem exceptione, nisi extraneus eam sibi receperit, quæ etiam potest dici donatio propter nuptias receptitia. Additur etiam hæc exceptio, quia extraneus, qui recipit .i. qui excipit sibi donationem propter nuptias, quam offert pro marito: plane ostendit, scilicet viro res in eam donationem

collatas, donatas nolle. Quod si ea donatio propter nuptias non indigeat insinuatione, ut si non excedat supradictam summam: vel si facta sit mulieri minori 25. annorum, donatio valet tam ex parte viri, quam ex parte uxoris, si modo extraneus eam sibi non receperit, ut scilicet vel maritus, vel uxor lucretur casum, quoniam uterque contulit quod debuit: mulier dotem, vir donationem propter nuptias, quam pro eo ultro & benigne contulit in mulierem extraneus. Et hæc est sententia §. *simili*. Deinde in §. *præterea hujus l.* corrigit etiam Justin. jus vetus favore dotium. Jure veteri dotis promissæ per stipulationem, vel per pollicitationem usuræ non debentur citra stipulationem, *l. 2. sup. de dot. promiss.* quoniam dos, quæ promissa est, ut dixi, stricto judicio debetur, & in strictis judiciis usuræ non veniunt sine stipulatione, in *l. 3. sup. de usur. l. Titius, ff. de præscrip. verb. l. qui negotia, ff. mand.* Neque enim ut actio ex stipulatu, quæ datur mulieri repetenti dotem soluto matrimonio, hodie est bonæ fidei ex titul. sequent. ita etiam actio ex stipulatu, quæ datur marito petenti dotem promissam, est bonæ fidei. Non est hæc etiam bonæ fidei, sed stricta. Quod tamen Accursius in *gl. l. de divis. D. sol. matr.* non inspexit. Cum ergo sit stricta secundum regulam juris, in eam non veniunt usuræ dotis citra stipulationem. Hoc mutat Just. in §. *præterea*. Et vult ut usuræ dotis promissæ marito debeantur ipso jure sine interpellatione, quasi mora fiat in rem post cessationem biennii, id est, si post dotem promissam, & nuptias secutas in ea solvenda promissor traxerit biennium. Et ita evenit in casu *l. 3. §. nonnunquam, D. de usur.* ut in strictis judiciis favore pupillaris ætatis ipso jure veniant usuræ. Sed hac in re utitur Justinianus accuratissima distinctione rerum, quæ promittuntur in dotem: distinctio hæc est: aut res, quæ promittuntur in dotem mobiles sunt, ut aurum, & argentum, aut res immobiles. Rebus immobilibus adnumerat panes civiles. Nam ut supra dixi in *l. hac edictali, de secund. nupt.* ædibus debebantur panes civiles, aut possessoribus propter ædes, quas habitabant, non personis. Basil. addunt in hoc §. etiam mancipia rustica, ut *dict. §. his illud, & l. jubemus, sup. de sacr. eccles.* Nam & hæc mancipia pars sunt rerum immobilium, id est, fundorum. Et quod valde notandum est hic §. etiam immobilibus adnumerat reditus certos atque pensiones, quæ ex rebus immobilibus rediguntur. Et hoc jure utimur: *Toute rente est immeuble, soit qu' elle soit fonciere, ou constituée a prix d'argent. rentes fonciere, c' est*, cum traditur fundus ea lege, ut pensites mihi certos reditus quotannis: *constituee a prix d'argent*, cum dato certo pretio, ego in toto fundo mihi comparo certum reditum. Et hic reditus potest redimi a domino fundi, *non pas une rente fonciere.* Uterque tamen reditus, etiam ille, qui potest redimi antequam redimatur, adcensetur rebus immobilibus. Nec est alius locus in jure, qui dicat id præter hunc §. Ergo summa de rebus immobilibus est: & post biennium rerum immobilium omnes fructus quæstus marito debentur, cui non est soluta dos intra biennium. Quod si aurum datum sit in dotem, ut hujus auri indistincte, sive æstimatum fuerit, sive non, veluti si vasa aurea data sint, ut post biennium hujus auri debeantur marito usuræ trientes, quæ *est au denier vingt & cinq.* Sed si in dotem datæ sint res mobiles, vel argentum, non aurum, aut ornamenta muliebria, vel vestes, ut Strabo scribit de moribus Massiliensibus, maximam dotem fuisse aureos centum, & in vestimenta aureos quinque, & in mundum muliebrem quinque. Atque ita etiam vestes, quæ dabantur mulieri, & ornamenta muliebria, *ioyaux* computabantur in dotem. Videndum autem est, utrum hæ res æstimatæ fuerint, an non. Si enim æstimentur, æstimandæ sunt singulæ separatim, & æstimationis cujusque post biennium sunt marito solvendæ usuræ trientes, numerato biennio a die æstimationis cujusque rei. Plerunque multis diebus opus est in ponenda æstimatione rerum dotalium, in vocandis arbitris, & æstimatoribus, in perpendendis pretiis cujusque rei. Ideo usuræ trientes currunt a die æstimationis cujusque rei, non a die summæ

A summarum, ne scilicet tarditas consummationis summæ summarum, ut Plautus loquitur, sit fraudi mariti, quod prudenter Justinianus constituit in hac lege. Sed si sint inæstimatæ, non admittit earum usuras, sed vult servari jus commune, ut post litem contestatam veniant fructus rerum inæstimatarum tantum, & omnis causa, non etiam usuræ, ut *l. videamus, §. si actionem, ff. de usur. l. 8. D. de re jud.* Etiam notandum est valde, quod est in extremo hujus legis, nec reperitur alibi, non repelli creditorem petentem sortem, si paratus sit debitor solvere usuras, reditus, vel pensiones annuas, non auditur scilicet debitor, si dicat, ne me cogas solvere sortem, perseverantem in usuris persolvendis, nec detrectantem earum solutionem. Nam cum volet creditor, suum exiget: nec excludetur oblatione usurarum.

B

AD TITULUM XIII.

DE REI UXORIÆ ACTIONE IN EX STIPULATU actionem transfusa, & de natura dotibus præstita.

Ad L. I. Rem in præsenti non minimam *aggredimur, sed in omni pene corpore juris effusam, tam super rei uxoriæ actione, quam ex stipulatu; earum communiones, & differentias resecantes, & in unum tramitem ex stipulatu actionis totum rei uxoriæ jus, quod dignum esse valere censemus, concludentes. Rei uxoriæ itaque actione sublata sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scri-*
C *pta fuerit stipulatio, sive non, ut intelligatur reipsa stipulatio esse subsecuta. Eodemque modo etsi inutiliter facta est stipulatio, adjuvari enim eam magis, quam evanescere oportet. Si enim cum una in instrumento stipulatio valida inveniatur, aliis etiam inutilibus, suam noscitur præstare fortitudinem: quare non ex nostra lege hujusmodi stipulationibus robur accedat legitimum. Est enim consentaneum nobis, qui censemus ubi stipulatio supposita non est, intelligi eam fuisse adhibitam: & multo magis etiamsi inutilis, validam eam effici.*

HIC titulus est etiam de jure dotium, ac præcipue de repetitione dotis, quæ mulieri competit soluto matrimonio: non de repetitione donationis propter nuptias, quod miror tentasse Ac-
D cursium. Favorabilior est causa dotis. Et verum quidem est, quod ait *lex in multis 9. ff. de stat. hom.* in multis articulis juris, deteriorem esse conditionem feminarum, quam masculorum: sed in causa dotium certe melior est conditio feminarum, quam masculorum. Nam quæ data sunt dotibus, non etiam simul omnia concessa sunt donationibus propter nuptias. Repetendæ igitur doti certæ (incerta enim nulla est dos, *l. 1. sup. de dot. pro.*) & constitutæ olim erant proditæ duæ actiones: ut non male Justin. *l. ult. sup. tit. prox.* plurativo numero dixerit actiones (nam & casus plurativus dualem complectitur) cum scilicet nondum ex duabus actionibus fecisset unam, quod fecit in hoc *tit.* 13. Et alia quidem erat actio rei uxoriæ, quæ erat actio bonæ fidei: alia actio ex stipulatu ad repetendam dotem, quæ erat stricta, videlicet si,
E ut fieri plerumque solebat, in danda dote intervenisset stipulatio dotem reddi. Melior certe est, & utilior, & commodior actori actio stricta, quam bonæ fidei, licet aliud sentiat *gl. in l. si cui legetur, §. ult. ff. de leg. 1.* tum quod in judiciis bonæ fidei libera sit potestas judicis statuendi de re, qua de agitur *§. in bonæ fidei, Instit. de action.* atque adeo periculosum sit suam rem committere arbitrio judicis. In strictis autem judiciis formula judicem constringit. Tum etiam, quod si actio stricta melior non esset actori, contractus bonæ fidei, ut fit, non concluderentur, non confirmarentur, non sepirentur verbis stipulationis. Ergo melior est actio stricta actori, quam bonæ fidei. Et ob id olim erat frequentior stipulatio, dotem reddi. Actio rei uxoriæ etiam dicitur arbitrium rei uxo-

uxoriæ, ut arbitrium tutelæ, arbitrium pro ſocio, quod ejus judicii poteſtas omnis ſit in arbitro ſive judice dotis reciperandæ, & hic modo judex dicitur, modo arbiter, *l. Titia, ff. de ſol. l. 1. ff. de pact. dot. l. ſin autem, §. pen. D. de rei vindic.* Boetius in Topica Ciceronis, Judicium rei uxoriæ eſſe ait, quoties poſt divortium de dote contentio eſt. Recte. Nihil enim aliud eſt res uxoria, quam dos, quæ tametſi in bonis mariti ſit, tamen mulieris eſt, *l. quamvis, D. de jur. dot.* Apud Suidam ita legitur ῥευσόρια, quod videtur eſſe res uxoria, apud Romanos, inquit inter virum & uxorem ſucceſſio eſt, vel hereditas mutua: ῥευσόρια ἡ μὲν ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς ἀλληλοκληρονομία. Quid eſt ἀλληλοκληρονομία? eſt conventio mutuæ ſucceſſionis, cum duo inter ſe paciſcuntur, ut qui ſupervixerit alteri heres exiſtat, quæ conventio reprobatur legibus, quod heres fiat teſtamento, non pacto, niſi inter commilitones, in ipſo procinctu, *l. licet, ſup. de pact. l. 4. inf. de inutilib. ſtipul.* quas leges duas Harmenop. poſuit ſub tit. περὶ ἀλληλοκληρονομίας, id eſt, de mutua ſucceſſione. Sed ut dixi, huic rei, ſive conventioni mutuæ ſucceſſionis non convenit rei uxoriæ nomen. Vel ἀλληλοκληρονομία eſt cum vir & uxor ſe in eiſdem tabulis mutuo heredes ſcribunt, quod & alii quilibet jure efficere poſſunt, ducti affectione mutua, *l. captatoria, D. de hered. inſtit. & Novel: Valent. de teſt.* Sed hoc quoque non ſignificat rei uxoriæ appellatio. Nec puto latine uno nomine hanc, vel illam ἀλληλοκληρονομίαν ſignificari poſſe. Quamobrem, ut Græci ſolent quæcunque latine efferunt, efferre depravate: ita exiſtimo Suidam depravato illo nomine ῥευσόρια ſignificaſſe ea, quæ dicuntur repotia, quo verbo ſignificatur dies poſt nuptias, quo ſe vir & uxor mutuis conviviis afficiunt, & ſe invicem invitant ad epulas una cum cognatis, & quaſi reficiunt compotatione. Nam & in gloſſis veterum ea repotia invenio corrupte dici reperidia hoc modo: reperidia, ἡ τρίτη τῶν γάμων ποδοστροφία .i. *tertia a nuptiis comeſſatio.* Itaque vere affirmabo apud Suidam eſſe legendum, qui voluit interpretari, quæ eſſent repotia, non ἀλληλοκληρονομία, ſed ἀλληλοκλητώρια: Invitationes enim ad cœnam Græci vocant κλητώρια, ut apud Cedrinum ſæpe, & duobus locis corrupte κλητόρια, pro κλητώρια. Et hoc valde confirmat Acron integer in Horat. his verbis: *Repotia*, inquit, *dicuntur dies, qui ſequuntur nuptias, quoniam mutuis conviviis ſeſe frequenter invitant, quæ Græce ποδοστρόφια, aut mutuæ invitationes dicuntur.* Sed pergamus. Cum duæ propoſitæ eſſent actiones dotis recuperandæ gratia, poſt diſſolutionem matrimonii, rei uxoriæ, & ex ſtipulatu, ſane multæ & variæ inter eas actiones erant differentiæ; & longa ex earum inter ſe communitate, aut differentia diſputatio, quæ diffuſa erat in corpore juris, ut ait Juſtinian. initio hujus *tit.* Corpus juris vocans jus publicum, plebiſcita, leges, conſtitutiones, reſponſa prudentium, ut Livius libro tertio, *adjectis duabus tabulis abſolvi poſſe velut corpus omnis Romani juris.* Et Leo in Novell. 1. vocat τῶν νόμων σῶμα, corpus juris, legum corpus, ut Homeri corpus, in *l. librorum 52. §. ſi Homeri, ff. de legat. 3. il faut dire, un corps de droit, non paſs un cours.* Juſtinianus autem nos levat hac conſtitutione onere diſputandi de communitate, vel differentia actionum inter ſe, ſublata actione rei uxoriæ, & retenta ſola actione ex ſtipulatu de dote recuperanda, in eamque translatis iis, quæ erant in actione rei uxoriæ accommodatiora dotibus, & propriora, eaque ipſa actione ex ſtipulatu, ad dotem repetendam ſcilicet, tantummodo bonæ fidei effecta, non quod melior ſit actio bonæ fidei, quam ſtricta: quin potius, quod tum plenior eſſet actio ex ſtipulatu de dotibus cum erat ſtricta, ut in *§. fuerat, inſtitut. de actio.* & in *hoc tit.* eam ut erat plenior magis retinendam eſſe cenſuit, atque eo amplius augendam titulo, jureque bonæ fidei actionis, confuſa utriuſque actionis poteſtate, utique meliore, & dotibus ſervandis accommodatiore in actionem unam. Ac præterea vult ſtatim ab initio hujus conſtitutionis Juſtinianus, ſemper dotem repeti actione ex ſtipulatu ſoluto matrimonio, licet

A nulla ſtipulatio intervenerit, quaſi ex ſtipulatione tacita. Sicut in aliis quibuſdam cauſis legimus induci tacitas ſtipulationes, & omiſſa ſtipulatione, agi tantum ex ſtipulatu utili, *l. his verbis, ff. de adopt. l. pecuniæ, D. de adim. leg.* Igitur, etiamſi non intervenerit ſtipulatio *dotem reddi*, intelligitur interveniſſe. Unde conſequens eſt, ut ſi ſtipulatio intervenerit, nihil interſit jure legitimo, & ſolemniter interpoſita ſit, necne, utilis ſit, necne: Nam qui poteſt non interpoſitam ſtipulationem habere pro interpoſita, poteſt & inutiliter interpoſitam corroborare, ut argumentatur Juſtinianus, & habere pro utili: ejuſdem eſt, quod factum non eſt, habere pro facto, & quod factum eſt inutiliter, quod eſt ſimile non facto, habere pro facto utili. Argumentum eſt a comparatione, a pari, non a majori, ut gloſſ. vult, &

B laudo quod Azo notavit in hunc locum: *Nota*, inquit, *argumentum a ſimilitudine, vel inductione, quo plurimum uſus eſt Socrates in ſuis ſermonibus, ut eſt in Topicis Marci Tullii.* Neque vero hoc novum eſt, ut ſubveniatur ſtipulationi inutili per ſtipulationem, cum & in conventionibus, ut ait, ſi in uno inſtrumento duæ ſint, vel plures ſtipulationes, & ex eis alia ſit utilis, alia inutilis, tantum abſit, ut vitietur utilis per inutilem, *l. 1. §. pen. ff. de verb. obligat.* ut per utilem potius confirmetur inutilis, quod ex veterib. Juriſconſultis haud dubie ſumpto exemplo hic nobis Græci expoſuere recte: Exemplum eſt ejuſmodi: Poſt mortem meam ſi ſtipuler mihi dari, inutilis eſt ſtipulatio jure veteri, *§. poſt mortem, Inſtit. de inutil. ſtipul.* Aliud dicemus ſi quis ita ſit ſtipulatus: Promittis poſt biennium mihi dari, ſive vixero, ſive mor-

C tuus fuero? Ex caſu utili, ſi vixero, ſuccurritur caſui inutili, ſi mortuus fuero. Idcirco etiam poſt mortem finito biennio valebit ſtipulatio, quod potuerit etiam ab ipſo ſtipulatore incipere, ſi vixiſſet completo biennio. Sic igitur in hac ſpecie pars ſtipulationis utilis ſuſtinet partem alteram, quæ per ſe fuiſſet inutilis. Idem evenit in mandato tua gratia, ſi quid tibi tua gratia, *a voſtre profit* mando, non naſcitur mandati obligatio, *§. tua, Inſt. de mand.* ſed ſi tua & mea gratia, vel tua & aliena, omnimodo valet mandatum, & altera pars mandati opem fert alteri, *l. 2. D. mand.* Et ad eundem modum Seneca libr. 6. de benef. *multum intereſt*, inquit, *beneficium det quis ſua gratia, an noſtra, an ſua & noſtra.* Idem etiam evenit in auctoritate, quæ præſtatur pupillis negotium gerentibus, *l. 1. §. 1. D. quod fal. tut. auct.*

D Si falſo tutore auctore geſtum ſit negotium cum pupillo, non valet quod geſtum eſt: ſed is, qui contraxit cum pupillo, habet adverſus falſum tutorem reſtitutionem in integrum, ex illo edicto quod falſo tutore auctore geſtum ſit, ſive actionem reſtitutoriam in id, quod intereſt, quod ſi quid geſtum ſit, adhibito tam falſo, quam vero tutore, valet quod geſtum eſt: nec ex eo edicto tenetur falſus tutor: propter verum tutorem falſus tutor ſervatur indemnis, *d. l. 1. §. 1. D. quod fal. tut.* Et ita hic locus hujus conſtitutionis explicandus eſt. Apageſis gloſſa in illum locum, *fortitudinem*, quæ ut obiter hoc admoneam, male efficit inter cetera ex *l. cum quidam, D. de his, quibus ut indig.* inutile teſtamentum vitiare utile, quod eſt falſiſſimum. Prius teſtamentum non rumpitur poſteriore, niſi poſterius ſit utile, & jure perfectum, *§. poſteriore, Inſtitut. quib.*

E *modis teſtam. infirm.* Neque *d. l. cum quidam* hoc probat, inutile teſtamentum vitiare utile. Nam ſpecies hæc eſt, eum, qui fecerat juſtum teſtamentum, deinde aliud feciſſe, inque eo ſcripſiſſe heredes incapaces, quod natand. Igitur poſterius non alio laborabat vitio, quam quod in eo erant ſcripti heredes incapaces, cum quibus non erat teſtamenti factio. Lex non dicit poſterius teſtamentum, quod eſt inutile, vitiare prius. Manet enim prius firmum & incorruptum, ſed fiſcus primis heredibus aufert hereditatem, quaſi indignis, quando habuerunt ſupremam voluntatem defuncti, quodque defunctus videatur eos exiſtimaſſe indignos, qui eis prætulit incapaces. Non cuilibet heredi habenti ſupremam voluntatem defuncti aufertur hereditas quaſi indigno: ſed ei tantum,

cui

cui defunctus, quantum in ſe fuit prætulit incapacem. Idem Accurſius male tentat ex *l. 1. ff. de adim. leg.* utile legatum non confirmare inutilem ademptionem. Quod fatebor quidem, & utcumque dicam colligi ex *d. l. 1.* dum ait, *eum qui legavit actum*, quo nomine continetur iter & via fruſtra adimere iter, cum actus non poſſit eſſe ſine itinere, nec invenietur actus ademptus. Id ex ea ſpecie utcumque colligo, quod proponit Accurſ. & interim fateor legati dationem non confirmare ademptionem. Hoc enim natura abhorret, ut datio confirmet, quod dationem evertit. Datio legati, vel repetitio confirmat dationem legati inutilem, *l. legata inutiliter, ff. de leg. 1. & l. leg. inutil. ff. de adim. leg.* Datio, ut corroboret ademptionem, quæ dationi contraria eſt, non patitur.

Ad §. Et ut plenius dotibus *ſubveniatur, quodammodo in adminiſtratione pupillarium rerum, & in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas ineſſe accipimus: ita & in hujuſmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, ſive ex parte mariti pro reſtitutione dotis, ſive ex parte mulieris pro ipſa dote præſtanda, vel rebus dotalibus evictis, ſive ipſæ principales perſonæ dotes dederint, vel promiſerint, vel ſuſceperint, ſive aliæ pro his perſonæ: & dos ſive adventitia, ſive profectitia ſit, ſecundum veteres juris nominationem. Ita enim & imperitia hominum, & ruſticitas nihil eis poterit afferre præjudicium: cum nos illis ignorantibus, & neſcientibus in hoc caſu noſtram induxerimus providentiam. Sicut n. & ſtipulationes, & hypothecæ ineſſe dotibus intelliguntur, & inutiles ſtipulationes emendantur: ſic & in poſterum cauſa invenietur valida & perfecta, quaſi omnibus dotalibus inſtrumentis a prudentiſſimis viris confectis. Et nemo putet, nos hoc ſancire in his tantummodo dotibus, quæ inſtrumentis receptæ ſunt. Nihil enim prohibet, & ſi ſine ſcriptis dos vel detur, vel promittatur, vel ſuſcipiatur: ſimili modo intelligi factam ſtipulationem, & hypothecam ex utraque parte, quaſi fuerit ſcripta. Et natura quidem ex ſtipulatu actionis hæc intelligatur, re uxoria in poſterum ceſſante.*

Ad §. Sed etſi non ignoramus *ex ſtipulatu actionem ſtricto jure eſſe vallatam, & non ex bona fide deſcendere, tamen quia novam naturam de dote ſtipulatio ſibi invenit: accommodetur ei natura rei uxoriæ, & bonæ fidei beneficium, & omnes quidem eventus, quos dos ex ſtipulatu habet, maneat pro ſua natura exercens. Si quid autem optimum ex rei uxoriæ actione invenimus, hoc in præſenti ſpecialiter ei addimus: ut ſit & nova iſta ex ſtipulatu, quam compoſuimus, & non propria tantum, ſed etiam veteris actionis pulcritudine decorata.*

IN hoc §. Juſtinian. dum ſatis non habet dotium mulieribus ſervandarum cauſa induxiſſe tacitam ſtipulationem: initio hujus conſtitutionis, etiam inducit tacitam hypothecam, ut ſcilicet, pro dote mulieris profectitia, vel adventitia, nihil refert (hanc dat extraneus pro muliere, id eſt, adventitiam: illam parens, in cujus poteſtate eſt puella) ut inquam pro omni dote bona omnia mariti ſint tacito jure pignori obligata, eaque ut perſequi poſſit, actione hypothecaria; ſi ſoluto matrimonio dos ei non reddatur, reſtituatur: recte, ut in *l. ult. inf. qui pot. in pign.* Et hoc novum eſt minus, quam illud de tacita ſtipulatione: Nam in multis aliis caſibus juſta præſumptione, ut ait *l. ult. inf. in quibus cauſ. pig. tacit. contr.* κατὰ πρόληψιν: introductæ ſunt legibus tacitæ hypothecæ, ut in bonis tutoris favore pupillorum, quorum bona adminiſtravit, vel adminiſtrare debuit, *l. pro officio, inf. de adm. tut. l. 1. ſup. rem al. ger. non interd. re. ſuar.* Et in bonis parentis favore liberorum prioris matrimonii, quibus ſervanda ſunt bona, quæ ad parentem ſuperſtitem pervenerunt a defuncto parente, *l. hac edictali, §. pen. ſup. de ſec. nupt.* Et in bonis teſtatoris legatorum, aut fideicommiſſorum nomine, favore ultimæ voluntatis, *l. 1. inf. com. de leg.* Et in contractibus argentariorum, ex edicto Juſtin. 7. & in pleriſque aliis caſibus, qui proponuntur in ſuprad. *tit. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tac. contrah. ff. & C.* Et hanc igitur tacitam hypothecam pro dotibus Juſtin. dedit, ut ipſe ait, etiam invitis mulieribus, & ignorantibus, ſicut jure civili conſtitutum eſt, inviti, & ignorantis meliorem conditionem fieri poſſe, veluti ſolvendo pro alio, vel fidejubendo, *l. ſolvere, ff. de ſolut. l. 30. ff. de fidejuſſ. quæ ſunt conjungendæ.* Si privatus inviti & ignorantis meliorem conditionem facere poteſt, & Princeps igitur, ut in hac ſpecie, ultro data tacita hypotheca, atque etiam intellecta tacita ſtipulatione, & tacita cautione. Et quidem Juſtin. non tantum pro dote dedit tacitam hypothecam, ſed etiam pro paraphernis, id eſt, pro aliis bonis mulieris extra dotem, quæ pertulit domum viri, contulitve in manum viri: nam & pro his rebus Juſtin. dat tacitam hypothecam in rebus mariti, *l. ult. tit. ſeq.* Unde eleganter ait Juſtin. in *hoc §.* cum ipſe ſatis abundeque proſpexerit dotibus pro eis tacito ſenſu admiſſa ſtipulatione & hypotheca: Jam igitur in dictandis dotalitiis cautionibus non eſſe opus Juriſconſ. ſe dotibus ſervandis addidiſſe catenas, nec eſſe opus nodoſo Juriſconſulto, ut utar verbis Horatii *l. 2. ſerm. 3. Satyr.* . . . . *Adde Cicutæ.*

Nodoſi tabulas centum, mille adde catenas:
Effugiet tamen hæc ſceleratus vincula Protheus.

Juriſconſulti eſt addere catenas, id eſt, cautiones, & vincula obligationibus. Et ob id nodoſus dicitur, quod adhiberetur vinciendis omnib. obligationib. & firmandis ſtipulationibus. Ovidius epiſtola Acontii ad Cydippen:

Dictatis ab eo fecit ſponſalia verbis:
Conſultoque ſui juris amore vafer.

Et 1. Amor. eleg. 13.

Atque etiam ſponſum conſulti ante atria mittis,
Unius ut verbi grandia damna ferat.

Illud verbum eſt ſpondeo, & inde in antiquo titulo monumenti cujuſdam jubetur facere Juriſconſultus his verbis: *Dolus malus abeſto, & Juriſconſultus; in hoc monumento jus aditus, ambitus libertis, libertabuſque meis pateat. Seſterium mille dato ad ſacrificia facienda quoties opus erit:* Jubetur etiam faceſſere Juriſconſult. a teſtamento elegantiſſimis verbis, & memoriæ inſigendis in *l. pen. §. ult. ff. de leg. 2. L. Titius* (hæc ſunt verba) *hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo Juriſperito, rationem animi mei potius ſequutus, quam miſeram, & nimiam diligentiam,* quam *l. poſtumus, ff. de inju. rup.* vocat *juris ſcrupuloſitatem, nimiamque ſubtilitatem.* Ille teſtator, ut cœpi dicere, nec peregi, ita dixit, *Lucius Titius,* &c. deinde addit, *& ſi minus aliquid legitime, minuſve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas:* quæ verba efficiunt, ut teſtamentum illud non valeat ut juſtum teſtamentum, ſed ut codicilli. Hodie igitur & a dotibus quodammodo faceſcere jubetur Juriſc. cum eis ſatis proſpexerit Juſtinianus ipſe, inducta cautione tacita, tam in rem, quam in perſonam, id eſt, ſtipulatione tacita, & tacita hypotheca: ſed ab hoc beneficio tacitæ hypothecæ excluduntur mulieres, quæ ſibi proſpexerunt, & caverunt jam ſpeciali hypotheca. Nam æquum eſt, ut ea hypotheca ſint contentæ, quam ſibi pepigerunt. Ubi eſt conventionalis hypotheca, ſupervacua eſt legitima. Et hujus rei argumentum eſt evidens in *l. ult. inf. de pact. conv.* Excluduntur etiam a tacita hypotheca mulieres, quæ remiſerunt marito hypothecam, *§. cum autem, hoc tit.* Nam remiſſio pignoris, vel hypothecæ, neque eſt interceſſio, ut ſi facta ſit a muliere, poſſit infirmari Senatuſconſ. Vellejano: nec eſt donatio, ut ſi remiſerit hypothecam mulier, irrita fiat 12. *tab.* quæ donationes inter virum & uxorem nolunt valere. Igitur remiſſioni pignoris nihil eſt impedimento factæ a muliere, quia neque eſt interceſſio, neque donatio. Et hoc oſtenditur in *l. quamvis, in pr. D. ad Vellej. l. etiam, & l. jubemus ſup. ad Vell. l. 3. in fin. D. quibus mod. pign. vel hyp.* quæ etiam oſtendit, legem Cinciam, quæ coercebat donationes, dona & munera, & ob id ipſum dicta eſt lex muneralis, non pertinere ad liberationem pignoris. Nam liberatio pignoris non eſt donatio. Notandum autem eſt præterea in hoc §. non tantum tacitam hypothecam dari mulieri repetenti dotem ſoluto

to matrimonio, vel constante matrimonio marito vergente ad inopiam, sed etiam viro in bonis uxoris petenti dotem datam, vel promissam competere jus taciti pignoris, sive hypothecæ. Denique non tantum mulier pro dote in bonis mariti tacitam habet hypothecam, sed & pro eadem maritus in bonis uxoris, si petat dotem promissam, vel dote data, si agat de evictione rerum dotalium, quæ forte ei ablatæ sunt jure, judicioque, actione ex empto, cum datæ sint æstimatæ, ut in *l.1.sup.tit.prox. de jur. dot. & l.quoties, D. eod. tit.* Vel etiam si agat de evictione rerum dotalium inæstimatarum, quæ proprie sunt dotales, quando scilicet mulier in eis rebus dandis ultro cavit marito de evictione, ut in *l. non solum, D. de jur. dot.* Non cogitur cavere, sed si caverit, maxime stipulanti præstabit evictionem, & ita donator non tenetur de evictione, quia re donata evicta, donatario nihil perit, donatarius nihil damni facit. Et quia æquum non est, eum periclitari ex sua liberalitate, *l. Aristo, §.ult. D. de don. l. Julianus, in fin. D. de verb. oblig.* Sed tamen donator, si stipulanti caverit de evictione, tenebitur *l.2. inf. de evict.* stipulatione opus est: pactum enim nudum non potest donatorem obligare ob evictionem, etiamsi ex continenti in re donata tradenda factum sit. Et ita vides in *l. avia, sup. tit. prox.* patrem in danda dote pro filia, stipulatione sibi dotem recipere posse ex continenti, non etiam pacto .i. non temere, non hic, neque ille, sed cautione solenni. Ut ergo mulier, sic maritus si ei dos promissa non præstetur, vel præstita evincatur, eam servabit sibi exercendo tacitam hypothecam in bonis ceteris uxoris. Ergo in causa tacitæ hypothecæ idem est jus viri, & uxoris, in hac una causa, inquam. Nam in aliis largiter refert vir, an uxor agat de dote. Nam privilegium, quod datum est mulieri, non est etiam datum viro petenti dotem, vel agenti de evictione dotis. Et mulieri post annum, quam cœpit competere repetitio dotis, debentur usuræ, *§. exactio, hoc tit.* viro post biennium, in *l. ult. tit. præced.* Et actio ex stipulatu de dote, quæ marito competit, est stricta: quæ autem mulieri competit, est bonæ fidei ex *§. sed etsi non ignoramus, hoc tit.* Nam cum essent duæ actiones ad repetendam dotem, rei uxoriæ, & ex stipulatu, ut dixi supra, Justinianus retinuit tantum actionem ex stipulatu, utpote pleniorem, ut ait in *§. fuerat, & Instit. de act.* & si quid erat optimo jure in actione rei uxoriæ, quod non esset in actione ex stipulatu olim cum esset stricta, eo auxit actionem ex stipulatu, eamque fecit bonæf. ut quæ suo jure habebat actio ex stipulatu, suo jure ea etiam hodie haberet. Ac præterea, si quid melius, aut pinguius inerat actioni rei uxoriæ, quam bonæ fidei. Nam & si melior sit actio stricta, quam bonæ fidei, eo quod libera non sit potestas judicis in judicio stricto; includitur enim formula, & ideo Græci strictas has actiones hoc loco vocant ἠναγκασμένας, id est, coactas, arctas, & constrictas, & etiam quod solerent contractibus bonæ fidei addere stipulationes strictas, & etiam quod in *l. si vendidero, §. si Titius, ff. de furt.* melior est condictio furtiva, quæ ceditur, & est stricta, quam actio negotiorum gestorum, quæ est bonæ fidei, & proprio nomine competebat, ut similiter in *l. cum quis, §. 1. D. de solut.* Ut igitur melior fuerit actio stricta, tamen & optima quædam habuit actio bonæ fidei, quæ non habuit actio ex stipulatu. Et inter cetera, ut esset vindex doli mali, imo & culpæ. Nam verbum bonæ fidei non tantum excludit dolum, sed etiam culpam, *l. 18.* juncta *l. 19. §. Scævola, D. de neg. gest.* Actio stricta non vindicat dolum malum, veluti actio ex stipulatu, & si dolus intervenerit in contractu stricto, necessaria est actio de dolo, non sufficiente ipsa contractus actione, nec idonea doli mali vindex est, *l. & eleganter, §. 1. D. de dol.* Item in casibus certis, in actionibus certis, quibus certam summam, vel rem persequimur, est periculum plus petendi, quod quidem magnum est, nempe amittendæ litis, maxime secundum jus vetus. Igitur cum certum petis, veluti ex stipulatu, vel certi condictione periculum est ne plus petas, *l. 1. D. de inter. in jur. fac.* In actionibus incertis, nullum est periculum plus petendi, ideoque pleraque negotia, ex quibus agi poterat, certis legibus facta sunt bonæ fidei, evitandi periculi causa, ne quid plus peteretur, sed ut peteretur incertum, quod ex bona fide dari oporteret. Omnis actio bonæ fidei est incerta, quod indicat M. Tull. pro Rosc. Com. Cur autem actiones aliæ sunt bonæ fidei, aliæ strictæ, & nulla sunt interdicta bonæ fidei? quia scilicet interdicta sunt de re incerta, id est, de possessione, quæ incerta res est. Et nullum igitur subest periculum in eis plus petendi, ut opus fuerit ope, & auxilio legum, quo fierent omnia interdicta, vel frequentiora ex eis bonæ fidei. Nam lex est, quæ facit judicium bonæ fidei, & si quæratur, cur hæc actio est bonæ fidei, non stricta? R. quia legi ita placuit: motæ tamen ea ratione, quam retuli, servandi periculi plus petitionis, actio ex stipulatu de dote repetenda, quæ olim fuit stricta, Justinian. fecit eam hodie bonæ fidei. Petitio hereditatis essetne bonæ fidei, an stricta olim controvertebatur, adeo ut in *l. utiles, & l. ult. D. de pet. hered.* dicatur petitioni hereditatis esse opponenda in casu proposito exceptio doli mali, quasi scil. strictæ actioni: Nam si esset bonæ fidei, non esset necesse opponi exceptionem doli mali, quia bonæ fidei judicio ipso jure, sive judicii ipsius potestate inest exceptio doli mali, *l. sed etsi ideo maritus, §. ult. ff. sol. matri.* Contra in *l. plane, D. de pet. her.* dicitur, actioni bonæ fidei non esse opponendam exceptionem doli mali. Itaque juris controversi fuit, an esset donanda petitio hereditatis beneficio bonæ fidei, necne. Hodie Justin. hoc definivit, ut esset bonæ fidei in *l. ult. in fin. sup. de pet. her.* Igitur lex est sola, quæ indidit naturam, cuique judicio, potestatemque, & aliud fecit bonæ fidei, aliud strictum.

Ad §. Primum itaque *quid naturale sit ex stipulatu actionis exponatur: ita si quid ex actione rei uxoriæ supervenerit addatur. Sciendum itaque est, edictum prætoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare: ita ut uxor & a marito relicta recipiat, & dotem consequatur: nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit: cum manifestum sit testatorem, qui non hoc addiderit, voluisse eam utrumque consequi.*

Ad §. Maneat ex stipulatu *actionis jus ad successores, & sine mora transmissionis incorruptum.*

IN hoc §. Justinia. incipit tractare quæ habuerit olim actio ex stipulatu de dote, & habeat etiam hodie meliora iis, quæ inerant actioni rei uxoriæ, & ea, quibus aucta est actio ex stipulatu ex jure actionis rei uxoriæ, quod in eam transfusum est, id nempe, quod erat melius & utilius dotibus. Ac primum quidem in actione rei uxoriæ valuit edictum prætoris de alterutro, ut appellatur in hoc §. & in *l. ult. C. Th. de testam.* Nam edicti sententia hæc fuit, ut si uxori vir tantum reliquisset legati, aut fideicommissi jure, quantum esset in dote, eligeret mulier utrum mallet, dotem repetere, an capere quod ei maritus testamento reliquisset, alterutro contenta abiret, nec consequeretur utrumque, electo uno ne posset transire ad aliud, puta electa dote, ne ageret ex testamento legati, vel fideicommissi nomine, vel electo legato, ne ageret rei uxoriæ. Quinimo ut satisdaret heredibus, electo uno, nihil amplius peti. Cujus satisdationis fit etiam mentio in *d. l. ult.* Et similiter uxor heres instituta interveniente forte Falcidia non poterat uti edicto de alterutro, id est, duplici deductione, Falcidiæ scilicet, & dotis quasi debitæ. Nam heres non deducit, quod sibi defunctus debuit, nisi cum inducitur lex Falcidia. Nam ante omnia deducitur omne æs alienum, etiam id, quod debuit heredi, licet aditione confusum sit, *l. 6. l. 8. inf. ad leg. Falcid. l. 15. §. quod avus, & l. qui fundum, §. si quis heredem, ff. eod.* Nam etiamsi aditione confusa sit obligatio & actio, atque sublata deductio, tamen non est sublata, vel retentio, vel computatio ejus, quod defunctus heredi debuit. Denique non est sublata naturalis obligatio, quæ etsi non proficiat ad actionem, tamen proficit ad retentionem & de-

ductionem, *l. debitor, D. ad Trebellian.* At cum uxor A erat instituta secundum edictum de alterutro, interveniente Falcidia, non poterat, & dotem sibi debitam deducere, & deducto omni ære alieno, deinde ex reliquo Falcidiam, quia alterutro contentam eam esse oportebat, hereditatis Falcidia, vel dote. Sed hoc ita verum erat, nisi nominatim maritus testamento cavisset, se velle mulierem utrumque consequi, relictum scilicet, & dotem; quod utique satis declarat, si ei prælegat dotem, & hoc amplius rem certam, videlicet si dote prælegata, eam heredem instituat ex parte: hoc modo maritus utrumque ei defert, & vacat edictum de alterutro, *l. cum heres, l. Lucius, §. maritus, D. ad Trebell.* Et observandum ex jure antiquo, in *d. §. maritus*, poni uxorem heredem institutam ex tertia parte, quoniam exceptis certis casibus, quibus uxor assem capere poterat ex testamento ma- B riti, quæ habuit liberos, potuit institui tantum ex tertia parte, ut scribit Ulpian. *lib. sing. regul. tit. de decimis*, vel si mulier non habuerit liberos, ut ait, ei potuit tantum relinqui ususfructus tertiæ partis, non tertia pars. Et inde in jure frequens mentio mulieri relicti ususfructus tertiæ partis, *l. partis, ff. de præscr. verb. l. ult. D. de usufruct. leg. l. pen. de usur.* Ergo, ut satis liquet ex supradictis, ea in re actio rei uxoriæ in dote plus tribuit marito, quàm uxori, nempe, ut si quod relinquitur uxori, tantum efficiat, quantum in dote est, eo electo amittat repetitionem dotis, vel electa dote ut amittat petitionem, aut persequutionem legati, nisi, ut dixi, si testator aliud caverit. Actio autem ex stipulatu plus dabat uxori, nempe utrumque, relictum, & dotem, etiamsi hoc non expressisset testator, ut cuilibet alii creditori, cui debi- G tor aliquid reliquerit, integra est petitio utriusque, relicti, & crediti, *l. in imponenda, inf. ad l. Falc. l. paterfam. D. eod.* Et ita si erat heres instituta uxor, interveniente Falcidia, forte hereditate onerata legatis, vel ea rogata alii hereditatem restituere, non tantum deducebat Falcidiam, sed etiam dotem debitam ex stipulatione, & si quid aliud præter dotem ei debuisset maritus, in *§. igitur debitam, hoc tit.* Ergo dotem quidem judicio rei uxoriæ, & relictum testamento mariti utrumque non consequebatur uxor, nisi id cavisset maritus in testamento: Dotem tamen debitam ex stipulatu, & relictum testamento mariti mulier consequebatur, sicut quilibet creditor. Quod etiam verum est cum hac exceptione: nisi quod maritus reliquit uxori, id nominatim reliquerit pro dote debita ex stipulatione compensandi animo. D Hoc enim casu, ut ostenditur in *hoc* §. electo eo, quod relictum est, mulier dotis repetitionem, vel deductionem amittit: vel electa dote relictum amittit, *l. si filia, §. pen. ff. famil. ercisc. l. 6. ff. quand. dies leg. l. cum ab uno, ff. de leg. 2. l. 2. §. 1. ff. de dot. præleg. d. l. Lucius, §. maritus.* Quod obtinuit etiam in quolibet alio creditore, ne haberet crediti petitionem electo legato, quod ei debitor reliquisset compensandi animo, *l. 12. ff. ad leg. Falc. l. cum pater, §. Titio, & l. creditorem, D. de leg. 2.* Magna igitur hæc fuit differentia inter actionem rei uxoriæ, & actionem ex stipulatu. Justin. autem in hac re magis probat jus actionis ex stipulatu, quam rei uxoriæ, ut scilicet mulier utrumque consequatur, nisi appareat testatorem compensandi animum habuisse. Nam si hoc non appareat, magis est, ut voluerit eam utrumque percipere, E videlicet, cum non adjecit se legare pro dote, aut dotis vice. Loquimur autem de stipulatione vulgari dotem reddi. Nam ut in hac constitutione eleganter scribit Thalelæus ex veteri jurisprudentia, alia fuit stipulatio vulgaris cujus hæc est formula: *Soluto matrimonio dotem reddi, l. 8. sup. tit. prox.* quæ stipulatio hodie intelligitur inesse doti ex hac constitutione, licet interposita non fuerit: Stipulatio vulgaris est, quæ inesse intelligitur doti tacite ex hac constitutione, non ea quam mox dicemus. Hæc stipulatio vulgaris, vel actio, quæ ex ea nascebatur longe distabat ab actione rei uxoriæ. Alia erat stipulatio dotis, quæ concipiebatur hoc modo: *Quod ex causa rei uxoriæ dare facere oportet, id dari.* Et

A actionis ex hac stipulatione idem prorsus jus erat, quod actionis rei uxoriæ, sicut cum dominus ita stipulatur de fure: *quod ex causa condictionis furtivæ dare facere oportet:* Hæc stipulatio idem jus habet, quod condictio furtiva, & utilis est stipulatio, *l. scire, §. ult. D. de verb. oblig.* Possum rem meam condicere furi, non alii: Possum etiam rem meam stipulari a fure, non vulgariter, & simpliciter rem dari, quoniam rei meæ stipulatio vulgaris non valet, nempe rem meam mihi dari, sed adjecta causa recte stipulabor, quod ex causa condictionis mihi dari oportet, & sic stipulabor rem meam. Sed jam tractandum est aliud discrimen, quod est inter hanc, & illam actionem in *§. maneat*. Actio rei uxoriæ soli mulieri dabatur, non heredibus ejus, nisi maritus jam viva uxore moram fecisset post divortium in reddenda dote, B quod ita eleganter scribit Ulpian. *lib. sign. reg. tit. de dot.* Et semel maritum moram fecisse satis erat, ut transmitteretur actio in heredem mulieris, *ut in l. semel mora, ff. sol. matr.* Omnis mora semel committitur, aut mora semel commissa sufficit ut sequantur quæ sequuntur moram jure ipso, damna scilicet & pericula, quæ post moram sequuntur debitorem, *l. Titia, §. usuras, D. de leg. 2.* Una igitur interpellatio, id est: semel facta morosum debitorem facit. Et lex, quæ sequitur *d. l. semel mora, lex si post divortium*, videtur esse accipienda de muliere mortua post divortium, ut ponit, & post moram mariti, de qua etiam agebat lex præcedens, ut scilicet agente herede mulieris rei uxoriæ de restituenda dote, eadem interveniant, quæ ipsa muliere agente observari solent, puta ut iisdem diebus dos re- G stituatur, iisdem pensionibus, annua, bima, trima die, ut non condemnetur maritus ultra facultates suas: Nec enim mulier plus commodi heredi suo relinquit, quam ipsa habuerit, *l. nemo, ff. de reg. jur.* Ipsa non potuit maritum condemnare ultra quam facere possit, nec heredem ejus igitur. Item ut herede mulieris agente rei uxoriæ post moram mariti, retentiones ex dote fiant, quæ fierent agente muliere. Ac præterea ut fundo dotali alienato salva sit vindicatio tam heredi mulieris, quam mulieri: Idemque auxilium præstetur heredi, quod mulieri præstaretur, *ut l. dotale, §. heredi, D. de fund. dot.* non etiam & hoc solum excipiendum est, ut heres non habeat privilegium idem in actione de dote, quod habuit mulier, quoniam personale est privilegium, & cum persona extinguitur, *l. 1. inf. de privil. dot.* Concludamus igi- D tur, post divortium mortuam mulierem non transmittere actionem rei uxoriæ in heredem, nisi moram fecisset maritus ante mortem mulieris. Et addamus, mortua etiam muliere in matrimonio, dotem non redire ad heredem ejus secundum jus rei uxoriæ: sed si sit profectitia, redire ad patrem, vel parentem: si adventitia, eam remanere apud virum *l. usufruct. D. solut. matr. l. mulier, D. de cond. instit. l. dotale 15. D. de fun. dot. & l. 23. de evict.* Et hæc de actione rei uxoriæ. Actio ex stipulatu transmittebatur ad heredes etiam sine mora, ut ait in *hoc* §. qui locus non bene intelligitur, id est, etiamsi moram nullam fecisset maritus viva uxore. Et ideo in *hoc* §. subdistingue *mora*, id est, post vocem *mora*, addas virgulam, & ita componans verba hujus §. *maneat*, incorruptum jus transmissionis actionis ex stipulatu ad suc- E cessores uxoris, & *sine mora*, id est, etiamsi nulla mariti mora intervenerit. Et ait, *maneat*, ut in *§§. seqq. taceat, & sileat*. Hoc vero abtinuit in actione ex stipulatu, ut transiret in heredem mulieris, non tantum post divortium, sed etiam in ipso matrimonio mortua muliere, quod probat *§. illo procul dubio inf. hoc tit.* Ergo videtur actio rei uxoriæ etiam fuisse data tantum in maritum, soli scilicet mulieri in maritum solum, non in heredem mariti, nisi moram maritus fecisset, quoniam in *d. l. si filia, §. ult. D. famil. ercisc.* dum ponit in heredem mariti dari actionem de dote, ponit eam venisse in stipulationem, quia scilicet actio rei uxoriæ neque heredi, neque in heredem dabatur, nisi ex mora: denique actio rei uxoriæ videtur tantum fuisse inter maritos. Et inde M.

Tul-

Tullius in Top. in arbitrio rei uxoriæ disceptari ait quid virum uxori, & quid uxorem viro præstare oporteret, & peti, hæc est formula rei uxoriæ actionis: *Quantum æquius & melius esset dari, repromittive:* ad quam formulam omnino respicit *l. pen. §. ult. ff. sol. matrim. & l. si cum Corn. ff. de sol.* dum utuntur iisdem verbis, *melius & æquius est*. Itemque *l. eas obligationes, ff. de capit. min.* dum ait, *Actionem de dote, videlicet rei uxoriæ esse conceptam in æquum & bonum:* plane concipitur in bonum & æquum, in qua est, quod melius est, & æquius id dari, ideoque salvam eam actionem manere, etiam post capitis deminutionem: ideoque, ut subiicit l. quæ sequitur *d. l. eas*, etiam emancipatam agere de dote, imo & deportatam, *l. 5. ff. de bon. damn.*

Ad §. Taceat in ea, *retentionum verbositas. Quid enim opus est inducere ob mores retentionem alio auxilio ex constitutionibus introducto? vel ex qua causa ob res donatas retentio introducatur, cum sit donatori facultas per actionem in rem directam, vel per utilem, vel per condictionem suo juri mederi? Sed nec retentio ob res amotas necessaria est, cum pateat omnibus maritis rerum amotarum judicium.*

IN hoc §. incipit tractare de retentionibus, quæ fiunt ex dote, quam repetit mulier post divortium, quæ & deductiones dicuntur, & compensationes, & vel fiunt quasi pignoris nomine dote retenta, ut recte ait *l. dote, D. de dot. præl.* sicut venditor rem venditam retinet veluti pignoris nomine, aut loco propter pretium, quod nondum solutum est, *l. Jul. §. offerre, D. de act. emp.* similiter commodatarius rem commodatam retinet pignoris loco ob impensas factas in rem commodatam, *l. creditoris, inf. D. de furt.* Pignus contractum non est his casibus, sed retentio coloratur pignoris nomine: vel igitur retentiones ex dote fiunt a marito, veluti pignoris loco, *d. l. dote*, vel ipso jure, veluti ob impensas necessarias factas in res dotales. Nam hæ ipso jure minorem dotem efficiunt, ita ut non reddatur integra, sed ex ea tantum retineatur, quantum in dotem maritus expendit necessario, *d. l. dote, & l. dot. D. de rit. nup. l. 5. D. de pact. dot.* Et hoc genus retentionis ob impensas necessarias non est sublatum a Justiniano; namque etiam hodie is, a quo repetitur dos, utitur quasi retentione ob necessarias impensas, & eo minus reddet ex dote, *§. item si de dote, Inst. de act.* Ceteris retentionibus ex aliis causis non est hodie locus in actione ex stipulatu, ubi stricto jure agitur in rem, vel quantitatem certam, & integram, in id quod pro uxore marito illatum est, quod jus hodie retinet actio ex stipulatu, quasi plenius, licet sit facta bonæ fidei. Igitur excepta causa necessariæ impensæ, hac actione solida dos repetitur sine deminutione, aut deductione ulla, quod obtinet etiam in actione ex testamento, qua uxor petit dotem sibi prælegatam, *d. l. dote, ff. de dot. præl.* cujus species est elegans. Quidam legavit uxori dotem, quam ab ea acceperat, in quo legato licet res uxoria fuerit, inest commodum repræsentationis, quia scilicet ex causa legati confestim res restituitur, sine cunctatione, aut dilatione ulla. Cum ergo mulieri dotem maritus prælegasset: ea egit ex testamento dotis legatæ recuperandæ gratia, an poterit heres mariti differre solutionem dotis ob res donatas uxori (quæ donatio non valet, si eam revocaverit defunctus) Et ait heredem ob res donatas uxori non posse uti retentione dotis, non posse differre præsentem solutionem dotis: Et tamen ob impensas necessarias differet solutionem dotis, si petatur integra. Et ratio differentiæ est magna. Aliud enim est dotem ipso jure minorem esse factam, quod contingit necessariis impensis: Nam cum sit facta minor ipso jure, minor utique reddetur, non quanta fuit ab initio. Aliud autem est, rem retineri veluti pignoris jure, ob ea, quæ invicem mulierem marito præstare ejus heredi oportet, veluti ob res donatas: nam huic retentioni locus non est in actione stricta, qualis est actio ex testamento, & fuit actio ex stipulatu de dote, ante con-

A stitutionem Justiniani, quæ tamen hodie retinet illud jus strictum quasi optimum maximum. His retentionibus fuit tantum locus in actionibus bonæ fidei, id est, rei uxoriæ, ex quinque causis propter res donatas, propter res amotas, propter mores, propter liberos, propter impensas, quas Ulp. exponit *lib. reg. tit. de dotib.* Et Anianus auctor est in *l. 2. C. Theod. de dotib.* eas etiam explicasse Paulum 2. *Sentent. tit. de dotib. & in respon. tit. de re uxor.* Hæ sunt quinque causæ retentionum, quarum ea tantum hodie manet, quæ ex jure venit ob impensas necessarias. Et post divortium quidem valebat pactio ne fierent hæ retentiones ob res donatas, vel ob res amotas, vel ob impensas, *l. ob res, ff. de pact. dotal.* Vel etiam ob mores, ne ageretur ob mores post divortium, ut liceret pacisci, ut ibidem addunt Græci *lib. 28.*
B *Basil.* Ante divortium hæ pactiones erant illicitæ, *l. 5. ff. de pact. dot.* puta ne ageretur ob mores, ne quid retineretur ob mores, quia publica coercitio morum non potest privata pactione tolli, sicut inutiliter paciscor ne mecum agatur furti, si quandoque furtum tibi fecero, turpis pactio est, quia invitat ad furandum. Ceterum post factum furtum nemini in dubium venit ex XII. tabul. licere pacisci ne agatur furti, *l. si tibi, §. 1. & l. jurisgentium, ff. de pact.* Similiter non valet pactio ante divortium, ne agatur ob res amotas, vel ne quid ex dote retineatur, quia invitat mulierem ad furandum. Non valet item ne agatur ob res donatas, quia hæc pactio impugnat jus civile, quo inter maritos interdictæ sunt donationes. Non valet item pactio ne agatur ob necessarias impensas, quoniam ipsum jus has vult minuere dotem,
C quod potius, potentiusque est pactione privatorum, *l. jus publicum, ff. de pact.* propter liberos ne ageretur, neve quid deduceretur ex dote, etiam ante divortium licebat pacisci. Sed ut hæc omnia genera retentionum sigillatim exponamus, primum ob res donatas uxori, quod non valeat donatio, non fit retentio ex dote, quia huic retentioni non fuit locus in actione ex stipulatu, quæ salvo hoc jure, sola hodie repetit dotem, ut & donata etiam jure actionis bonæ fidei. Namque eo jure donata est integris manentibus suis propriis juribus, quæ repetitionis dotis causam meliorem facerent. Sed tamen de hac retentione ob res donatas, quæ fiebat in arbitrio rei uxoriæ, fit mentio in *l. fructus, §. ob donationes, & l. alia, §. pen. ff. solu. matr. l. 5. l. ob res, de pact. dotal. l. sin autem, §. pen. ff. de rei vend.* Et inde etiam in *l. pen. §. ult. ff.*
D *de don. inter vir. & uxor.* ob res donatas sponsæ ante nuptias nihil ex dote deduci: sed per arbitrum tantum rei uxoriæ: hodie non vult Justinianus ob eam causam, maxime amplexus naturam actionis ex stipulatu, jusque pristinum, quod ea actio habuit proprie, non vult, inquam, ob eam causam, rem donatam scilicet quicquam retineri ex dote, quoniam ait, marito, qui eas donavit inutiliter, suppetere sat multa remedia, quibus eas res recuperare potest, & retrahere, ut ait *l. 6. sup. de don. ante nupt.* Ad cujus interpretationem proprie accommodabitur *lex inter eos, ff. de donat. inter vir. & uxor.* hoc modo: donatio facta uxori, vel marito ante nuptias valet, nec retrahi potest, aut revocari: facta post nuptias non valet: facta a sponso valet: facta a marito non valet, & retrahi potest. Et rursus facta ante nuptias valet, etiamsi
E facta sit in die ipso nuptiarum, priusquam uxor duceretur in domum viri, nam die nuptiarum, quæ fit in domo viri, post nuptias fit, & non valet, quæ eodem die fit in domo sponsæ, fit ante nuptias, & valet *d. l. 6.* Remedia autem, quæ competunt marito ad revocandam donationem, hæc sunt: directa in rem actio, ut hic proponit Justin. vel utilis in rem actio, vel condictio sine causa, aut ex injusta causa, unaquæque locum habet suis casibus. Directa in rem, si res donatæ extent, quia maritus non desiit esse earum dominus, ergo jure directo vindicat, *l. si donatæ, & l. uxor matito, D. de don. inter virum & uxorem.* Utilis in rem datur, si ex pecunia donata uxor comparaverit rem mobilem, vel immobilem, quia ea res non est mariti, & ideo non eam vindicat di-

recto, sed utiliter. Et ideo si ex lana donata uxor vestem fecerit, hanc vestem persequitur maritus actione in rem utili, non directa, quia vestis domina est mulier, non vir, *d. l. uxor marito, & l. si mulier ex pecunia, & l. sequent. eod. tit.* Condictio autem sine causa, vel ex injusta causa marito datur ob res donatas, si res donatæ sint consumptæ, *l. si sponsus, §. ult. & l. seq. D. eod. tit.* Imo si mulier res donatas dolo malo consumpserit, vel corruperit, etiam tenetur actione ad exhibendum, & actione legis Aquiliæ, si corruperit, *l. si mulier dolo, D. de don. inter vir.* maxime si id fecerit post divortium: nam manente matrimonio non potest conveniri pœnali actione, qualis est actio legis Aquiliæ: & hæc est sententia *dict. l. si mulier dolo*. Multæ ergo suppetunt actiones marito ad retrahendas res donatas uxori. Igitur nec utetur retentione dotis ob res donatas, cum aliunde suppetant alia remedia. Sed dices, melius est pignori incumbere, quam in personam agere, melius retinere, quam agere, *§. furti, Instit. de oblig. quæ ex del. nasc.* Fatebor ita esse: Sed meminisse oportet, favorem hunc esse præstitum doti, ne earum redditioni mora fieret. Et probatur magis dotium favore jus actionis ex stipulatu, quam rei uxoriæ. Et eadem ratione, licet ob res amotas (quod est secundum genus retentionis) retentio fieret ex dote, ob res scilicet amotas ab uxore divortii causa, & in arbitrio rei uxoriæ, tamen nec olim, nec hodie huic retentioni locus est in actione ex stipulatu, & vult Justin. ut contentus sit maritus actione rerum amotarum, nec ob res amotas veluti pignoris loco retineat dotem. Et ita etiam definit Justinia. De hac actione rerum amotarum est proprius titulus infra, ubi de ea plenius dicemus: erat etiam retentio portionis dotis ob mores in arbitrio rei uxoriæ. Nam ob mores mulieris leviores, qui causam præbuissent divortio, maritus retinebat octavam partem dotis, ut Ulpianus explicat supradicto *libro regul.* Ob mores graviores retinebat sextam partem dotis. Et ob graviores mores adulteria tantum censebantur: ceteri mores leviores censebantur, eodem Ulpiano auctore. Et ita *l. cum mulier, D. sol. matrim.* ait, nihil retineri ex dote ob adulterium mulieris, si adulterata sit viri lenocinio. Cur enim improbaret maritus mores, quos vel ante corrupit, prostituendo uxorem accepta pecunia: vel postea approbavit, forte uxore in adulterio deprehensa retenta in matrimonio, quod lenocinio est proximum. Ergo ex contrario ea lex significat ex dote retineri portionem ob adulterium uxoris, cum ei maritus lenocinatus non est. Et ita etiam *l. miles, §. socer, ff. ad leg. Jul. de adult.* retineri lucrum ex dote, inquit, ob causam adulterii, non totam dotem. Hoc fuit jus vetus. Et eo nomine erat marito non tantum retentio portionis dotis sextæ, vel octavæ, ut dixi, sed etiam actio de moribus, ut ex aliis causis non tantum retentio, sed & actio quædam. Et hic igitur erat actio de moribus uxoris puniendis, quæ divertisset, aut quæ divortio causam dedisset, quæ actio licet sit civilis, tamen accusatio dicitur in *l. viro, & l. cum mulier, ff. sol. matrim.* Sicut accusatio suspecti tutoris, accusatio ingrati, accusatio inofficiosi testamenti, quæ tamen sunt actiones civiles, non criminales. Et de hac actione de moribus est *l. 1. C. Theodos. victum civiliter, criminaliter agere non posse, & l. 1. C. Theod. de dotibus:* quæ etiam ostendit hanc actionem de moribus dari soli marito, non heredi mariti, vel in heredem, *l. rei judicatæ, §. 1. ff. sol. matrim.* quæ dicit heredem mariti non habere morum coercitionem, quia hæc actio de moribus vindictam persequitur, causam doloris agit, qui ea actione agit, ut qui agit actione injuriarum, vel qui agit ingrati, *l. 7. inf. de revoc. don.* vel qui agit in factum ex edicto de in jus vocando, in aureos 50. quod vocaverit in jus parentem, vel patronum sine venia, *l. pen. ff. de in jus voc.* Hæ actiones quatuor, quæ persequuntur vindictam, non damnum pecuniarium, sed dolorem tantum imminuti honoris, imminutæ existimationis, nec heredi dantur, nec in heredem, *§. cum autem, Inst. de perp. & temp. act.* ubi Theophilus recte actioni injuriarum ad-

A jecit illam actionem in factum de in jus vocando: actiones pœnales, quæ spectant ad damnum rei familiaris, hæ dantur heredi, sed non in heredem: possumus dicere, hanc retentionem, quæ fit ex dote ob mores, esse actionem de moribus, quæ inest actioni rei uxoriæ. Nam lego apud Quintilianum *libro 7. Quod in schola Rhetorum est actio malæ tractationis, id in foro esse actionem rei uxoriæ.* Et generaliter cum quæritur, utrius culpa divortium factum sit, actio inest actioni. Quidni? Actio de in rem verso inest actioni de peculio, actio de dolo inest actioni ex empto, vel rei uxoriæ. Et generaliter omni actioni bonæ fidei inest actio de dolo, imo & de culpa, vel de moribus: quoniam, ut dixi supra, bonæ fidei nomen excludit non tantum dolum, sed etiam culpam. Igitur actio rei uxoriæ etiam mores mulieris mulctat, & B culpam, ut dicit *l. Lucius, D. solut. matrim.* culpam mulieris mulctari, videlicet portione dotis. Et plerumque in hoc tractatu culpa accipitur pro dolo, ut in *l. si ex causa, §. si mulier, D. de minor.* ubi si mulieris culpa factum sit divortium, ait non esse modicum delictum. Igitur adversus illud delictum eam non posse restitui in integrum, sicut nec restitueretur adversus adulterium. Et ita Tiberius Donatus in illum locum Virgilii, *hoc prætexit nomine culpam: Usus est*, inquit, *verbo juris, ut diceret culpam. Namque ita definitum est, mulieris culpam esse si in pudoris causa peccaverit.* Ut rem finiam, atque explicem tandem, Justinianus hodie probat magis actionem ex stipulatu, atque ita tollit etiam retentionem ob mores tollit actionem de moribus, ut in *l. ult. inf. de rep. & judicio de moribus sublato:* nam & ea actio de moribus C minus frequentabatur, maxime viro agente ob graviores mores, quia malebat quisque agere criminaliter judicio publico lege Julia de pudicitia. Cur non utimur hodie actione furti civili in duplum, vel quadruplum? quia malumus agere criminaliter. Et hac via electa, amittimus actionem furti, *l. interdum, §. qui furem, ff. de furt.* Cur non utimur hodie actione civili de albo corrupto ex *l. 7. ff. de jurisdict.* quia malumus agere criminaliter ex lege Cornelia de falsis, *l. pen. ff. ad leg. Corn. de fals.* Nec tamen Justinianus ideo minus coercet malos mores: Nam mulierem, cujus culpa divortium fit, mulctat dote tota, cum olim parte tantum damnaretur, & lucro nuptiali, *l. consensu, §. vir, infra de repud. l. ult. inf. ad legem Juliam de adult.* quod etiam probatur a Leone *Nov. 32.* & a Pontifice in *cap. plerumque, de don. inter vi-* D *rum & uxorem*. Et videtur etiam jure vetustissimo idem tenuisse, maxime ob graviores mores, ut mulier amitteret totam dotem. Nam Horatius ait, *deprehensam doti metuere*. Et Cato *lib. de dote: Si quid perverse, tetreque factum sit a muliere, eam mulctari, si vinum bibit, si cum alieno viro probri aliquid facit.* Et similiter Plinius, eam dote privari, quæ vinum bibisset, secundum illius seculi verecundiam, quo etiam minimi a pudore excessus puniebantur. Valerius Max. C. Titianum insidiantem bonis Fanniæ impudicæ mulieris, eam de industria duxisse uxorem, ut propter impudicitiam spoliaret dote, quod tamen non obtinuit judice Cajo Mario, quod jam ejus mores approbasset, & sciens mulierem adulteram duxisset, ut est in *l. cum mulier, ff. sol. matrim.* Et addit Justinianus, præter dotem amissam adulteram tantum præstare, quan- E tum facit tertia pars dotis, in *Nov. 22. & 117. & 134.* vel si mulier fuerit indotata, præstat, si culpa ejus divortium factum sit, quartam bonorum suorum partem, quæ pœna est communis viro & uxori, si vir non contulerit donationem propter nuptias, modo ea quarta non excedat 100. libras auri, *l. ult. inf. de repud.*

Ad Versic. Sileat ob liberos retentio, *cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur, ne varium genus culpæ mariti contra uxores excogitent, ut possint eadem retentione contra eas uti, cum etiam imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum matrimonium fuerit, quid fieri oporteat. Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea.*

idonea. Cum enim necessariæ quidem expensæ dotis minuant quantitatem, utiles autem non aliter in rei uxoriæ actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris: non abs re est, siquidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri: quatenus possit per hanc, quod utiliter impensum est, adservari. Vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficere. Quod si voluptariæ sint, licet ex voluntate ejus expensæ: deductio operis quod fecit, sine læsione tamen prioris speciei, marito relinquatur: ut sit omnium retentionum expeditus tractatus, & ex stipulatu actio marito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.

SUpra diximus de retentionibus dotium, quæ fiunt propter res donatas, vel propter res amotas, vel propter mores: nunc dicemus de reliquis duabus, quæ fiunt propter liberos, & propter impensas factas in dotem. Ac primum quidem, ut incipiam ab ea retentione, quæ fit propter liberos, si divortium factum sit culpa mulieris, singulorum liberorum nomine, si qui existant, maritus retinet sextas ex dote, non tamen plures, quam tres sextas, id est non ultra dimidiam partem dotis. Et hoc aperte scribit *Ulp. lib. sign. regul. tit. de dotib.* qui jam diu editus est in lucem. Idem Boetius etiam retulit ex Paulo *lib. 2. Instit. tit. de dotib. si divortium est*, inquit Paulus, *matrimonii, & hoc sine culpa mulieris factum est, dos integra repetitur. Quod si culpa mulieris factum est divortium, in singulos liberos sexta pars dotis a marito retinetur, usque ad mediam partem dotis duntaxat*, id est, *tres sextas*. Igitur cum culpa mariti divortium factum est: tunc cessat retentio propter liberos, & integra dos restituitur, & tum demum retentioni propter liberos est locus, videlicet dimidiæ partis dotis, vel sextarum, cum culpa mulieris divortium factum est: cum etiam eo casu ex pacto dotali propter liberos amplius retineri potest, quam pars dimidia, vel tota dos, puta si convenerit, ut divortio facto culpa mulieris tota dos pro liberis maneat apud virum, *l. si inter virum, D. de pact. do.* Quem locum Pauli protulit Boetius in Topicis Cic. *ut dixi sup.* & idem Boetius alio loco. *Si viri culpa divortium factum est: æquius melius est nihil apud virum remanere: si mulieris culpa, æquius melius est sextas retineri pro liberis.* Ipse etiam M. Tullius in Top. *si viri culpa factum est divortium, & si mulier nuntium remisit, tamen pro liberis nihil manere oportet.* Ergo ex contrario, si mulieris culpa factum est divortium, pro liberis remaneant sextæ, ad summum tres. Idem etiam Græci adnotarunt in hunc locum, quos poteritis ipsi consulere. Nam maxima pars eorum, quæ Græci JC. scripserunt de dotibus, edita est in lucem, & facta Latina ab Gentiano Herueto. Non ignoravere retentionem propter liberos esse sextas, & ei retentioni locum esse non aliter, quam si mulieris culpa factum fuerit: Sed iidem Græci male hoc loco liberos interpretantur filios, cum oporteat liberorum nomen accipi latissime. Sicut in pactis dotalibus, quando convenit, ut dos apud liberos resideat, vel divortio facto culpa mulieris, vel mortua muliere in matrimonio, liberorum nomen comprehendit etiam nepotes, *l. si dotali, ff. solut. matrimon.* Nec tamen nepotes omnes, sed nepotes susceptos ex filiis maribus, nam ii soli pertinent ad onus mariti: nepotes ex filiabus pertinent ad onus patris eorum, non ad onus avi materni, *l. pen. D. de agn. vel al. li.* Olim non erant descripta culparum genera, nec certæ causæ justi divortii, & justi diffidii, quod a Græcis dicitur ἀποστάσιον, nec possit in Evangelio Domini, ἀποστάσιον elegantius verti, quam diffidium. Non erant igitur certæ causæ divortii, & rejiciendæ uxoris, vel repudiandi mariti, sicut olim non erant certæ causæ exheredationis liberorum. Et ideo hoc in loco Justin. ait, cum nondum essent certæ causæ diffidii, interveniente diffidio, maritos, ut propter liberos sextas retinerent, solitos plerasque culpas excogitare, & fabricare fortasse in innocentes mulieres. Nam hæc res pendebat ex arbitrio mariti, ut objiceret quamlibet culpam probabilem, & probaret: hodie sunt certæ causæ diffidii, certa merita, sicut exheredationis liberorum, *l. consensu, & l. ultim. de repud. inf.* De hac retentione, quæ fit ad certum modum propter liberos, agitur *in l. secun. in fin. C. Th. de repud. Super retentionibus dotium*, inquit, *propter liberos antiqui juris decreta volumus observari*: puto etiam de hac retentione propter liberos intelligendum esse hunc locum *leg. ult. sup. tit. prox.* qui a me non fuit expositus, nempe quod expositionem ejus in hunc locum remisissem, & est alioquin valde obscurus, dum tractat de extraneo, qui pro muliere dotem dedit donandi causa, ut neque ea dos, neque ea donatio indigeat insinuatione: sed si non donandi causa, frustra de insinuatione quæri, quoniam non est donatio, videlicet si pactus sit ab initio dandæ dotis pro muliere omnem rem sibi reddi, cum nec ab initio suspicio aliqua liberorum concurreret, id est, omnem rem, nullo scilicet relicto pro liberis. Nam extraneo initio dandæ dotis nulla fuit cogitatio aut suspicio liberorum, quandoquidem incertum est etiam an ex matrimonio sint liberi nascituri. Igitur nihil reservavit liberis, si qui nascerentur, cum posset legem dicere doti, quam dabat de suo: hanc dixit, ut omnis res ei redderetur, & utique omnis reddenda erit ex pacto. Ita ille locus explicandus est ni fallor. Et hæc quidem locum habuerunt in arbitrio rei uxoriæ, non in actione ex stipulatu, cujus naturam hac in re Justinianus sequitur & probat, ut scilicet hæc actio ad repetendam dotem, quæ competit, non admittat retentionem ullam propter liberos, & utitur duplici ratione Justinian. quia liberi non sunt alendi ex dote matris. Et retentio fiebat olim propter onus liberorum, quod maxime in alimoniis consistit: sunt enim alendi ex bonis patris. Æquius est liberos communes ali ex bonis patris, quam ex dote matris. Hoc est unum onus matrimonii, quod sequitur patrem, etiam post divortium. Duplex erat olim retentio propter liberos, una divortio facto culpa mulieris, ut exposui: altera, de qua nondum dixi, mortua in matrimonio filia: quo casu dos profectitia revertebatur ad patrem, ne dolori amissæ filiæ etiam adderetur damnum dotis, quintis relictis ex dote apud maritum pro liberis ejus matrimonii. Videtur non tantum sextas Justin. sustulisse, sed etiam quintas. Quoniam & in quintis eadem ratio valet, ut alantur liberi ex bonis patris, non ex dote. Et sane si Justinian. noluisset tollere quintas, earum mentionem aliquam permisisset fieri *in ff. vel in C.* & earum nulla mentio tamen usquam reperitur. Alia ratio Justiniani hæc est, quia culpa mulieris facto divortio, hodie constat mulierem spoliari non sextis, non semisse, sed tota dote, sive extent liberi, sive non. Non igitur hodie spoliatur dote tota beneficio liberorum, aut eorum contemplatione: sed pœnæ nomine, culpæ nomine, *in d. l. consensu*. Et de retentione ob liberos hactenus. Ultima retentio est ob impensas factas in res dotales non modicas. Impensarum tres sunt species, necessariæ, utiles, & voluptariæ. Ego non adferam exempla, quæ licet discere *ex leg. impensæ, de verb. sign. & ex tit. de im. in res dot. fact.* Videamus in unaquaque harum impensarum, quid juris fuerit. Ac primum quidem ob necessarias impensas, sine quibus periisset res, aut deterior facta fuisset, dos ipso jure minuitur. Ideoque retentio, quæ fit ob necessarias impensas, non est proprie retentio ex dote, sed quasi retentio: quia quod retinetur pro modo, & rata necessariæ impensæ, jure ipso desiit esse dotale: nec est igitur ex dote retentio, sed quasi retentio: quæ facta est præveniente lege, dotemque ipsam minuente pro rata impensæ, & imminuente universitatem ipsam, non corpora singularia, ut eleganter ait *l. 5. D. de imp. in reb.* quo genere est Falcidia, quæ imminuit legata: imo quæcumque Falcidia, quæ minuit legata ipso jure, vel fideicommissa, vel defuncti bona, sumitur ex universo, non ex singulis rebus & corporibus. Et hoc ostenditur *in d. l. 1. & d. l.*

dote, D. de dot. præleg. & l. dote, D. de rit. nupt. l. si is qui Stichum, §. quod dicitur, D. de jur. dot. & in tit. de imp. in res dot. fact. Ob utiles autem impensas fit retentio ex dote, deductio, reputatio, compensatio (tot nominibus idem significatur) dicitur etiam detentatio *in l. 5. D. de impens. in res dot. fact.* sicut *in l. ab hostibus, §. ult. D. ex quibus caus. maj. detentatio*. Et ita Justinianus hoc loco, quæ detinentur ob impensas. Sed hoc leve est, pergamus. Ob utiles impensas est retentio proprie ex dote, quæ minuunt dotem ipso jure, si modo ex voluntate mulieris factæ sint, non si invita ea, vel ignorante: nam si invita ea, vel ignorante factæ sint utiles impensæ, quæ res dotales fecerunt meliores, si factæ sint meliorationes, seu ἐμπονήματα, hæ non aliter reputantur mulieri, quam si eas solvere aliunde possit. Doti igitur non reputantur, sed aliis bonis mulieris si habeat: si nihil aliud habeat, cedunt damno mariti, & lucro mulieris, *l. utilium, D. de impens. in res dot. fact. l. impens. D. de verb. sign.* Hodie etiamsi voluntate mulieris factæ sint impensæ utiles, ex hac constitutione, naturaque prima actionis ex stipulatu de dote, ob impensas utiles non fit retentio ex dote: sed dos integra redditur, impensis utilibus non imputatis, quia sufficere debet marito, quod impensarum earum nomine, si eas fecerit voluntate mulieris, habeat actionem mandati. Voluntas est pro mandato. Habet autem actionem mandati, ut eas recuperet auctoritate Justiniani, *auctoritate nostra*, inquit. Quid opus fuit auctoritate Justiniani ad impensas recuperandas in danda actione mandati, cum eas impensas uxor mandavit fieri? Et eleganter ait Thalelæus in hunc locum, videri cessare actionem mandati, quia ea mihi non competit adversus alium, si quid impendero in rem meam, & dos mariti est. Videtur ergo actio mandati ei non competere de eo, quod impendit utiliter in dotem. Sed auctoritas Justiniani tollit hanc subtilitatem, qui etiam *in l. in rebus, sup. de jur. dot.* definivit dotem non tam esse viri, quam mulieris: quod si factæ sint utiles impensæ sine voluntate mulieris, etiam marito competit actio negotiorum gestorum, quasi re uxoria gesta utiliter, videlicet si aliunde solvere possit quam ex dote, non aliter. Alioquin non esset sublata retentio ob impensas utiles. Igitur veniunt hæ impensæ utiles in actionem mandati, vel negot. gestorum, etiamsi sint modicæ, quoniam in has actiones vel minimæ impensæ veniunt, nummus unus. Cur de nummo uno recuperando non agam, quem impendi in rem alienam? Sed longe aliter servabatur in arbitrio rei uxoriæ, in quo quid æquius, justius, benignius esset, semper quærebatur. Nam arbiter dotis recuperandæ non curabat modicas impensas, *in l. omnino, D. de imp. in res dot. fact.* Et hoc de utilibus. Ob voluptuarias impensas, neque olim, neque hodie est retentio, vel repetitio, licet factæ sint voluntate mulieris, si modo mulier parata sit pati maritum tollentem ea, quibus ornavit res dotales ad sensum & delectationem, aut voluptatem, non ad utilitatem & necessitatem. Pati igitur debet tollentem ea, quibus exornavit prædia dotalia, si separationem recipiant, si revelli possint sine damno rei dotalis, & si sint profutura ipsi marito. Et ideo ut utar exemplo, pati debet ut tollat loricationes, *les lambris*, veluti tabulas affixas parietibus: nam hæ possunt prodesse marito: Ceterum non cogitur pati, ut maligne corradat picturas, vel ut inducat tectoria, nihil laturus, nisi ut officiat mulieri, nihil lucrifacturus. Et hæc ostenduntur *in l. pro voluptuariis, & l. voluptuariæ, D. de imp. in res do. fact. l. in fundo, D. de rei vind. l. 3. §. sed si mutuam, D. de in rem vers.* Exposui quinque genera retentionum. Addendum unum tantum est ex iis, quæ dicta sunt, esse observandas & colligendas differentias, quæ iis retentionum speciebus sunt inter se. Prima differentia est hæc: Ob res donatas, vel amotas, vel ob impensas, vel ob mores, non tantum esse retentionem, sed etiam actionem: Ob res donatas vindicationem, vel condictionem: Ob res amotas, actionem rerum amotarum: Ob impensas etiam condictionem *in l. 5. §. ult. D. de imp. in res do. fact.* Ob mores, actionem de moribus. Ergo in arbitrio rei uxoriæ, licet concurreret actio ob eas causas: tamen & retentio admittebatur. Ob liberos erat tantum retentio, non petitio, ut eleganter *Ulp. lib. sing. reg.* ostendit. Non plures, inquit, quam tres sextæ sunt *in retentione, non in petitione*, quod evenit sæpissime in jure, ut sit retentio, non actio, *l. ex quib. D. de cond. ind.* Debiti naturalis est retentio, non petitio. Falcidiæ olim erat retentio, non petitio: secundum Just. petitio, vel deminutio, quæ fit ipso jure, & quasi retentio. Ob sumptum, quem fecit bonæ fidei possessor in rem alienam, est retentio, non petitio, *l. Paulus, D. de dol. exc.* Et ita ob liberos erat retentio sextarum, non petitio. Secunda differentia hæc est: Ob alias causas retentionum ante divortium non paciscimur probe, ne his retentionibus utamur, *l. 5. D. de pact. dot.* Ob liberos etiam ante divortium paciscimur quidlibet, quod multæ leges indicant *in d. tit. de pact. dot.* Tertia differentia hæc est: Ob res amotas, vel donatas, vel ob impensas, retentio fit non tantum facto divortio, sed etiam morte viri soluto matrimonio ab herede viri, *l. rei, §. 1. D. solut. matr.* Morte autem mulieris soluto matrimonio dos tota remanet apud virum, vel profectitia redit ad patrem, nisi convenerit, ut remaneret pro liberis, quod §. sequenti explicabitur accuratius. Ob mores fit retentio facto tantum divortio. Itemque ob liberos facto tantum divortio, ut Martinus recte sensit. Cujus sententiam glo. hoc loco dicit observari. Ergo morte viri soluto matrimonio non fit retentio ob liberos, etiamsi ita convenerit ex continenti a muliere ipsa, vel patre dante dotem: nam ea pactio est injusta, nempe contra dotem, & morte viri soluto matrimonio non licet facere deteriorem conditionem dotis, ne dos integra redeat divortio facto, aut mortua muliere in matrimono, quia non fit deterior causa dotis, nisi divortio facto culpa mulieris, *l. 1. D. de dot. præleg. l. 3. titulo sequenti, l. 2. D. de pact. dotal.* Et hoc etiam recte adnotavit *gloss. in l. cum ad patrem, sup. tit. prox.* Mortua etiam muliere in matrimonio nihil retinebatur propter liberos, quia vel dos remanebat apud virum, vel revertebatur ad patrem, hoc casu retentis tantum quintis, nisi convenisset, ut retineretur dos propter liberos, *l. si pater, l. inter, §. cum inter, D. de pact. dot.* Et quarta differentia hæc est, quia actio ex stipulatu hodie sicut olim nullam admittit retentionem, præter eam, quæ fit ob necessarias impensas, *§. item si de dote, Instit. de action.* Et ultima differentia hæc est: Quod ob res donatas specialiter, etiam ante Justinian. non fiebat retentio, si vir non mutasset voluntatem. Quia ex oratione D. Severi, & senatusconsulto confirmatur donatio inter virum & uxorem, si in eadem voluntate permanserit donator, *l. 1. D. de dot. præl. l. cum hic status, §. oratio, D. de don. inter vir. & uxor.* Hodie etiamsi mutaverit voluntatem, non fit retentio dotis ob res donatas in actione ex stipulatu, vel in alia actione, veluti in actione ex testamento, *l. 1. D. de dot. præleg.* quia alia remedia comparata sunt.

Ad §. illo proculdubio *in ex stipulatu actione servando, ut si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit, sive ex hac lege inesse intelligatur.*

IN hoc §. tractatur differentia dotis profectitiæ & adventitiæ. Modestinus JC. scripsit librum de *differ. dot.* ex quo est *lex 13. de jur. dot.* de differentia dotis profectitiæ, ut opinor, & adventitiæ. Et videtur is liber fuisse portio librorum differentiarum, quos edidit idem Modestinus. Profectitia dos est, quam pater dedit pro filia: adventitia, quam dedit alius quilibet, vel etiam pater ipse non ut pater, sed ut extraneus, *l. profectitia, §. si pater pro filia, ff. de jur. dot.* Et hæc in glossis veterum dicitur παραγινομένη: illa dicitur ἀποδημητική, insulso ineptoque errore, quasi scil. profectitia dicatur a profectione .i. peregrinatione, & adventitia, quasi dicatur ab adventione, aut nuncii veluti personæ cujusdam: eodem errore repotia interpre

terpretantur *ποδοστοφία*, quaſi dicantur a repedatione, ſive reditione, non a reputatione. Hujuſmodi ineptiæ ſunt frequentes in auctoribus Græcis imperitis linguæ latinæ. Hoc poſito ita diſtinguamus: Aut divortio ſolvitur matrimonium, aut morte viri, aut morte mulieris. Et rurſus ſi divortio; aut poſt divortium vivit mulier tempore repetendæ dotis: aut mortua eſt antequam dos repeteretur. Si vivit tempore recuperandæ dotis: de hoc caſu agetur in §. *accedit*, & §. *ſeq. inf.* Igitur hunc caſum reſervemus in illum locum. Si poſt divortium mortua ſit mulier ante repetitam dotem: de hoc caſu actum eſt in §. *maneat*, *ſup.* Ex quo intelleximus actionem rei uxoriæ, mortua muliere poſt divortium, non aliter tranſmitti ad heredem, quam ſi moram in dote reddenda maritus feciſſet. Et ita videtur accipienda *lex* 26. & *l. ſi poſt divortium*, *ff. ſol. matr.* Actionem autem ex ſtipulatu tranſmitti etiam ſine mora, ut ait *d.* §. *maneat*, id eſt, etiamſi mariti nulla mora intervenerit, id eſt, ſi per maritum factum non fuerit, quo minus dos redderetur: quam interpretationem illius loci, etiam inveni confirmare Græcos, qui loco illorum verborum *& ſine mora*, ſcribunt, *ſive mora facta fuerit*, *ſive non*: *ἄτε γέγονεν ὑπέρθεσις, ἄτε μή*. Et hoc jus actionis ex ſtipulatu, ut tranſmittatur indiſtincte ad heredem mulieris, mortua muliere poſt divortium, Juſtinian. magis probat in *d.* §. *maneat*. Quid ſi morte viri diſſolvatur matrimonium? Utimur eadem diſtinctione, & eodem jure, quod diximus primo caſu, ſi divortio ſolveretur matrimonium: Nam ſi poſt mortem viri mox etiam moriatur mulier, ante repetitam dotem: vel dos redit ad patrem, vel ad heredem mulieris: nam ſive divortio ſolvatur matrimonium, ſive morte viri, mox etiam ſequuta morte mulieris ſeparanda eſt dos profectitia ab adventitia, ut adventitia redeat ad heredem mulieris: profectitia ad patrem, qui ſupervixit filiæ. Quod African. notavit recte in *l. ult. in prin. ff. rem rat. hab.* & ibi expoſui copioſius. Sed ſi mulier vivat poſt divortium, vel mortem viri, tempore repetendæ dotis, ſequemur ea, quæ proponuntur in *d.* §. *accedit*, ubi etiam hoc caſu aliqua differentia eſt inter dotem profectitiam & adventitiam, ut ibi demonſtrabimus. Quid autem fiet, ſi mulier moriatur conſtante matrimonio, ſi morte mulieris ſolvatur matrimonium? Et hoc caſu aliud etiam eſt jus rei uxoriæ, aliud actionis ex ſtipulatu. Item aliud eſt jus dotis profectitiæ, aliud dotis adventitiæ. In dote profectitia eſt commune jus utriuſque actionis, ut ſcilicet redeat ad patrem, unde profecta eſt, *l. jure*, *D. de jur. dot.* ne & filiæ amiſſæ, & pecuniæ damnum ſentiat, *ne*, ut ait Plin. in *Panegir. Trajani*: *eodem momento, quo deſiit eſſe pater, hoc quoque amittat, quo pater fuit.* Dos igitur profectitia obſervatur in omnibus judiciis, ut redeat ad patrem, niſi convenerit, ut remaneret apud virum mortua muliere in matrimonio, vel pro liberis, vel etiam ſi nulli exſtent liberi, *l. ſi pater*, *l. inter*, §. *cum inter*, *D. de pact. dot. l. ſi dotali*, *D. ſol. matrim.* Si hoc non convenerit, proculdubio mortua in matrimonio filia dos profectitia redit ad patrem moribus quarumdam nationum, veluti Tholoſanorum, remanet apud virum, etiamſi nulli exſtent liberi, etiamſi nihil de eo convenit, vel ſi uxor moriatur poſt triduum nuptiarum: ſed non jure civili populi Romani, quo mortua muliere conſtante matrimonio, dotem profectitiam patri reddi oportet indiſtincte, ſive exſtent liberi, ſive non ex eo matrimonio. Sed ut eleganter Ulpian. docet *lib. ſing. reg. tit. de dot.* exſtantibus liberis, pater defunctæ mulieris, ſive eorum liberorum avus maternus debet relinquere liberis quintas ex dote penes maritum, & liberis ſingulis in infinitum, inquit. *Quomodo liberis ſingulis relinqui poſſunt quintæ ex dote in infinitum?* quæſo videamus. Si ſint quinque liberi, nihil ex dote revertetur ad patrem, nam quinque quintæ explent aſſem dotis: ſi ſint ſex filii, ex dote non poſſunt ſumi ſex quintæ: non ſeptem ſi ſint ſeptem filii: non octo, & ſic deinceps: Nam in toto ſunt duæ tantum dimidiæ partes, & ſimiliter tres tantum tertiæ, & qua-

A tuor tantum quartæ, & ſex tantum ſextæ, & conſequenter quinque tantum quintæ, & ſic deinceps. Finge 12. eſſe filios, non poſſunt ex dote univerſa deduci 12. quintæ. Quamobrem exiſtimo hac in re eandem rationem eſſe ſequendam, quam ſequimur in quarta pluribus filiis relinquenda ad excludendam inofficioſi teſtamenti querelam: Finge 12. eſſe, eſt ſingulis relinquenda non quarta bonorum omnium, ſed quarta ejus, quod habuiſſent, ſi deceſſiſſet pater inteſtatus: habuiſſent autem ſinguli unciam: ergo ſinguli, ut eis ſatisfiat, eſt reliquenda unciæ quarta, quæ latine dicitur ſicilicus. Et ita etiam patre repetente dotem filia mortua in matrimonio, ſi ſint 12. filii, ſingulorum nomine maritus retinebit quintam partem ejus, quod habuiſſent filii, ſi tota dos pro eis remanſiſſet apud patrem, ex æquo inter eos dividenda,

B eiſve ſervanda. Habuiſſent autem ſinguli eo caſu unciam, ergo ſingulis eſt relinquenda quinta pars unciæ; & ad ſummam, omnibus 12. ſunt relinquendæ duæ unciæ integræ, & ex altera uncia duæ quintæ, reliquum omne eſt reddendum patri, a quo dos profecta eſt. Hodie quintæ illæ ſunt ſublatæ, ut ſup. oſtendi: ergo integra dos profectitia redit ad patrem, non tantum ſi filia fuerit in poteſtate ejus, ne fallamur, etiamſi quædam lex dicat, mortua filiafam. in matrimonio dotem redire ad patrem, ut *l. dos*, *inf. ſol. matr.* Nam non ideo negat idem eſſe in emancipata filia. Ergo ſive dos filiæf. ſive filiæ emancipatæ profecta ſit a patre, ſive hujus, ſive illius filiæ, ea mortua in matrimonio reddenda eſt patri, quod confirmant multæ leges, *l. pater*, *de evict.* ubi unum caſum ſic interpretari oportet, ſi filia eman-

C cipata moriatur in matrimonio, ut dotem profectitiam reddi oporteat patri, *l. profect.* §. *ſi pater pro filia*, *D. de jur. dot. l. ſi filia*, *D. de divort. l. ſi ab hoſtib. in pr. D. ſol. mat.* Et ut dixi initio, hoc jus dotis profectitiæ eſt commune actioni ex ſtipulatu, & actioni rei uxoriæ, quia pater præſumitur tacite ſtipulatus ſibi dotem reddi in caſum mortis filiæ, patri datur tacita ſtipulatio, §. *extraneum inf.* Quem male huic ſententiæ vulgo objiciunt, quod ſcilicet male ei reſpondeant, non quod male objiciant: nec enim ille §. loquitur de caſu noſtro, de ſoluto matrimonio morte filiæ, quo dicimus dotem profectitiam redire ad patrem indiſtincte, ſi fuerit filiafamil. ſive emancipata: ſed loquitur hic §. de matrimonio ſoluto divortio, quo caſu ſi filia ſit emancipata, ſola repetit dotem, *l. ſi cum dotem*, §. *eo autem*, *l. Titia*, *ff. ſolut. matr.*

D *d. l. pater*, *de evict.* quæ ait, ſi filia ſit emancipata, non aliter dari repetitionem dotis patri, quam ſi ipſa moriatur in matrimonio, non igitur ſi diverterit a marito: ſed ſi filia ſit in poteſtate, pater dotem repetit, adhibita tamen voluntate filiæfamil. quia communis dos eſt, aut eſſe intelligitur. Hoc caſu differentia eſt inter filiamfam. & emancipatam, non in propoſito caſu. Et hæc de dote profectitia. In dote adventitia eodem caſu, morte ſcilicet mulieris ſoluto matrimonio, eſt differentia, etiam inter actionem rei uxoriæ, & actionem ex ſtipulatu. Nam ex judicio rei uxoriæ dos adventitia, mortua in matrimonio uxore, vel ad extraneum redit, a quo profecta eſt, ſi eam receperit ſibi ſtipulatione, vel pactione, vel ſi non receperit, apud virum remanet ſemper, Ulp. *in tit. de dot.* id eſt, ſive exſtent liberi, ſive non. Et hoc etiam

E admodum multæ leges probant, *l. ſi ab hoſtib.* §. 1. *ff. ſolut. matr.* In quo ponimus dotem fuiſſe adventitiam: poſſe igitur eam lucrari maritum morte uxoris. Nam hæc eſt natura adventitiæ dotis non receptæ ab extraneo, qui eam dedit, quod cogitans maritus occidit uxorem, ut dotem lucraretur, hoc caſu inquit, maritus reddit dotem heredibus mulieris, quia non debet ob ſuum facinus dotem lucrari. Idem etiam oſtenditur in *l. 5. de bon. damn. l. mulier*, *D. de condit. inſt. l. Celſus*, *D. de rel. & ſumpt. fun. l. 1. ſup. ſi adv. dot. l. dotale*, *D. de fund. dot. l. cum mortem*, *ff. de jur. fiſc. l. ult. ſup. tit. prox.* Nec hoc ignoravit Cornutus antiquus Grammaticus in Perſium: *Dos*, inquit, *a cive Romano data*, *non patrio dicta nomine*, id eſt, *dos adventitia*, *non profectitia*, *ſi repudium*

non

non intervenerit, poſt mortem uxoris ad maritum pertinet. Et quo magis hoc videatur eſſe verum, nam refractariis quibuſdam hoc non poteſt perſuaderi, moneo ut caveant a *l. ſi filia, ff. famil. erciſc.* quæ ait eſſe imperitiam, ſi quis forte exiſtimaverit, poſt mortem uxoris dotem adventitiam non remanere apud virum. Et addamus etiam dotem profectitiam remanere apud virum, poſt mortem uxoris. Non ſum mihi contrarius: Nam hoc intelligo, ſi pater prior deceſſerit conſtante matrimonio, deinde ipſa filia, dos profectitia pertinebit ad maritum, non ad heredes ſoceri, *l. cum patrem, ſup. de jure dotium*: quæ eſt maxime notanda. Et Ulpianus *in dicto tit. de dotib. Mortua in matrimonio*, inquit, *uxore, dos a patre profecta, ſi pater non ſit, apud virum remanet*. Et hoc eſt jus actionis rei uxoriæ. At actio ex ſtipulatu de dote adventitia recuperanda, mortua in matrimonio uxore tranſmittitur ad heredes mulieris, nec cedit lucro mariti, niſi ita convenerit inſtrumento dotali, quæ eſt ſententia hujus §. Nam Juſtin. magis hodie probat jus actionis ex ſtipulatu, ut non remaneat dos adventitia apud virum poſt mortem uxoris, niſi ex pacto dotali.

Ad §. Cum autem *in exactione dotis ex ſtipulatu quidem actio naturaliter reſtitutionem dotis a patre mariti uxori illico, & in ſolidum fieri jubebat, rei uxoriæ autem annua, bima, trima die, in his, quæ pondere, numero, menſura conſiſtunt, exactionem pollicebatur, & non in ſolidum, ſed in quantum maritus facere poteſt, ſi non dolo malo ſuam deminuerit ſubſtantiam, in hac parte rudem figuram ex ſtipulatu damus actioni, ut ſi matrimonium fuerit diſſolutum, nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere poteſt: quia hoc æquiſſimum eſt, & reverentiæ debitum maritali, ſi non dolo malo verſatus eſt, cautione videlicet ab eo exponenda, quod ſi ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus perſolvit, hoc reſtituere procuret. Exactio autem dotis celebretur non annua, bima, trima die, ſed omnimodo intra annum in rebus mobilibus, vel ſemoventibus, vel incorporalibus, ceteris videlicet rebus, quæ ſolo continentur illico reſtituendis, quod commune utriuſque fuerat actionis. Sin autem ſuperſederit res mobiles, vel ſemoventes, vel incorporales poſt annale tempus reſtituere, vel ceteras res ſtatim poſt diſſolutum matrimonium, etiam uſuras æſtimationis omnium rerum, quæ extra immobiles ſint, uſque ad tertiam partem centeſimæ ex bona fide introducendas maritus præſtet, fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore diſſoluti matrimonii præſtandis, ſimilique modo penſionibus vel vecturis navium, ſive jumentorum, vel operis ſervorum, vel quæſtu civilium annonarum, & aliis, quæ ſunt eis ſimilia parti mulieris reſtituendis.*

Ad §. Igitur & in ſequenti *capitulo ſua ex ſtipulatu actio utatur natura, ut ſi mulier a marito fuerit heres inſtituta, & legis Falcidiæ ratio emerſerit, etiam dotis debitum liceat ei, ſicuti alia debita ex ſubſtantia mariti ſubtrahere, & ſic quartam partem deducere.*

QUæſtio hujus §. eſt de die reddendæ dotis, & ſi reſpicias ad jus actionis rei uxoriæ, dos, ut ait Ulpianus in *tit. de dotib.* quæ continetur pondere, numero vel menſura, redditur uxori ſoluto matrimonio, annua, bima, trima die, id eſt, anno, biennio, triennio, tribus penſionibus, quod ſtatutum legibus tempus dicitur, *l. Attilicinus, D. de pact. dot.* & ſtatutum dilationis tempus in *l. juriſgentium 7. §. ut puta, ff. de pactis*. Et ubique Tribon. propterea quod Juſtinianus hoc tempus mutavit, treſque penſiones dotis vertit in unam: Ideo ubi ſcriptum erat *annua, bima, trima die*: Tribonianus repoſuit *ſtatuto tempore*, ſicut in tractatu de uſucapionibus ſemper *ſtatuto tempore*, vel *legitimo tempore*, quod uſucapionum tempora mutaſſet Juſtin. ubi Juriſconſultus ſcripſerat *anno, biennio, triennio*, poſuit *tempore ſtatuto*. Et ut dixi in *l. juriſgentium, §. ut puta, ff. de pact. ſtatuto dilationis tempore*, quo ſcilicet differtur ſolutio, & reſtitutio dotis. Et ex illo §. quod non animadverti, explicanda ſunt hæc verba hujus §. (nullo pacto adhibito) hoc modo: quia divortium eſt contractus, ut conſtat *ex l. ſi uxor, ff. de judic.* Igitur ſi in ipſo divortio incontinenti vir & uxor paciſcantur, ut dos præſens reddatur, quæ continetur pondere, numero, vel menſura; ea pactio utilis eſt ad agendum, id eſt, efficiet, ut confeſtim mulier repetat dotem, quia eſt adjecta contractui, id eſt, divortio ex continenti, ergo ineſt etiam ex parte actoris, ſed ut ait §. *ut puta*, ſi poſt divortium, ex intervallo ſcilicet, idem convenerit, ex eo pacto non naſcitur actio, quia non ineſt contractui ex parte actoris, quod poſt contractum paciſcimur, & divortium eſt contractus. Et ita eſt explicandus omnino ille §. *ut puta*. Et *in hoc §. cum autem*, illa verba, *nullo pacto adhibito*, videlicet in ipſa diſſolutione matrimonii, remiſſione nuntii, repudio, divortio, quod dicimus dotem illam eſſe reddendam annua, bima, trima die, ſecundum naturam arbitrii rei uxoriæ. Aliquando dicunt compendio rationis, annua die dotem eſſe reddendam, *ut in l. 1. ff. de dote præl.* annua die, id eſt, annua, bima, trima die. Et ſimiliter in *l. talis, D. de leg. 1. & Ulpian. in ſupradicto tit. de dot. in ea*, inquit, *dote, quæ annua die reddi debet*, & ſimiliter idem poſſunt ſignificare, nempe tres penſiones, Gallice *trois payes*, hæc verba trima die, etiam omiſſis prioribus, annua, bima. Et in hanc rem eſt elegans *l. 3. §. penult. D. de an. leg.* Teſtator juſſit Titio dari 100. trima die. Quæritur an ſint præſtanda tribus penſionibus, an poſt triennium demum? Lex ait, in dubio ea verba ſic eſſe accipienda, ut 100. præſtentur legatario tribus penſionibus, id eſt, annua, bima, trima die: vel quod ea adjectio eſſet olim frequens Romæ in omnibus cauſis ob minuendam exactionum acerbitatem: vel etiam quod eo minus gravetur heres, ſi legatum ſolvat tribus penſionibus, id eſt, per partes: quam ſi integrum poſt triennium. Et in dubio favemus heredi potius, quam legatario, parcimus heredi, ut ait eleganter *l. Sempronius, D. de l. 2.* quod poteſt hodie dirimere multas controverſias, ſi inſit memoriæ hæc ſententia. In dubiis eſſe favendum & parcendum heredi, id eſt, eſſe exonerandum heredem. Et eſt elegans ſpecies *d. l. Sempronius*. Ejuſdem patrisfamil. proferuntur binæ tabulæ eodem tempore ſcriptæ exemplari cauſa, ut ſolent teſtatores duobus exemplaribus, ſive codicibus ſcribere teſtamenta ſua, ut uno amiſſo ſuperſit aliud, vel ut unum domi relinquant, alterum peregre ſecum ferant, *ut §. pen. Inſtit. de teſtam. ordin.* Ergo finge: ſunt binæ tabulæ teſtamenti, in quis congruunt omnia, præterquam quod in unis leguntur Titio legata 50. in aliis eidem Titio inveniuntur 150. Quæritur utrum debeantur ei 150. an 200. conjuncto utroque legato, an 50. Et quia unum tantum legatum facere voluit teſtator, concludamus neceſſe eſt legatario deberi 150. ut eſt in unis tabulis, vel 50. ut eſt in aliis: Sed melius eſt ut in dubiis heredi parcamus, atque ideo dicamus heredem liberari ſolvendo 50. quod minimum eſt, nam in dubiis heredi parcendum eſt. Sic in dubio, ea verba trima die accipimus pro tribus penſionibus. Et hoc de dote, quæ pondere, numero, menſura conſtat, ut reddatur per partes, id eſt, tribus penſionibus. Reliquæ dotes, quæ conſiſtunt in corporibus, rebuſque certis, redduntur præſenti die, poſt ſolutum matrimonium, redduntur ſtatim ſecundum naturam arbitrii rei uxoriæ. Et ſecundum naturam ejuſdem maritus, vel ſocer non condemnatur in ſolidum, ſed in quantum facere poteſt, ſi modo non in fraudem uxoris bona ſua deminuerit dolo malo, ut ait Juſtin. hoc loco. Et confirmatur *l. etiam, §. 1. D. ſol. matr.* Nam & hoc quiſque facere poſſe videtur, quod dolo malo fecit quo minus poſſet: dolus eſt pro facultatibus; ſicut dolus dicitur eſſe pro poſſeſſione in *l. qui dolo, D. de reg. jur.* quia non æquum eſt dolum ſuum quenquam relevare. Et ita eſt proditum in *l. verum, §. tempus, D. pro ſoc.* Hac in re dolus malus tantum arguitur, non culpa. Nam quod culpa, id eſt, negligentia & deſidia amiſit, id non videtur facere poſſe, id non videtur poſſidere: Dolus pro poſſeſſione

ſione eſt, non culpa: qui dolo deſiit poſſidere, pro poſſeſſore damnatur, non qui culpa. Hoc autem privilegium, quod datur marito, datur etiam uxori, quacunque ex cauſa inter ſe agant privilegium eſt reciprocum, niſi ex maleficio agant. Hoc, inquam, privilegium non datur tantum marito, ſed etiam filio communi heredi mariti, *l. maritum*, *l. etiam*, *l. rei judicatæ*, *§. ult. ff. ſol. matr.* Atque ita differentia eſt in hac re inter heredem filium, & heredem extraneum. Privilegium perſonale tranſit in filium heredem, non in extraneum. Sicut alias etiam privilegium, quod datur mulieri, ut præferatur omnibus creditoribus etiam antiquioribus, datur tantum filio, non heredi extraneo, *l. 1. inf. de priv. dot.* & valde notandum eſt, quoniam poteſt ad alia pleraque accommodari quod eſt ſcriptum in *l. ex diverſo*, *§. ult. ff. ſol. matr.* Finge: Judex imperitia juris lapſus maritum condemnavit in ſolidum, quem non debuit condemnare ultra facultates. Ex ea condemnatione ſequitur carcer. Nam debitor, qui non poteſt facere, qui non eſt par ſolvendo, carcere coercetur, *l. 1. & ult. inf. qui bon. ced. poſ.* Magna fuit imperitia judicis, & facit ſane judex litem ſuam, id eſt, tenetur damnum præſtare condemnato, ſed interim mulier exiget ſolidum ex re judicata; verum repelli poterit exceptione doli mali. Exequenti judicatum opponetur exceptio doli mali. Remedii iſtius eſt vis magna; nam ſic fiet ope exceptionis, ut res ſemel judicata retractetur, *il faudra revoir le procez*, quod regula juris non patitur. Et hoc belle confirmat *l. non diſtinguemus*, *§. cum quidam*, *ff. de recept. qui arb. rec.* Finge: arbiter ſumptus eſt ex compromiſſo, id eſt, compromiſſa invicem pœna, ni ſtarent ſententiæ arbitri, a qua conſtat non poſſe appellari, *l. 1. ſupra*, *de rec. arb.* Jure noſtro: nam conſtitutiones regiæ permittunt appellationem etiam a ſententia arbitri compromiſſarii, jure, inquam, noſtro a ſententia compromiſſarii appellari non poteſt, & qui ei non paret, committit pœnam compromiſſam, & exigi poteſt. Hoc cognito, pone: arbiter antequam ſententiam dixiſſet, manifeſto apparuit inimicus ex nova quadam cauſa uni ex litigatoribus. Et cum ab eo teſtationibus eſſet ſæpe conventus ne ſententiam diceret *qu'il le recuſoit*, is nihilominus nullo cogente ſententiam dixit, cui damnatus parere noluit, nec obtemperare. Igitur exigitur pœna compromiſſa. Quid faciet apud judicem, apud quem pœna petitur? Opponet exceptionem doli mali, quod arbiter ſententiam dixerit dolo malo, & per inimicitias, & contra teſtationem, & ultro & nemine cogente. Eaque exceptio inquit, erit appellationis ſpecies, licet appellari non poſſit ab arbitro, quoniam efficit, ut ſententia arbitri retractetur, & eadem lis ex integro agatur. Et hæc de actione rei uxoriæ. Actio ex ſtipulatu recuperandæ dotis erat aſperior, quam rei uxoriæ actio, ut ſemper omnis actio ex ſtipulatu eſt aſpera, directa, ſimplex, ac proinde commodior, & utilior actori, quod agat præciſe, nec quicquam ponat in arbitrio judicis. Nam hæc actio ex ſtipulatu maritum condemnabat in ſolidum, non habita ratione facultatum ejus, & exigebat dotem præſentem, id eſt, ſtatim a ſoluto matrimonio. Hanc aſperitatem actionis ex ſtipulatu, qua ſola vult hodie repeti dotem Juſtin. mitigat in hoc §. & hac in re jus utriuſque actionis immutat ad aliquid, novumque jus, & novam formam dat actioni ex ſtipulatu. In ſuperioribus caſibus, qui ſupra ſunt tractati, veterem conſervat formam actionis ex ſtipulatu, naturam, jus reprobat actionis rei uxoriæ: In hac quæſtione, & caſu de die reddendæ dotis actioni ex ſtipulatu Juſtinianus adjicit hoc, ſcilicet quod inerat actioni rei uxoriæ, ut maritus non condemnetur ultra facultates, atque ita mitigat actionem ex ſtipulatu, probato magis jure actionis rei uxoriæ, quod eſt mite & moderatum. Nam ait hoc eſſe debitum reverentiæ maritali, ne acerbius exigatur, ſi abſit dolus malus, etiamſi non abſit culpa, quæ reverentia adeo debetur marito, ut de ea non exhibenda, puta de marito conveniendo in ſolidum paciſci turpe ſit & improbum, *l. alia*, *§. ult. ff. ſol. matrim.* At præterea ſi

A conventus fuerit maritus in id, quod vires facultatum ſuarum ferebant duntaxat, ſi in id tantum condemnatus fuerit, cavere etiam debet hoc modo, quod in præſentiarum facere non poteſt, quandoque poterit, reddi. Quod etiam proponit Juſtinian. in *hoc* §. nam poſt condemnationem illam moderatam, integra manet mulieri reſidui petitio, ſi poſtea aliquid adquiſierit maritus, quod idoneum emolumentum contineat, atque ſufficiat explendæ doti, & perſolvendæ. Et nota non eſſe dubitandum, hanc cautionem eſſe tantum nudam repromiſſionem fidejuſſoribus, hoc probat evidenter *l. verum*, *§. item videndum*, *ff. pro ſoc.* Et quod generaliter Juſtinian. definivit in *l. 3. inf. de verb. ſign.* in legibus cautionis nomen ſi nihil addatur aliud, puta ſi non dicatur, ut præſtetur idonea cautio, vel ſatiſdatio, ſemper eſſe ac-

B cipiendum de ſtipulatione nuda promittis? promitto. Idemque ſignificare ſimplex cautelæ nomen, videlicet ἀσφαλείας, quoniam quam nos dicimus cautionem, Græci ἀσφάλειαν, id eſt, ſecuritatem vocant: ergo & in hoc §. cautionis nomen accipiamus pro nuda repromiſſione. Idem Juſtinian. in hoc §. nove conſtituit, ut dos quæ conſiſtit in mobilibus rebus, vel ſemoventibus, inquit, quas Græci vocant αὐτοκίνητα, puta in mancipiis, vel jumentis, aut pecoribus, item dos, quæ conſiſtit in rebus incorporalibus, puta in nominibus debitorum. Denique ſi dos conſiſtat in pondere, numero, & menſura, quæ res veniunt etiam mobilium appellatione veluti pecunia numerata, vinum, frumentum, oleum, vaſa argentea, aut maſſæ aureæ, aut argenteæ. Et generaliter, ſi conſiſtat in quibuſcunque mobi-

C libus, vel ſemoventibus, vel juribus, vel actionibus, ut ea dos non reddatur annua, bima, trima die, neque etiam præſenti die, rejecto jure utriuſque actionis, ſed intra annum. Et hic valde laudo, quod decidit Accurſius, quod quærit primum, ac deinde reſpondet. Dos igitur ea reddenda eſt poſt annum. Interim unde ſe, & ſuos alet, & tuebitur mulier? unde vitam tolerabit ſuam? finge eam alia nulla bona habere, *ut l. ult. inf. qui pot. in pign. hab.* Plerunque ait mulieres ſolam dotem habere in bonis. Et prudenter definivit Accurſius, mulierem, quæ aliunde ſe tueri non poteſt, intra eum annum eſſe alendam ſumptibus mariti, vel heredem ejus, quod & ipſi dote utantur fruantur. Quid autem fiet ſi dos conſiſtat in rebus immobilibus? ut olim obtinuit in utraque actione, reddenda eſt ſtatim, hoc eſt apertiſſimum. Et

D in ea quidem, quæ reddenda eſt intra annum: intra eum annum, eſt immunis ab uſuris præſtandis mulieri. Sed ſi poſt annum reddantur, incipiunt currere uſuræ dotis trientes; uſuræ ergo moventium, ut mancipiorum, jumentorum, id eſt, æſtimationis earum rerum, qua in re diſtat vir a muliere: Nam viro petenti dotem debentur uſuræ trientes *à quatre pour cent* poſt biennium, *l. ult. §. præterea*, *ſupra titul. proxim.* mulieri repetenti poſt annum. Etiam ex *d. §. præterea*, *& ex l. hac edictali*, *§. his illud*, *ſup. de ſec. nupt.* intelleximus antea, rebus immobilibus adnumerari panes civiles, & mancipia ruſtica, & reditus, vel penſiones prædiorum ruſticorum, vel urbanorum. Ex hoc loco annumerabimus etiam rebus immobilibus, vel fructibus earum, aut quæſtubus vecturas navium, vel jumentorum, ac ſi naves ſint res immobi-

E les, & jumenta, & operas ſervorum, quæ locari ſolent, quod videtur tantum accipi poſſe de ſervis ruſticis, vel de jumentis ruſtico operi deſtinatis. Nam hæc mancipia, vel jumenta, veluti pars fundorum ſunt. Ergo veluti res immobiles, *ut ait Julian. in Novell. 7.* Et his addatur *l. mercedes*, *de pet. her. §. ſeq.* expoſuimus *in §. primum itaque*, quia pertinet ad edictum de alterutro.

Ad §. Cumque ex ſtipulatu *actio in his caſibus, quos enumeravimus propriam naturam habeat: neceſſarium eſt in ſequenti tractatu ea exponere, quæ vel communia ſunt utriuſque actionis, vel quæ in ſolam ex ſtipulatu actionem colligi oportet: vel propria quidem rei uxoriæ actionis, ex inde autem ex ſtipulatu actioni accommodanda. Itaque par-*

tus

tus dotalium ancillarum, id est, quæ æstimatæ non sunt, vel quæ servi dotales ex quacumque causa (nisi ex re mariti, vel operis suis) adquisierunt, ad mulierem pertinere utraque actio similiter voluit. Fœtus autem jumentorum, & omnia, quæ fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii, sive non æstimata, sive æstimata sint. Sed & novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione utrique parti debere adsignari, commune utriusque actionis est, in rebus scilicet non æstimatis. Æstimatarum enim rerum maritus quasi emptor & commodum sentiat, & dispendium subeat, & periculum expectet.

JUstinianus cum antea satis ostendisset quæ retinuerat ex natura, & jure actionis ex stipulatu longe diversa ab actione rei uxoriæ: nunc incipit tractare quæ sunt communia actionis utriusque, quæ etiam ipse retineat & probet. Et jam in §. *cum autem*, *sup.* occupavit dicere hoc esse commune utriusque actionis, ut prædia dotalia soluto matrimonio statim reddantur, reliquæ dotes etiam redduntur, statim ex natura stipulationis, ex natura rei uxoriæ annua, bima, trima die: ex nova forma, quam Justinianus indidit actioni ex stipulatu, intra annum reliquæ dotes redduntur, quæ non consistunt in rebus soli, vel quæ in mobilibus rebus adnumerantur. Sequitur in hoc §. aliud commune utriusque actionis, ut in neutram actionem veniant fructus dotis percepti constante matrimonio. Hos enim maritus lucratur pro oneribus matrimonii, *l. dotis fructus, ff. de jur. dot. l. pro onerib. sup. eod. l. cum pater, l. quæris, ff. de pact. dot.* Dixi constante matrimonio, nam fructus percepti ante nuptias, puta, cum traditio dotis vetustior est nuptiis, hi fructus augent dotem, & reddendi sunt quandoque soluto matrimonio, quasi dotales, *d. l. dotis, §. 1. l. si servo in dotem, de jure dot. l. 6. ff. sol. matr.* Rursus recte dixi, percepti constante matrimonio, nam percepti post solutum matrimonium ex prædiis dotalibus, etiam augent dotem, non cedunt lucro mariti, *l. si marito, §. ult. ff. solut. matrim.* Et ideo ejus anni, quo divortium factum est, vel quo morte viri solutum est matrimonium *ut in l. 7. §. interdum, in fin. soluto matr.* vel etiam morte mulieris, si dos profectitia fuerit, quæ sit reddenda patri mulieris superstiti, ejus, inquam, anni fructus extremi anni nuptiarum dividuntur inter virum & uxorem, aut socerum, pro rata temporis, quo stetit matrimonium, ut recte ait Justin. *in hoc §. & J. C. in l. si alienum, ff. sol. matr. l. cum in fundo, §. divortio, ff. de jur dot.* Et Paulus *2. sentent. tit. 22.* Exempli gratia: Si novissimo anno matrimonium steterit quatuor mensibus tantum, cum forte una fuissent per quinquennium, aut decennium; ex novissimo anno, quo conjuges una fuerunt quatuor mensibus tantum, ex fructibus ejus anni maritus feret trientem, uxor bessem, id est, maritus tertiam, quia tertia parte tantum ejus anni stetit matrimonium, tertiaque tantum parte ejus anni sustinuit onera matrimonii: uxor feret duas tertias, nisi aliud convenerit, *l. penult. ff. de pact. dot.* Et inde illa nobilis quæstio, de divisione fructuum inter virum & uxorem *in d. l. 7. §. Papinianus, ff. sol. matr.* quam satis diligenter, ut arbitror, memini me exposuisse tribus in locis; *in sententiis Pauli, in feudis, & in obser. 14. cap. 22.* Aberrarem longe si ea quæstio esset mihi nunc retexenda: sed ex eis locis licet unicuique petere certam ejus definitionem, maxime ex *obser. 14.* Ubique tamen semper servanda est illa regula, ut novissimi anni fructus capiat mulier pro rata temporis, quo nupta viro fuit, & vir æque pro rata temporis, quo ei nupta mulier fuit: quæ ratio, ut in illis locis ostendi, etiam servanda est inter dominum & fructuarium, ut ejus anni, quo finitur usufructus, pro rata temporis, quo stetit usufructus, eo anno fructus partiantur inter se, abrogata communi opinione, quæ ducebatur *ex l. defuncta, de usufru.* male intellecta. Nam & audio Senatum Parisiensem ea in re abrogasse communem opinionem, id est, id quod plerique existimant, quod etiam dicitur regula. Nam in jure regula est, quod plerique juris auctores existimant, sive opinio communis. Et hoc de fructibus ejus anni, quo factum est divortium bona gratia. Nam si culpa intervenerit viri, vel mulieris, servanda sunt ea, quæ antea diximus de mulctandis conjugum culpis, qui diffidium fecerunt. Porro aliis annis percepti fructus, quibus nullum fuit inter conjuges diffidium, cedunt lucro mariti in vicem onerum matrimonii, nec veniunt in repetitionem dotis, etiamsi usufructus datus sit in dotem, non sunt reddendi fructus soluto matrimonio, quia nisi aliud appareat actum, jus ipsum utendi fruendi videtur esse in dotem, non fructus qui percipiuntur. Igitur satis est cedi jus ipsum utendi fruendi soluto matrimonio, nec perceptorum fructuum repetitio est, & quod dixi, eos fructus cedere lucro mariti onerum matrimonii vice, *l. dotis, §. si usufr. ff. de jur. dot.* ex eo J. C. recte colligit in *l. quominus, ff. de jur. dot.* dotem quamvis sit in bonis, & dominio mariti, tamen etiam mulieris esse ex effectu ipso, quia fructus dotis effectu redeunt ad mulierem, cujus onera sustinet maritus, & hominum ejus puta, ancillarum, & servorum. Denique & jure, & re ipsa mulier est domina dotis etiam constante matrimonio. Igitur maritus non est solus dominus dotis, sed sunt veluti duo domini dotis, & duo possessores. Maritus igitur non omnino comparandus fructuario, ut glossa tentat in hoc §. Est enim plus quam fructuarius, nemoe dominus, id est, proprietarius: nam & fructuarius posset dici dominus, & quam legem nondum in hanc rem attuli, aperte *l. quoties, §. ult. ff. de pecul.* ait, dotis datione dominium mutari, sicut emptione, aut venditione facta a domino, & legato: nam legati dominium acquiritur ipso jure *ex 12. tab. ut Ulp. ait lib. reg. tit. de dom.* Fructuarius non potest servum manumittere, in quo habet usumfructum, cum nec jure veteri nudus proprietarius ante Justin. potuit manumittere: pleni dominii erat dare plenam libertatem, non vel proprietarii tantum, vel fructuarii, *l. 2. ff. de manumis. vind.* Maritus potest manumittere servum dotalem, si sit solvendo, id est, si pretium capitis manumissi possit refundere uxori, sicut alienare potest quamlibet rem dotalem mobilem æque, si sit solvendo, *l. 3. sup. tit. prox.* Nam lege Julia prohibetur tantum alienatio fundi dotalis, vel ædium, servus non est hujus generis. Ac præterea manumissio non est alienatio, qui manumittitur, non alienatur, hoc est perspicuum. Et ideo in jure semper separatur alienatio a manumissione, *l. ex judiciorum, ff. de accus. l. prospexit, ff. qui & quib. man.* In fructibus autem, quos diximus lucrari maritum, quoniam & Justin. hoc attingit in hoc §. numerantur, ut certum est, vindemiæ, & segetes: in fructibus dotis sunt etiam lana, & fœtus pecorum, exceptis fœtibus, qui submissi gregem retinent, atque reficiunt. Nam si grex ovium datus sit in dotem, maritus in locum demortuarum debet submittere fœtus, atque ita retinere gregem integrum. Et hi fœtus submissi non habentur in fructu, sed in dote, *l. plerumque, §. si servi, D. de jur. dot. & l. 7. §. non solum, ff. sol. matr.* In fructibus etiam sunt, aut vice fructuum usuræ collectæ ex nominibus dotalibus, argumento *l. deducta, §. ante, ff. ad Trebell. & l. usuræ, ff. de usur.* Usuræ fructuum vicem obtinent. Quid est usura? fructus, sive reditus pecuniæ, sive earum rerum, quæ pondere, numero, mensura constant, in quibus tantum mutuum consistit. Usura est hujus pecuniæ reditus, *l. Titius, ff. de præscript. verb.* Et in fructibus numerantur pensiones prædiorum urbanorum, in *d. l. 7. §. de pensionib. l. prædiorum, ff. de usur.* Non loquuntur hæ leges de pensionibus rusticorum prædiorum; nam has certum erat esse in fructu, quia rusticis prædiis fructus parere proprie innatum est ingenitumque. Sed dubitabatur an etiam pensiones urbanorum prædiorum in fructu essent? quod magis placet: item vice fructuum sunt, & ideo cedunt lucro mariti quæ servus dotalis adquirit ex re mariti, vel ex suis operis, ut ait Justinian. in hoc §. vel etiam si aliquid servis dotali-

bus

A bus relinquatur hereditatis, aut legati titulo contemplatione mariti, id est, quod testator velit ad maritum pervenire, non ad uxorem, nam & hoc videtur esse ex re mariti, ex *l. aditio, inf. D. de acqu. hered. l. si legato, aut hered. ff. de jur. dot.* Sunt & alia pleraque in fructu, quæ necesse non est omnia recitare. Dicamus de his, quæ non sunt in fructu dotis, quæ sunt in fructu, maritus non reddit, quæ non sunt in fructu, reddit uxori, quia augent dotem. Dos constante matrimonio crescere, & decrescere potest. Idemque de ea dici potest, quod de peculio, similem esse homini dotem, ut peculium simile esse homini dicebat Papirius Fronto: Nascitur dos cum traditur, nuptiæque sequuntur, aut præcesserunt: crescit alluvione, crescit confusione ususfructus, & iis, quæ mox subsequentur: decrescit etiam casu fortuito, & moritur B soluto matrimonio. Quæ non sunt in fructu accrescunt doti, augent dotem, ut lapidês cæsi, & arbores quædam, veluti grandes, & frugiferæ, nam eæ non sunt in fructu, ut maritus possit eas cedere: itemque res comparatæ ex dotali pecunia non sunt in fructu, sed dotales sunt, *l. si ex lapidicinis, & l. res, quæ ex dotalib. D. de jur. dot. l. 7. §. si fundum.* Et, ut dixi sup. fœtus, qui submissi gregem supplent, non sunt in fructu: Itemque acquisitiones aliæ servorum dotalium, id est, extra rem mariti, vel operas servorum, sunt etiam dotales, non in fructu, *l. 3. D. de fund. dot.* Itemque partus ancillarum, ut ait Justin. hoc loco, *& l. cum post. §. ult. D. de jur. dot.* Nam partus non est in fructu, neque in reditu. Absurdum visum est, ut homo homini esset in fructu, *l. fœtus, D. de usufr. l. in peculium, D. de usur.* Igitur partus neque C in fructu est, neque in reditu, quia, ut utar alia ratione, etiam ancillæ non ita comparantur, ut gallinæ, nempe ut pariant. Hæc ratio ponitur in *l. ancillarum, de pet. hered.* Partus igitur earum merito dicuntur non esse in reditu. Et in hoc consentiunt omnes juris auctores, qui exstant, neque, ut ego ostendam infra, ulla lex huic sententiæ refragatur, nam quas objiciunt, eas ostendam potius corroborare sententiam. Extremum erit, hæc nos dicere de rebus dotalibus inæstimatis, quæ etiam propriæ sunt dotales: harum periculum spectat ad mulierem: ergo & compendium, sive commodum. Inæstimatæ res meliores, aut deteriores, aut minores, aut majores fiunt mulieris periculo, ac proinde ei conservantur incrementa dotis, id est, quicquid est extra fructus dotis, sicut deminutiones dotis etiam ei imputantur, cum dos est D inæstimata. Nam æstimatarum rerum dotalium alia est conditio, quia eas emisse videtur maritus, qui soluto matrimonio liberatur solvendo pretium, sive æstimationem conventam initio dotis dandæ. Et hujus fundi dotalis æstimati lex Julia non prohibet alienationem, sed inæstimati: nam æstimatio facit maritum solum, & plenum dominum, non etiam uxorem, *l. 5. sup. de jur. dot.* æstimatæ dotis est dominus solus maritus. Et ideo omne ejus dotis commodum & periculum ad eum pertinet. Denique non tantum fructus, sed & cetera, quæ non sunt in fructu, *l. plerumque, in principio, & §. 1. & l. si mancipia, D. de jure dotium.* Ergo partus ancillarum etiam ad eum pertinent, quasi emptorem ancillarum. Nam æstimatio vera emptio est, cum ex eo negotio sit actio ex empto & vendito, *l. quoties, D. eodem titulo.* Ex supe- E rioribus intelleximus, partum ancillæ non esse in fructu, vel reditu, & augere dotem, si ancilla dotalis fuerit, quod hodie post multas controversias constat inter omnes juris auctores, & dirimit hæc definitio multas quæstiones juris. Fac aliud esse fructum, aliud reditum, ac proprie reditum, qui & proprie redactus, & refectus dicitur, esse id, quod redigitur ex locatione & conductione, in *l. fundi, D. de usufruct. leg. l. liberto, D. de annu. legat. l. penult. §. insulam, D. de leg. 2.* vel id, quod redigitur ex fœnore, *ut in l. Titius, D. de præscriptis verbis, l. alumnæ, D. de adimend. legat.* Nam fœnus quasi conductio est nummorum, & locatio, ut in illo loco Horatii: *Conductis coemens obsonia nummis*, id est, fœnori acceptis: vel fac aliquando, esse idem reditum & fructum,

ut in l. quidam, leg. qui fructus, D. de usufructu leg. l. 12. D. de alim. legat. Vel hoc si feceris, vel illud semper verum est, partus ancillarum non esse fructus, non esse reditus, & ideo non dissidet ab hac definitione Paulus, quod tamen plerisque videtur in *l. 14. D. de usuris, & leg. 24. §. 1. D. ad leg. Falcid.* Quorum locorum interpretationem pollicitus sum. Cum nominatum scribat Paulus *3. sentent. tit. de legatis*: legato usufructu ancillæ, partum ejus non pertinere ad legatarium, sive fructuarium. Ergo Paulus idem admisit, quod ceteri omnes, partum ancillæ non esse fructum. Sed diligenter, ut res tota intelligatur, nobis explicanda est *d. l. 14. ff. de usur.* Initio lex proponit, post moram in fideicommisso solvendo factam, fideicommissario esse restituendos partus ancillarum, quæ fideicommisso continentur, videlicet editos post moram. Ergo per contrarium indicat statim ab initio, & manifestius in sequentibus, partus editos ante moram non esse restituendos fideicommissario, sed remanere penes heredem. Et hoc proposito idem Paulus eodem in loco ponit hanc speciem: Heredem rogatum restituere hereditatem post mortem suam, id est, heredis, nam olim fideicommissum potuit relinqui post mortem heredis, non etiam legatum. Recte igitur rogatus est heres post mortem suam restituere hereditatem, in qua erant ancillæ, & adjecit sine reditu, id est, ut restitueretur hereditas post mortem heredis excepto reditu. Quæritur an partus editi vivo herede, id est, ante diem fideicommissi cedentem, & ante moram, an mortuo herede sint restituendi fideicommissario? Et videbatur esse restituendos, quia testator tantum excepit reditum, ne is restitueretur, ne fideicommisso contineretur, vel hereditate fideicommissaria. In reditu autem non sunt partus, ergo partus excepti non videntur. Sunt igitur restituendi, quasi insint hereditati. At Paulo aliud judicium est, nimirum ut partus editi vivo herede ante diem fideicommissi cedentem, non veniant in restitutionem, non contineantur fideicommisso. Et hoc ita existimat Paulus, non quod excepto reditu, excepti videantur partus, quos sciebat non esse in reditu, vel fructu, sed quia ea adjectio testatoris; *sine reditu post mortem tuam restituito hereditatem meam*, fit supervacua, & perinde res habeatur, atque si apposita non fuisset. Illa autem clausula non apposita, *sine reditu, deducto reditu, excepto reditu*, proculdubio non venirent in restitutionem fructus percepti ante moram, ante diem legati cedentem, ante acquisitum ex causa fideicommissi dominium. Hæc tria idem demonstrant tempus, ante moram, ante diem legati cedentem, & ut est in *l. 42. D. de usur.* ante acquisitum ex causa fideicommissi dominium. Nam ut legatum statim ut cessit dies ejus, ipso jure acquiritur ex 12. tabulis, id est, dominium ejus rei, quæ legata est, *l. quoties, §. ult. D. de pecul.* ita etiam jure prætorio statim ut dies cessit ex causa fideicommissi dominium acquiritur, vel dominium possessionis, quoniam prætor facit possessorem, non dominum unquam, *l. qui usumfructum, D. si usufr. pet.* Ergo ut uno verbo dicam, fructus perceptos ante diem fideicommissi cedentem, heres rogatus restituere hereditatem, post mortem suam retinebit, neque restituet. Et sunt duæ rationes hujus sententiæ, prima hæc est, quia rogatus est tantum restituere quod esset hereditatis. Fructus autem medio tempore percepti non hereditati accepto feruntur, sed rebus hereditariis, quæ multum distant ab hereditate. Nam hereditas est res incorporalis: res hereditariæ sunt corporales. Usuræ autem medio tempore perceptæ, non etiam accepto feruntur hereditati, sed nominibus hereditariis. Ac proinde in restitutionem non veniunt fructus medio tempore percepti, vel usuræ nominum hereditariorum, quæ vicem fructuum obtinent. Et hæc ratio proponitur in *l. in fideicommissaria, §. 1. D. ad Trebell.* nam §. 1. est ratio sententiæ propositæ initio hujus l. Altera ratio hæc est, quia fructus ab herede percepti medio tempore rogato restituere hereditatem, post tempus videntur percepti

judicio defuncti, id est, videtur defunctus voluisse, ut interim heres fructus suos faceret, & intercapedinem illam temporis adscripsisse in gratiam heredis, *in l. mulier, §. si heres, D. ad Trebell.* Ergo non debet eos restituere, quia voluntas defuncti hæc fuit, ut venirent in fideicommissum. Quæ ratio etiam efficit, ut fructus medio tempore percepti, heredi imputentur in quartam, *d. l. in fideicommissaria*. Nam quicquid heres percepit judicio defuncti, jure hereditario, non alio titulo, id inquam solum, non quod alio titulo capit, imputat in quartam, *l. in quartam, ff. ad legem Falc.* Ergo fructus medio tempore percepti non veniunt in restitutionem, cum sint percepti judicio defuncti, sed eadem ratione imputantur heredi in quartam. Paulus existimat idem statuendum esse in partu, quod est receptum in fructu, quod etiam confirmat de fructu scilicet *l. ita tamen, §. 1. ad Trebell. & l. 26. & l. quod his verbis, D. de leg. 3.* Et excipiuntur soli filii, quo jure utimur hodie destricte, ut filii a patre rogati restituere hereditatem vel aliis liberis, vel extraneis post tempus, omnimodo fructus medii temporis lucrifaciant, nec imputent in quartam: Sed præter fructus medii temporis etiam deducant quartam integram. Hoc solis filiis dedit Zeno Imperat. *in l. jubemus, inf. ad Trebell.* Hæc inquam omnia, quæ dicuntur de fructu, Paulus etiam admittit in partu, & in partu partus, videlicet partum, vel partuum partus non contineri fideicommisso hereditatis, sed imputari in Falcidiam heredi, *in l. 24. §. 1. D. ad l. Falcid.* quoniam & in partu intervenit eadem ratio, eadem utilitas, par in utroque est ratio & utilitas, argumento *l. ult. ff. de cloacis, & l. 5. §. constitutio, D. ut in poss. leg.* Communionis ratio hæc est, quia ut fructus, ita partus, qui eduntur medio tempore (quia fideicommissum dilatum est in tempus in gratiam heredis ex tacita voluntate defuncti) debent pertinere ad heredem, id est, non fructus tantum, sed etiam omnis causa hereditatis, omne commodum, omne interusurium, quod pendente die fideicommissi heres capit rogatus restituere hereditatem post tempus. Non vult Paulus partum esse in fructu, sed sequi jus & conditionem fructus, ut evenit in multis partibus juris. In actionem quod metus causa non veniunt tantum fructus, sed etiam partus, quamvis non sint fructus, & partuum partus, *l. sed & partus, D. quod metus causa*. Et similiter in actionem Paulianam, *l. ait prætor, §. partum, D. quæ in fraud. cred.* & in rei vindicationem officio judicis, post litem contestatam veniunt fructus, veniunt partus, venit omnis causa ejus rei, de qua agitur, *l. Julianus, §. 1. D. de rei vindicatione*, & in petitionem hereditatis, & nominatim *in l. ancillarum, D. de petit. hered.* ancillarum hereditariarum partus, & partuum partus venire in petitionem hereditatis, quamvis in fructu esse non existimentur, inquit, quod vix ancillæ ejus rei gratia comparantur, ut pariant, ut sint reditui, fructuique, sed ut serviant utiliter. Ergo nihil vetat aliquid non esse in fructu, & ejusdem esse juris & conditionis, cujus est fructus. Et hoc voluit Paulus *in d. l. 14. de usuris*, sed non fuit contentus hoc ita demonstrasse; voluit etiam id confirmare *in d. l. 14.* ex eo, quod retulit Neratius *in lib. 1. respons.* ut opinor, ex communi auctorum sententia, quod si ancilla sit legata sine reditu, sicut ante propositum fuit, hereditatem fuisse relictam per fideicommissum sine reditu; si inquam ancilla similiter relicta sit per fideicommissum, legata per fideicommissum, partus ex ea nati, ante fideicommissi diem cedentem, ante moram, non veniunt in restitutionem, non sequuntur matrem. Et sane de hoc constabat inter omnes auctores, ancillam legatam vel directo, vel per fideicommissum non sequi partum editum ante moram. Hoc aperte probat *l. uxorem, §. sorori, ff. de leg. 3. & l. penult. ff. de optio. leg.* Sed huic *l.* penultimæ, ne quem perturbet varia scriptura, modo affirmativa, modo negativa, quæ est in ea *l. penult.* duobus locis, & ut asseramus, & vindicemus, veram esse scripturam vulgarem, manus ei porrigenda est, exposita breviter specie: Quidam filium & uxorem suam heredes instituit, & filiam exheredavit, & ei legavit certam summam, cum in familia nuberet, & insuper eidem filiæ legavit decem mancipia cum nupserit, quæ scilicet elegisset uxor mater filiæ statim post aditam hereditatem, ante nuptias filiæ: quæritur, si ante nuptias mancipia enixa sint, & pepererint, an partus debeantur filiæ, qui nati sunt ante diem fideicommissi cedentem, id est, ante nuptias? Respondet non deberi filiæ, partum matrem legatam non sequi: non est igitur perpetuo verum quod dicitur partum sequi matrem. Est verum cum quæritur de dominio, ejus scilicet esse partum, cujus est mater, *l. partum, supra, de rei vindic.* Et heredis igitur essem partum editum medio tempore, quia medio tempore ancilla heredis fuit. Et etiam id verum si quæratur de statu partus vulgo quæsiti, non justi partus, id est, ex justis nuptiis: nam partus non intervenientibus justis nuptiis sequitur statum matris, ex serva servus nascitur, ex libera liber, ex latina latinus: ea est lex naturæ, quæ sola spectatur in vulgo quæsitis seu spuriis, *l. lex naturæ, D. de statu hominum*. Ceterum partus, qui jam factus est heredis, non sequitur matrem jure legati, aut fideicommissi transeuntem ad alium, quia non sunt comprehensi fideicommisso, vel legato. Et rursus in eadem *lege penul.* quæritur, an usus & fructus partuum editorum ante nuptias pertineant ad matrem, cui maritus permiserat electionem decem mancipiorum dandorum filiæ exheredatæ cum nuberet? Et respondet lex, nihil proponi cur fructus, quod & de partubus dici potest natis medio tempore, ad matrem pro solido pertineant, quæ verba explicant male. Sed est manifestum significari hoc, fructus partuum non pertinere ad matrem in solidum, quia habet coheredem filium: communicandi ergo sunt filio coheredi, quia non inveniuntur nominatim adscripti matri. Erunt igitur communes: matri tantum electio decem mancipiorum concessa est: Ergo hoc ratum & fixum est, ancillam legatam non sequi partum editum ante moram, vel medio tempore, idem est: Et ideo non abs re *in l. si ancillas, de legatis 1.* proponitur testatorem legasse ancillas, & quod ex eis nasceretur: Alioquin partus non sequerentur legatarium, nisi nati post moram. In *l. hujusmodi, §. legatum, D. de legatis 1.* quod dicitur partum sequi matrem legatam, hoc ideo fit, quia testator legaverat omnia mancipia, quæ sua essent tempore mortis: & eo tempore, mortis scilicet testatoris, ancilla in fuga pepererat, manifestum est hunc partum esse legatum non minus, quam matrem, quia tempore mortis testatoris is partus fuit editus, & ipso jure factus testatoris. Denique relinquitur, ut iterum dicam, ancillam legatam post tempus non sequi partum editum medio tempore. Unde sic ratiocinatur Paulus *in d. l. 14.* Ancillam legatam non sequitur partus editus medio tempore: hæc propositio est, hoc est verum hoc nemo diffitetur. Sequitur assumptio: Nihil autem interest *an ancilla specialiter, an hereditas sit in fideicommisso*, in qua sunt ancillæ. Conclusio: Ergo idem obtinet in hereditate fideicommissaria, ut scilicet heredem, vel fideicommissarium non sequantur partus editi ante moram. Si hoc valet in ancilla specialiter legata, ut constat inter omnes, cur æque non constat inter omnes, ut valeat in hereditate fideicommissaria, in qua sunt ancillæ? Nam sciebat Paulus suam sententiam neque Ulpiano probari *in l. mulier, §. sed enim, D. ad Trebell.* neque Papiniano *in l. deducta, §. hereditatem, D. eod. tit.* quos auctores solet sæpissime reprehendere. Nam & in Papinianum ex professo Paulus scripsit notas, & cum ait: Quidam refert, cujus sententiam improbat, vel intelligit Ulpianum, *ut in l. lecta, D. de rebus cred. l. 8. D. usufr. quemad. cav. l. si heredi, §. si duorum, D. de cond. & dem.* vel Papinianum, *ut in l. creditores, D. de separat.* Videamus autem an assumptio Pauli sit vera. Nihil interesse ait an ancilla specialiter, an he-

an hereditas in fideicommisso sit. Si ostendero esse falsam: consequens est eam ratiocinationem esse captiosam. Videtur esse falsa, id est, videtur interesse multum, ancilla relinquatur specialiter, an hereditas, in qua sunt ancillæ: nam hereditas est nomen juris universi, quod recipit augmenta, & deminutiones, commoda, & incommoda omnia: ancillæ autem nomen est corporis, nomen, quod certis finibus circumscribitur, finitur. Et inde differentia inter petitionem hereditatis, & rei vindicationem. Nam in petitionem hereditatis veniunt partus, & fructus quocumque tempore percepti ante litem, vel post litem, ante aditam, vel post aditam hereditatem, *l. item veniunt*, §. *fructus*, *ff. de pet. her.* In rei vindicationem non veniunt fructus, vel partus, nisi post litem contestatam, nec ii jure actionis, sed officio judicis, quam differentiam probat *l. 2. supra, de pet. hered.* dum inducit nomen hereditatis, quo significatur jus universum. Nam formula hereditatis petitionis hæc est: *si paret hereditatem meam esse*; hoc nomen recipit augmenta omnia, & deminutiones, fructus, & partus cujuscunque temporis. Sic dicam, si rogatus quis sit restituere hereditatem, partus augere eam hereditatem. Item fructus augere hereditatem perceptos ante aditionem, *l. ita tamen*, §. 1. *D. ad Trebell.* Et multo magis fructus, qui erant maturi tempore mortis testatoris, vel in horrea repositi, *l. 9. D. ad leg. Falc. l. Centurio*, *D. de vulg. substit.* Fructus perceptos post aditionem ante moram excipiam, & negabo augere hereditatem fideicommisso collato in tempus, quia ex judicio defuncti eos retinet heres, fructus, inquam, non etiam partus, quia in fructibus non habentur. Sed facile potest respondere Paulus, nempe hoc modo: Fructus perceptos post aditionem aut moram, videri perceptos judicio defuncti, qui in gratiam heredis distulit solutionem fideicommissi, cur non & partus ut heres lucretur, videtur testator fideicommissum contulisse in tempus? Non est ergo plus juris heredi retinendorum fructuum, quam partuum perceptorum, editorum ante tempus fideicommissi. Ulpianus tamen in supradicto loco dixit, partus esse restituendos, quia non sunt in fructibus. Et loquitur necessario, cum dicat tantum partus, de editis ante moram: nam post moram nulla est differentia inter partus & fructus. Et ita etiam Papinianus in supradicto loco, si quis rogetur restituere hereditatem post mortem suam exceptis reditibus, ait, eum non posse retinere partus, quia excepti sunt soli reditus, & partus non sunt in reditu. Et similiter eum non posse retinere fœtus gregi submissos, quia & ii non sunt in reditu, *l. plerunque*, §. *si servi*, *ff. de jure dot.* Et loquitur etiam necessario de editis ante diem fideicommissi cedentem. Nam post diem nulla est differentia inter partus & fructus, sive reditus. Ideoque idem Papinianus *in dicta l. deducta*, cum hoc proposuisset *in* §. *hereditatem* de partubus, & in §. *ante*, fructus retinere heredem, subjicit, fructus tantum heredem retinere ante diem fideicommissi perceptos, & pensiones, quæ sunt in fructu, atque usuras, quas debitores hereditarii solverunt heredi, cum postea dies cessisset, id est, quarum usurarum post mortem creditoris dies cessisset, has heres retinebit, nec restituet, *ut in dicta l. deducta*, §. *qui post*, *& l. ita tamen*, §. *actiones*, *eodem titulo*. Nec obstat *l. postulante*, §. *penult. & ult. eodem*. Itaque ut concludam, non est dissidium inter jurisconsultos in ea quæstione, an partus sit in fructu, sed an partus in restitutione fideicommissi eodem jure sit & conditione, qua fructus. Et probabilior est Pauli sententia.

Ad §. Cautione videlicet *defensionis in specie, in qua dotem suæ uxoris, vel nurus in familiæ ercíscundæ judicio præcipuam filius defuncti detrahit, secundum propriam naturam ex stipulatu actionis coheredibus suis præstanda.*

SOlet nurus dotem dare socero, itemque pronurus prosocero, in cujus potestate maritus est, vel pro ea pater, aut extraneus: nam & socer, vel prosocer sustinet onera filii, & nurus, & nepotis pronurus. Sunt enim in unius patris familia, in *l. si filia*, §. *hoc amplius*, *ff. famil. ercisc.* Dos datur pro oneribus matrimonii, & nihil aliud est, quam pensatio onerum. Ergo ei dari debet, qui sustinet onera, id est, ei, in cujus potestate maritus est: nam etsi data sit marito, confestim acquiritur parenti, in cujus potestate maritus est. Et ex contractu dotis datæ filio, vel nepoti, parens quandocunque tenetur, soluto matrimonio mulieri jure honorario, actione de dote, quod jussu, si jussu ejus dos data sit filio, vel nepoti, novo marito, vel de peculio, vel de in rem verso, vel si quid dolo malo ea in re fecerit. Nam si forte res dotales habeat, nec eas restituere paratus sit, condemnabitur ex doli clausula, quæ inest actioni de dote bonæ fidei, quanti ea res erit. Et hæc omnia comprobantur *ex d.* §. *hoc amplius*, *& l. in bonæ fidei*, *ff. de pecul. l. si cum dotem*, §. *transgrediamur*, *l. filiofam. 25. & l. si filiofam. 53. soluto matrim.* hac ratione, quod scilicet dos apud eum esse debeat, apud quem decurrunt onera matrimonii. In distrahenda societate omnium bonorum ex judicio communi dividundo, socius, qui contulerat in societatem dotem uxoris suæ, eam præcipit, id est, retinet præcipuam, nec deducit in divisionem constante matrimonio, quia dos apud eum debet esse, qui onera sustinet. Et hæc est sententia *l. actione*, §. *ult. D. pro soc.* Et similiter post mortem soceri, qui a nuru dotem accepit, quia onus matrimonii a patre mariti defuncto in ipsum maritum transfertur, maritus si ex parte pure heres sit institutus a socero, id est, patre suo, adjectis coheredibus constante matrimonio in judicio dividundæ hereditatis inter coheredes, quod dicitur famil. ercíscundæ, dotem uxoris suæ recipiet ante omnia, & reliqua bona dividet inter coheredes, sed opposita exceptione doli, non ante præcipit dotem, quam caverit coheredibus, defensum iri eos adversus mulierem, vel patrem ejus, vel extraneum, qui pro muliere dotem datam sibi recepit, quandoque soluto matrimonio agentem ex stipulatu de dote recuperanda: eadem est cautio defensionis & indemnitatis. Nam defendere coheredes adversus repetentes dotem, quam ipse præcipuam retinuit, est litem totam subire pro coheredibus, cum quibus agitur de dote, & indemnes eos præstare, *l. pater dotem*, *D. de dot. præl.* Et hæc est sententia *hujus* §. *cautione*, quam confirmat *d. l. si filia*, §. *hoc amplius*, *& l. fundus qui*, *D. fam. erc. & l. 1.* §. *Celsus*, *&* §. *pen. D. de dot. præl.* Et addit *l. 2. sup. fam. erc.* filium præceptam dotem uxoris suæ judicio familiæ ercíscundæ per arbitrum divisionis sibi retinere, si postea mulier moriatur in matrimonio, videlicet nisi sit dos profectitia, & pater mulieris, qui dotem dedit, supervixerit filiæ, vel nisi dos sit receptitia. Et sane *d. l. 2.* loquitur tantum de dote, quam socero nurus ipsa adnumeravit, non pater ejus, non extraneus pro ea. Hanc filius ex parte heres institutus a patre suo socero uxoris suæ deducet, detrahet, præcipiet in judicio familiæ ercíscundæ, eamque retinebit, si postea mulier moriatur in matrimonio. His autem verbis hujus §. *secundum propriam naturam ex stipulatu actionis*: his verbis, inquam, ne fallamur, non hoc significatur, jus illud proprium fuisse actionis ex stipulatu de dote recuperanda, ut scilicet dotem datam socero maritus ex parte a socero heres institutus, præciperet in hereditate dividenda: nam propria, quæ erant actionis ex stipulatu, omnia jam sup. exequutus est, & communia utriusque actionis ex stipulatu, & rei uxoriæ, cœpit exponere a præcedenti §. Ergo & ad communia utriusque actionis pertinet hic §. Denique quod in hoc §. dicitur de præcipienda dote, utriusque judicii æquitas admittit. Et recte ita Græci concludunt hunc §. *ταῦτα κοινὰ ἦσαν. Hæc communia erant utriusque actionis*. Hanc conclusionem appingunt extremo hujus §. Quid est ergo quod ait, *Secundum propriam actionis ex stipulatu naturam cautionibus coheredibus præstandis?* His verbis hoc tantum significatur, in stipulatione stricta coheredibus esse cavendum de indemnitate & defensione, si quis forte cum

cum eis agat de dote actione ſtricta, non bonæ fidei, [A] qualis eſt ſtipulatio dotis recuperandæ. Cautio igitur præſtabatur coheredibus ſecundum naturam propriam actionis ex ſtipulatu, non ſecundum novam formam pro dote datam hac conſtitutione Juſtiniani. Et quæ diximus omnia, quæque dicemus de ſocero & nuru, vel de patre & filio hac in re, eadem dicta intelligamus de pronuru & proſocero, itemque de avo & nepote ex filio, qui mortuo avo recidit in poteſtatem patris, cum ambo vivo avo in ejus poteſtate & familia fuerant. Et conſequenter onus matrimonii ſui in eum transfert, is ſcilicet, in cujus venit aut recidit poteſtatem, ſuſtinet onera matrimonii tui, quæ vel tu ante tuliſti, vel is, ex cujus poteſtate exiiſti. Hæc eſt ſimplex interpretatio hujus §. nec per ſe deſiderat quicquam aliud. Sed quia hinc dependent, & agitantur multæ quæſtiones & va- [B] riæ, ſane mihi videntur non eſſe prætermittendæ. Propoſitio hujus §. hæc eſt. Filium a patre, qui dotem a nuru accepit, inſtitutum heredem ex parte pure conſtante matrimonio, eam dotem habere præcipuam, & eam detrahere in judicio familiæ erciſcundæ, nec ſubjicere eam diviſioni: ponit filium heredem inſtitutum. Quæro, quid ſit dicendum, ſi exheredatus ſit? Et placet etiam exheredato dari præceptionem dotis, ad quem onus matrimonii decurrit, & præcipit dotem utili judicio familiæ erciſcundæ, *l. 1. §. Celſus, D. de dot. præl.* dum ait utili judicio, nempe familiæ erciſcundæ. Nam ſicut utilis actio familiæ erciſcundæ datur inter heredem ſcriptum & filium adoptivum impuberem, & exheredatum quartæ obtinendæ gratia, quæ ei debetur ex conſtitutione D. Pii, *l. 2. famil. erciſc.* ita etiam utilis familiæ erci- [C] ſcundæ datur inter heredem ſcriptum & filium exheredatum dotis uxoris ſuæ præcidendæ gratia, licet non ſit coheres, quia quem onera matrimonii ſequuntur, eum & dos ſequitur, licet ſit exheredatus. Exheredatio non poteſt adimere filio dotem uxoris ſuæ, exheredatio non poteſt adimere dotem filio filiæ ſuæ, quam pro ea dedit parens, *l. dotem, ff. de colla. bon.* Exheredatio filiæ exheredatæ non adimit dotem ſuam, quam pro ea ſemel dedit pater. Et hoc oſtenditur *in §. ſeq.* Denique exheredatio non adimit omnia: nam jura ſepulchrorum non adimit, *l. 6. D. de religioſ. & ſumpt. fun.* Ergo utili judicio familiæ erciſcundæ exheredatus filius deducit dotem uxoris ſuæ, quam patri, ſive ſocero ſuo nurus dederat, vel ſi exheredato filio fuit prælegata a patre, eam perſequitur jure legati, *l. 1. §. per contrarium, l. pater dotem,* [D] *ff. de dot. præleg.* Sed ſemper exheredatus, qui dotem præcipit, deducit, perſequitur, debet heredi cavere de indemnitate ratione dotis, quia heres tenetur de dote, licet dotem habere deſierit, præſtitam nempe exheredato manente matrimonio, id eſt, non ideo minus ſoluto matrimonio heres ſoceri convenietur ex ſtipulatione de dote. Et eſt hac in re differentia inter obligationem peculiarem, & obligationem dotalem. Obligatio peculiaris ſequitur peculium, *l. frater a fratre, D. de cond. indeb.* Obligatio dotalis non ſequitur dotem, utputa divortio facto mulier non repetet dotem a marito exheredato, quam ei non dedit, ſed patri ejus, licet eam non habeat, ſed eam repetet ab herede ſoceri, cui eam dederat, licet eam non habeat jure præſtitam exheredato, ideo heredi cavendum eſt de indemnitate. Propoſuit etiam filium heredem inſti- [E] tutum ex parte: unde quæro, quid ſit dicendum, ſi ſit inſtitutus ex aſſe a patre ſuo, cui uxor dotem dederat? Et hoc caſu nullus eſt labor, quia ſuo jure dotem habet filius, & omnia bona patris, nec ei res eſt, aut controverſia cum aliis, ſed interveniente Falcidia, in cujus ratione ineunda ante omnia deducitur omne æs alienum defuncti, & eo deducto primum, deinde computatur quantum ſit in bonis defuncti, & animadvertitur ſecundum quantitatem bonorum, quæ fuerant mortis tempore, ſit locus Falcidiæ, necne. Hoc, inquam, caſu filius ex aſſe heres inſtitutus, & forte oneratus legatis, in ponenda ratione legis Falcidiæ, deducit dotem uxoris ſuæ, veluti æs alienum, quod debuit pater,

[A] quia debuit eam dotem, id eſt, obligatus fuit ex cauſa dotis acceptæ a nuru, etiamſi non dum venerit dies reddendæ dotis, ergo eam dotem deducit tanquam æs alienum defuncti. Et ſimiliter, ſi ſit inſtitutus ex parte dimidia, pro ſua parte etiam deducit eam dotem, tanquam æs alienum defuncti: coheres quoque ejus pro altera parte dimidia, quæ ad eum pertinet, deducit & detrahit partem dotis, tanquam æs alienum defuncti, videlicet ſi filius nondum dotem præcepit, quia ſi filius jam dotem præcepit, coheredi cavet de indemnitate, & pro liberato habetur is, cui cautum eſt, ut jam id non poſſit reputare in ære alieno pro ſua parte, qua liberatus intelligitur, quæ eſt ſententia elegantiſſima *l. ſi dos ſocero, D. ad leg. Falcid.* Rurſus poſui heredem filium inſtitutum ex parte pure. Quæro, quid ſit dicen- [B] dum, ſi ſub conditione? Et breviter, conditio inſtitutionis filii non ſuſpendit dotis præceptionem. Igitur etiam pendente conditione præcipiet dotem, *l. ſi maritus, D. famil. erciſc.* quo judicio? utili familiæ erciſcundæ, exemplo exheredati: alioquin *d. l. ſi maritus* nihil pertineret ad titulum familiæ erciſcundæ: imo vero locus eſt præceptioni dotis, deficiente conditione inſtitutionis, in cujus defectum filius erat exheredatus, alioquin inſtitutio filii conditionalis eſſet inutilis. Ea inquam deficiente, & locum habente exheredatione, ſecundum ea, quæ ante dicta ſunt, præceptioni dotis locus eſt. Nam pendens conditio non impedit præceptionem, nec deficiens igitur, & contra, *l. cum tale, §. ſi arbitratu, D. de condi. & demonſtr.* Ob conditionem igitur non pendet præceptio dotis, pendet tamen repe- [C] tio dotis, ſi poſt mortem ſoceri factum ſit divortium, pendente conditione inſtitutionis, quia incerta eſt mulier, pro qua parte agere debeat cum coheredibus, quamdiu pendet conditio hujus inſtitutionis: ergo repetitio quidem dotis pendet, ſed non præceptio propter conditionem ante divortium. Et ita eſt explicanda *d. l. ſi maritus.* Cetera ſunt facillima. Propoſui etiam conſtante matrimonio filium eam dotem præcipere arbitrio familiæ erciſcundæ. Quæro, quid ſit juris, ſi ſoluto matrimonio agatur familiæ erciſcundæ? Et breviter: aut dos reddenda eſt mulieri, vel heredi ejus, aut non: & ſi reddenda, vel reddenda eſt præſenti die, vel annua: ſi præſenti die, ceſſat præceptio, & mulieri eſt repetitio dotis adverſus heredes pro portionibus hereditariis: ſi reddenda eſt annua die, interim præcipienda eſt a mari- [D] to, id eſt, eadem die eſt præcipienda, qua debet ſolvi mulieri, *in d. l. actione, §. ult. pro ſoc.* ubi male *recipienda,* pro *præcipienda,* & *d. l. pater dotem, D. de dot. præl.* Si non ſit reddenda mulieri ſoluto matrimonio, puta ex conventione, veniet in diviſionem, niſi filio ſit prælegata, *l. quod ſi eo tempore, D. pro ſoc.* Ultimo quæro, quia ſuperiora pertinent ad dotem datam ſocero, quid ſit dicendum, ſi data fuerit marito ipſi, qui fuerit in poteſtate ſoceri, & non ſocero, & ſit inſtitutus a ſocero, *ut ſup.* An erit locus præceptioni dotis, quæ non data eſt ſocero, an nulli præceptioni? Imo vero erit præceptioni locus pro modo ejus, in quo tenebatur ſocer actione de dote. Tenebatur autem de peculio, dote data filio ex contractu dotis, vel de in rem verſo, vel etiam in ſolidum, quod juſſu, ſi juſſiſſet nurum dare fi- [E] lio, & id, in quod tenebatur ſocer, filius deducet præcipuum in actione familiæ erciſcundæ, quod oſtenditur etiam in *d. l. ſi filia, §. hoc amplius.*

Ad §. Videamus igitur, *quali incremento ei de rei uxoriæ actione accedente, formari decet ex ſtipulatu actionem. Cumque juris certi, atque indubitati ſit, ſi parens virilem ſexum aſcendens, dote pro filia vel nepte præſtita emancipaverit eam, vel ipſe deceſſerit, in rei uxoriæ actione dotem omnimodo ad mulierem pertinere, etiamſi fuerit exheredata (quod non erat in ex ſtipulatu actione: ibi etenim velut aliæ actiones in omnes coheredes actio dividebatur) æquiſſimum nobis viſum eſt, & in ex ſtipulatu actione mulierem*

lierem dotem suam præcipuam accipere, etsi emancipata, vel exheredata sit, vel cum aliis heredibus scripta.

Ad §. Quo a nobis recepto, *& aliæ multæ species promptum accipient exitum, cum dos possit, & de inofficioso actionem excludere (maxime si sufficit ad quartam) & in collationem ferri, si intestatus paterfamilias decesserit, & testamento facto, quando hoc testator dixerit, quæ omnia ex stipulatu actio a rei uxoriæ actione accepit.*

JUstinianus docuit supra ex iis, quæ propria erant actionis ex stipulatu de dote repetenda, quæ retineret, & ex iis, quæ erant communia utriusque actionis: ab hoc §. incipit docere ex iis, quæ erant propria actionis rei uxoriæ, quæ transfuderit in actionem ex stipulatu, qua sola vult repeti dotem. Ac primum quidem, quod inerat actioni rei uxoriæ, ut dos, quam dedisset, B vel promisisset parens virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, ut pater & avus paternus, cui soli in liberos potestas est, & ut ait Leo in *Novell.* 25. *solius virilis personæ in potestate esse filium dici*: filiusfamilias respondet tantum masculo parenti, non parenti feminini sexus, ut matri, non parenti virilis sexus per femininum cognatione juncto, ut avo materno: Nam iis parentibus in liberos nulla est potestas (Parens igitur per virilem sexum ascendens, ut loquitur in hoc, & infr. §. *extraneum*,) ut dos, quam is dedisset, aut promisisset pro filia, vel nepte, eam filia, vel neptis sibi haberet titulo præcipui, non tantum judicio familiæ erciscundæ heres scripta ex parte adjectis coheredibus; sicut dotem uxoris suæ patri datam filius præcipuam retinet ex parte heres scriptus in §. præcedenti. Ut igitur C eam dotem pro se datam ab eo parente filia, vel neptis præcipuam retineat, non tantum heres scripta ex parte, sed etiam emancipata, & exheredata, quæ est sententia hujus §. Emancipatam sequitur peculium, si non adimatur nominatim. Et dos igitur multo magis, quoniam dos magis est in bonis filiæ, quam peculium. Emancipatam, ut dixi, tacite sequitur peculium, si non ademptum sit nominatim, *l. donationes*, §. *pater*, *D. de donat.* Sicut etiam manumissum, vel manumissam vindicta, manumissum inter vivos quoquomodo tacite sequitur peculium, si non sit ademptum, non etiam manumissum testamento: nam manumissum testamento non sequitur peculium, nisi sit relictum nominatim, nec satis est non esse ademptum, ut sequatur testamento manumissum, §. *peculium*, *Instit. de legatis*, *l.* 1. *inf. de pecul. ejus, qui lib.* Cedo rationem differentiæ, cur manumissum inter vivos peculium sequitur, non manumissum testamento? Vix possunt vulgo explicare rationem differentiæ, quam tamen perspicuum est esse talem, quia magis liberalis est qui vivus, quam qui moriens manumittit: namque moriens, non tam sua sponte manumittit, quam necessario, & relinquit potius, quam dat libertatem, utique non manumissurus, si viveret. Denique plenior est voluntas manumittentis inter vivos, quam mortis causa, plenius est beneficium illius, quam istius manumissoris, quia & liberalitas major in illo, quam in isto manumissore. Eadem distinctio non adhibetur in emancipato, quia omnis emancipatio fit inter vivos; nusquam invenies emancipationem fieri testamento, certe non ejus, qui morte parentis sui juris futurus est, id est, riducula esset emancipatio facta testamento, atque adeo collata in tempus mortis, si filium testatoris mors patris sui juris factura est; sed aliquo casu posset emancipatio ejus, qui est in potestate, testamento facta videri non inutilis, ut si avus nepotem ex filio post mortem suam recasurum in potestatem filii, jubeat esse liberum, nec recidere in potestatem filii, sed tamen nusquam invenies emancipationem fieri testamento, ut non invenies adoptionem fieri testamento, non invenies curatorem dari testamento, hæc non fiunt jure in testamentis, nec in 12. tabulis, ex quibus pendet jus & origo testamentorum, legandi verbum hæc complectitur. Sed tamen sicut adoptio facta testa-

A mento, licet non sit jure facta, potest confirmari, ut docet *obser.* 7. Ac similiter curator datus testamento, licet non sit jure datus, potest confirmari: sed necessaria est confirmatio, alioquin non erit curator in *tit. de confir. tut.* Ita non dubito quin emancipatio facta testamento possit confirmari, ut si avus, ut ante dixi, nepotem recasurum in potestatem filii vetet recidere, & jubeat fieri sui juris post mortem suam. Et ita emancipatio facta testamento, erit strictius accipienda, quam emancipatio jure perfecta inter vivos, exemplo manumissionis, id est, emancipatum testamento non sequetur peculium, nisi relictum sit nominatim. Verum ita argumentor: Si emancipatum peculium sequitur, quod non est ademptum, & dos igitur. Nam peculium potest adimi nuda voluntate, *l. non statim*, *D. de pecul.* Dos semel constituta filiæ non potest adimi, *Novell.* 97. *de æqual. dot.* Dos a patre profecta est vere proprium patrimonium filiæ, adeo ut negetur esse in bonis patris, & dicatur magis esse in bonis filiæ, *l.* 4. *D. de coll. bonor. l. pater, D. ad leg. Falcid.* & dotis semel constitutæ nomine, quasi rei filiæ propriæ, & pleno dominio lis possit esse cum patre, licet in ejus potestate sit filia sicut lis potest esse de quasi castrensi peculio, vel castrensi. Ita ex dote licet sit profecta a patre *l. denique*, §. *ergo*, *D. de minorib.* Peculium est quasi patrimonium filii, vel filiæ, vel servi, *l. peculium*, *& l. hinc quæritur*, *D. de pec. l.* 2. *D. de statuliber.* Marcus Tullius in Prætur. Urb. ait, vivos parentes cum filiis bona partiri: hoc fit vel dando in dotem, vel dando in peculium; quod in dotem, patrimonium est, quod in peculium, quasi patrimonium. Si igitur emancipatum sequitur peculium, & dos multo magis. Collectio est necessaria: etiam additur in hoc §. dotem sequi exheredatam filiam, nam exheredatio excludit tantum bonis paternis, excludit etiam lucris nuptialibus, *Novell.* 22. excludit beneficio *l. hac edictali*, *l. ult. sup. de sec. nupt.* non spoliat dote, quæ filiæ nunc esse videtur potius, quam patris, id est, quæ jam non intelligitur esse in bonis paternis. Hoc vero, ut dixi, juris obtinuit in rei uxoriæ actione. Justinian. in hoc §. transfert in actionem ex stipulatu, ut scilicet, sive filia sit heres scripta ex parte, sive emancipata, sive exheredata, dotem pro ea datam a patre, qui eam scripsit heredem, vel emancipavit, vel exheredavit, retineat præcipuam, solaque ejus dotis repetitionem habeat actione ex stipulatu, quæ tamen hoc non admittebat D olim: Nam actio ex stipulatu de dote, si filia heres fuisset scripta ex parte, dividebatur inter coheredes pro portionibus hereditariis, sicut & alia quælibet actio dividi solet inter eos, & exheredata dote spoliabatur, dotis repetitione nimirum competente solis heredibus scriptis. Hoc emendat Justinian. hac in re natura actionis rei uxoriæ transfusa in actionem ex stipulatu, & hoc unum est, quod ex illa actione transfert Justinian. in actionem ex stipulatu. Sequitur aliud in §. seq. ut scilicet exheredata dotem a patre pro ea datam, etiam in actione ex stipulatu hodie, sicut olim in actione rei uxoriæ, imputet in quartam legitimæ partis, si tres sint filii in quartam tertiæ partis omnium bonorum, id est, in unciam. Hodie ex *Novell. de tri. & semiss.* in tertiam partem legitimæ partis debitæ ab intestato, si sint qua- E tuor filii vel pauciores, vel in dimidiam legitimæ partis, si sint plures. Et ideo ut exheredata excludatur a querela inofficiosi testamenti, satis est, si dos, quam pro ea dedit pater, sufficiat portioni legitimæ portionis. Nam dos imputatur in legitimam, quod tamen olim non obtinuit, neque enim dos imputabatur in legitimam, *l.* 1. *&* 2. *C. Gregor. de inoff. test.* optima ratione, quia vivente patre dos a paternis bonis separatur, & fit proprium patrimonium filiæ. Legitima autem filiis debetur eorum tantum bonorum, quæ morientis fuerunt, *l. cum quæritur*, *su. de inoff. test.* hodie & dos, & donatio propter nuptias imputantur in Falcidiam, *l. quoniam*, *sup. de inoff. test.* & in hoc §. hac ratione, quæ refellit antiquam rationem, quia præsumitur justa, & legitima

præ-

præſumptione, id eſt, quia præſumit lex dotem, vel do- A nationem propter nuptias liberis dari contemplatione debitæ portionis. Alioquin non inducta hac præſumptione propter rationem juris veteris, iniquum eſſet, eam imputari in legitimam, ſed præſumimus datam contemplatione legitimæ, & quaſi mortis cauſa, ut in *lege 3. §. penult. D. de bon. lib.* Donatio autem directa, quæ non ſit propter nuptias, non imputatur in legitimam, niſi hac conditione facta ſit nominatim, ut imputetur in legitimam, *l. ſi non mortis, ff. de inoff. teſt. l. ſi quando, §. & generaliter, ſup. de inoff. teſt.* Et valde eſt notanda definitio *l. pen. inf. de coll. bon.* ea tantum imputari in legitimam, de quibus legibus ſpecialiter expreſſum eſt, ut imputentur in legitimam. Hæc regula valde coarctat imputationes in legitimam, ut plane non liceat nobis noſtris interpretationibus aliud quidquam B imputare in legitimam, quam quod ſpecialiter tantum legibus expreſſum eſt. Et reperio hæc tantum expreſſa legibus, quæ imputantur in legitimam liberis, hereditatem, legatum, fideicom. mortis cauſa donationem, dotem, donationem propter nuptias, caſum militiæ pecunia parentis comparatæ, & donationem directam factam ea lege, ut imputetur in legitimam, quod patet ex *l. quoniam, & l. omnimodo, §. ult. & l. ſi quando, §. & generaliter, ſup. de inoff. teſt. l. Papin. §. ſi quis mortis, & l. ſi non mortis, ff. eod.* Et hæc brevis diſtinctio eſt valde notanda, cui addamus etiam aliam ex *h. §.* quodcunque imputatur in legitimam conferri etiam fratribus, Gall. *rapporter*, id eſt, commiſceri bonis paternis, ut omnia ſimul ex æquo dividantur inter fratres. Quodcunque igitur imputatur in legitimam, etiam confer- C tur, *l. pen. inf. de coll.* ſed non e contrario. Nam non omne, quod conferri oportet, atque tribui in commune, etiam imputatur in legitimam, *d. l. pen.* Ergo in hoc propoſito filia conferet dotem, ſi velit ſuccedere cum fratribus in bonis paternis ab inteſtato, niſi ſcilicet id vetuerit pater, ne conferret dotem a ſe profectam, *l. ex parte, §. inteſtato, ff. famil. erciſc.* recte ab inteſtato: Nam ſi filia ex teſtamento patris ſuccedat cum fratribus jure veteri, quod diu obtinuit etiam tempore Juſtiniani, non eſt collationi locus, id eſt, titulus de collationibus non pertinet ad ſucceſſiones teſtamentarias, niſi nominatim parens præceperit, ſi vellent filii ſibi ex teſtamento heredes eſſe pro partibus eis adſcriptis, ut bonis paternis commiſceant bona ſua, atque confundant, atque deinde dividant omnia pro portionibus teſtamento adſcri- D ptis, alioquin ex teſtamento non eſt collatio, *l. 1. & 7. inf. de coll. l. ult. ſup. com. utr. jud.* Verum hoc Juſtin. cum aliquando probaſſet, poſtea improbavit. *Nov. de triente, & ſem.* ut ſuccedentes ex teſtamento fratres conferrent bona propria in commune, ſi vellent frui paternis ex teſtamento, niſi teſtator id prohibuiſſet. Ad ſummam igitur, ſive fratres veniunt ab inteſtato, ſive ex teſtamento, debent conferre quæ ſunt collationi ſubjecta. Caſtrenſe enim peculium, vel quaſi caſtrenſe non conferunt. Ergo tantum, quæ ſolent conferri, conferre debent, niſi teſtator id prohibuerit.

Ad §. Accedit ei *& alia ſpecies ab rei uxoriæ actione. Si quando enim extraneus dotem dabat, nulla ſtipulatione, vel pacto pro reſtitutione ejus in ſuam perſonam facto: quiſquis* E *is fuerat, mulier habebat rei uxoriæ actionem: quod antea in ex ſtipulatu actione non erat. Stipulatione autem, vel pacto interpoſito, ſtipulator, vel is, qui paciſcebatur, habebat vel ex ſtipulatu, vel præſcriptis verbis civilem actionem. In præſenti autem non ſic eſſe volumus, ſed ſi non ſpecialiter extraneus dotem dando in ſuam perſonam dotem ſtipulatus ſit, vel pactum fecerit: tunc præſumatur mulierem ipſam ſtipulationem feciſſe, ut ei dos ex hujuſmodi caſu accedat. Neq; enim in hac ſpecie volumus videri extraneum tacitam ſtipulationem feciſſe: ne quod pro mulieribus introduximus, hoc adverſus mulieres convertatur. Imo magis in hujuſmodi dotibus, quæ ab extraneis dantur (vel promittuntur) ipſa mulier feciſſe videatur tacitam ſtipulationem: niſi expreſſim (extraneus) ſibi dotem reddi pactus fuerit vel ſtipulatus: cum donaſſe magis mulieri, quam ſibi aliquod jus ſervaſſe extraneus non ſtipulando videatur.*

Ad §. Extraneum *autem intelligimus omnem citra parentem per virilem ſexum adſcendentem, & in poteſtate dotatam perſonam (non) habentem. Parenti enim tacitam ex ſtipulatu actionem damus.*

Ad §. Et hoc ex rei uxoriæ *actione ſimili modo ex ſtipulatu actioni accommodandum: ſi quando etenim poſt diſſolutum matrimonium dos a patre ejus petebatur, ſi quidem rei uxoriæ fuerat actio, non poterat ſolus pater ſine conſenſu filiæ ſuæ agere: & ſi necdum actione mota ab hac luce fuerat ſubtractus, & ſi lis conteſtata eſſet, ad filiam, quaſi proprium patrimonium dos revertebatur: quod non erat in ex ſtipulatu actione ibi enim & ſolus actionem habebat, conſenſu filiæ non expectato: & ſi decedebat, ad ſuos heredes tranſmittebat, ſed rei uxoriæ jus & in ſtipulatu actionem tranſponere, ſatis humanum, ſatis pium, ſatis utile matrimoniis eſt.*

HI tres §§. pro uno habentur, quia ſcilicet de una re ſunt. In hoc autem §. *accedit*, proponitur alia ſpecies, in qua etiam, quod erat proprium actionis rei uxoriæ transfertur in actionem ex ſtipulatu. Ac ſpecies hæc eſt de divortio facto bona gratia, vel culpa viri, non mulieris, & muliere vivente poſt divortium, tempore repetendæ dotis, cui competat repetitio dotis. Muliere mortua in matrimonio non divortio facto, dictum eſt ſup. in §. *illo*: cui poſt divortium muliere mortua in §. *maneat*, cui poſt divortium muliere viva in *h. §.* explicatur. Et quod de hac ſpecie conſtituitur, id etiam dictum intelligemus de matrimonio ſoluto morte viri: poſt divortium factum, ut dixi, bona gratia, vel culpa viri, ſi mulier vivat, & ſui juris ſit, ſola repetit dotem actione rei uxoriæ, *l. ſi cum dotem, §. eo autem tempore, & l. Titia, ff. ſol. matr. l. pater, ff. de evict.* nec intereſt adventitia dos fuerit, an profectitia. Quod ſi mulier fuerit in poteſtate patris, communis eſt actio patris, & filiæ, quia ſcilicet pater non agit recte actione rei uxoriæ, niſi adjuncta perſona filiæ, id eſt, volente & conſentiente filia, in *l. Titia, §. qui invita, ff. de leg. 2. l. pater filiam, ff. ad leg. Falc. l. qui hominem, §. ſi gener, ff. de ſolut. l. 2. l. filiæ inf. ſol. matr. l. 2. §. 1. & l. 3. ff. eod. tit.* Quod etiam verum eſt indiſtincte, ſive dos ſit adventitia, ſive profectitia, tam veteri, quam novo jure. Nam hodie non tantum ex cauſis profectitiis, ſed etiam ex cauſis adventitiis communes ſunt actiones patris, & filiæfam. vel filii, *l. ult. §. ubi autem, & §. & filius, inf. de bon. quæ lib. acq.* Pater exercet omnes actiones, etiam deſcendentes ex cauſis adventitiis, adhibito tamen conſenſu filiifam. vel filiæ. Igitur etiam hodie repetitio dotis adventitiæ divortio facto, eſt communis, patris, & filiæfam. imo & dos ipſa adventitia olim erat communis patris & filiæfam. cum ante Juſtin. etiam adventitia bona per filium quæſita, aut filiamfam. pleno dominio pertinerent ad patrem. Hodie ex conſtitutione Juſtin. id eſt, *d. l. ult.* differentia eſt inter dotem profectitiam, & dotem adventitiam. Nam dos quidem profectitia eſt communis patris, & filiæ, nedum actio: Dos autem adventitia, & generaliter omnium bonorum adventitiorum ſolus uſusfructus ad patrem pertinet. Ergo dos adventitia hodie eſt filiæ propria jure dominii, non communis patris & filiæ, quia uſusfructus, quem habet pater in bonis adventitiis, non eſt pars dominii, id eſt, proprietatis; ſed ſervitutis ſpecies, *l. recte dicimus, D. de verb. ſign.* Ergo bona adventitia non poſſunt dici communia cum patre. Dos adventitia non eſt communis patris, & filiæ, licet repetitio dotis adventitiæ utrique competat, id eſt, patri, adjuncta filia. Ac propterea forte in *l. 2. §. 1. ff. ſol. matr.* a Triboniano ſcriptum eſt tantum de dote profectitia nominatim, eam eſſe patris, & filiæ, id eſt, communem, quia ſcilicet hodie dos adventitia eſt ſolius filiæ, ſolo uſufructu nimirum patri conceſſo. Ergo ſecundum naturam rei uxoriæ actionis, ſi mulier erat in poteſtate

patris

patris divortio facto, ut dos qualiscunque jure veteri profectitia, vel adventitia: ita actio communis erat patris & filiæ. At inde quæro. Quid si post divortium moriatur pater? si filia moriatur post divortium, quid sit dicendum? explicatum est in §. *maneat*. Sed non dixi quid si pater moriatur post divortium: sola filia agit rei uxoriæ actione, non heres patris. Igitur etiamsi sit exheredata, ut in §. *videamus*, *sup. & inf.* §. *& hoc ex rei uxoriæ*: sola, inquam, filia mortuo patre post divortium, etiam exheredata agit de dote, quasi morte patris sui juris effecta. Et hoc obtinuit ita in rei uxoriæ actione, Ulp. *lib. reg. tit. de dot.* dum ait: *si mulier sit in potestate, patrem adjuncta filiæ persona habere actionem revera*. Quid hoc est *revera*? Ausim omni asseveratione contendere, pro *revera* esse legendum *rei uxoriæ*, errore nato ex notis. Patrem igitur adjuncta filiæ persona habere actionem rei uxoriæ, nec interesse dos fuerit adventitia, an profectitia. Idem vero non obtinuit in actione ex stipulatu: nec enim patri, aut mulieri erat ad repetendam dotem divortio facto actio ex stipulatu, nisi stipulatio reddendæ dotis initio intervenisset, & patri, qui stipulatus erat dotem sibi reddi in casum divortii, soli competebat actio ex stipulatu, non adjuncta persona filiæfam. & moriens eam actionem transmittebat ad heredem suum. Hoc patet satis ex §. *& hoc ex rei uxoriæ actione.* Hodie autem ex hac constitutione transfusa potestate rei uxoriæ in actionem ex stipulatu, & pater stipulatus præsumitur, & mulier. Data est tacita stipulatio & patri, & mulieri justa præsumptione: primum quidem mulieri, si extraneus, qui pro ea dotem dedit, stipulatus, vel pactus non sit eam sibi reddi, aliter quam si sit stipulatus, vel pactus dotem sibi reddi, quæ dos dicitur receptitia; si inquam non sit stipulatus, vel pactus, ipsa mulier stipulata præsumitur tacito intellectu, & extraneus, qui dotem sibi non recepit eam mulieri donasse intelligitur, ut ait in hoc §. & probat etiam *l. ult. sup. de jur. dot.* & *lex ex morte, in fin. tit. seq. l. si cum dotem, in princ. ff. solut. matr. l. si cum Cornelius, ff. de sol.* Et est hac in re, ut alias dixi, differentia inter extraneum, & patrem dantem dotem pro muliere. Nam pater recipit sibi dotem stipulatione tantum, non pacto, initio dandæ dotis: Nam stipulatio interposita ex intervallo sine voluntate filiæ, inutilis est, *l. cum dos, ff. de pact. dot.* Quin & interposita stipulatio a patre statim his verbis concipi debet, *voluntate filiæ dotem mihi reddi*, ut quomodo solvitur, redditurque dos patri, scilicet voluntate filiæ divortio facto, & dos qualiscunque, eodem etiam modo promittatur, *l. 2. §. 1. ff. sol. matr.* In extraneo autem recipiente dotem, quam dedit pro muliere sufficit pactum. Et proponitur hæc differentia in *l. 6. sup. de jur. dot.* cujus rationem attuli ante in §. *illo proculdubio*. Ergo extraneus recipit sibi dotem stipulando, vel paciscendo, non ex intervallo, sed vel initio dotis dandæ, ut in *d. l. cum dos*, vel initio promittendæ dotis, ut in *l. ex morte inf. tit. seq.* Illo loco, *tempore oblationis, vel promissionis*, ubi *oblationem* vocat, quam ante dixit *dationem offerre, & dare*, idem est in ea lege, & alibi sæpe. Ergo extraneus dationis tempore, vel promissionis recte sibi dotem recipit stipulando, vel paciscendo, non alio tempore. Et ita in venditione, non tantum ea pacta insunt, & proficiunt ad agendum, quæ fiunt tempore venditionis, statim, sed etiam, quæ fiunt tempore traditionis, *l. si binarum, ff. de serv. urb. præd. l. in traditionibus, ff. de pact.* Nam traditio veluti alius contractus est. Et male gl. hoc loco dotem fieri ex promissione: nam fateor promissionem dotis esse contractum. Etiam addo, dationem dotis esse contractum: sed datione sola dico fieri dotem, necdum promissione, nam res desiderat naturalem traditionem. Non est igitur dos, si eam promisero tantum, vel dixero, vel pollicitus fuero, sed si tradidero, *l. 5. ff. sol. matr. l. dotales, §. dotale, ff. de fund. dot. l. si socius, ff. pro soc.* Et ita peculium non constituitur voluntate nuda, sed traditione, *l. non statim, ff. de pecul.* Nuda voluntate adimitur peculium, traditione sola constituitur.

A Et dos æque sola traditione constituitur, non promissione: Ex pacto autem, quo extraneus sibi dotem recepit tempore dationis, vel promissionis, ut ostenditur in h. §. atque etiam in *l. 6. sup. de jur. dot.* extraneo datur actio præscriptis verbis: *pactum*, inquit *l. 6. constituit actionem præscriptis verbis* .i. format, videlicet, quod ex continenti sit adjectum traditioni dotis: per se quidem pactum non parit actionem, sed quod adjicitur negotio civili format actionem, quæ ex eo negotio nascitur. Hic autem gestum est civile negotium, *do ut reddas, do tibi dotem, ut divortio facto eam mihi reddas*. Hæc conventio facta hac lege, *ut reddas*, quia datione sumpsit effectum, non pacti tantum nomine censetur, sed contractus. Et contractus hujus ratione pacto ei apposito datur actio præscriptis verbis, quæ nascitur ex negotio *do ut*
B *reddas*. Et ita est accipiendum, quod dicitur ex pacto dari præscriptis verbis actionem, nempe actionem contractus, cui pactum legem dedit ex continenti. Sed si ille extraneus, neque pactus sit, neque stipulatus dotem sibi reddi mulieri sui juris, est actio ex stipulatu tacito, vel patri ejus ea consentiente. Nam ut ait in §. *extraneum*, non tantum filiæ, sed etiam patri data est stipulatio tacita, non etiam extraneo. Dos enim non est receptitia, nisi extraneus nominatim eam sibi receperit stipulatione, vel pacto. Deniq; stipulatio tacita data extraneo non est, sed patri, aut filiæ data est: Igitur tantum in gratiam mulieris excogitata est favore dotis. Non est ergo extraneo danda stipulatio tacita in perniciem mulieris, contra dotem, juxta definitionem & regulam *l. nulla ratio, ff. de leg.* Alioquin extraneus excluderet mulierem, per-
C inde atque si dotem specialiter sibi recepisset, quia eadem vis est tacitæ & expressæ stipulationis. Inane igitur esset beneficium tacitæ stipulationis, quod mulieri datum est. Porro extraneum ut ostenditur in h. §. dicimus omnem, qui mulierem in potestate non habet, etiam matrem, & avum maternum, ut in *l. ult. §. simili, sup. de jur. dot.* Nam patri, qui mulierem habet in potestate, ut dixi, datur tacita stipulatio dotis cujuscunque repetendæ, sicut olim ei erat dotis cujuscunque actio rei uxoriæ divortio facto, adjuncta tamen persona filiæ. Et si moriatur pater ante repetitam dotem adjuncta filia, vel etiam litem contestatam adjuncta filia, non transfert eam actionem in heredem suum, sed sola filia agit, ac dotem persequitur etiam exheredata, quasi proprium patrimonium, ut ait in §. *& hoc.* Et hoc quidem divortio
D facto: nam mortua filia in matrimonio, nihil interest, quod ad profectitiam dotem attinet, pater habeat filiam in potestate, necne, ut in *l. pater. ff. de evict.* Nam etsi filia sit emancipata, dos profectitia revertitur ad patrem mortua filia in matrimonio, tametsi pater non fuerit stipulatus dotem sibi reddi in eum casum. Non igitur remanet apud maritum, non transfertur in heredem mulieris, sed hoc uno casu, id est, filia emancipata mortua in matrimonio, non divortio facto, dos profectitia revertitur ad patrem, vel si pater non sit, ut si præmortuus sit, id est, antequam filia moreretur in matrimonio, olim dos remanebat penes virum, hodie transfertur dos, id est, repetitio dotis in heredem mulieris, ex §. *illo proculdubio*.

Ad §. Et cum lex Julia *fundi dotalis Italici alienationem pro-*
E *hibebat fieri a marito non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat: interrogati sumus, si oporteat hujusmodi sanctionem, non super Italicis tantummodo fundis, sed pro omnibus locum habere. Placet itaque nobis eandem observationem non tantum in Italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi. Cum autem hypothecam ei etiam ex hac lege donavimus: sufficiens habet remedium mulier, & si maritus fundum alienare voluerit. Sed ne & consensu mulieris hypothecæ ejus minuantur, necessarium est, & in hac parte mulieribus subvenire, hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum hypothecæ titulo dare, nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare: ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam. Licet enim Anastasiana lex de consentien-*

tibus

tibus mulieribus, vel ſuo juri renuntiantibus loquatur, tamen eam intelligi oportet in rebus mariti, vel dotis quidem æſtimatis, in quibus dominium, & periculum mariti eſt. In fundo autem non æſtimato, qui & dotalis proprie nuncupatur, maneat jus intactum, ex lege quidem Julia imperfectum, ex noſtra autem auctoritate plenum, atque in omnibus effuſum, non tantum Italicis, & ſola hypotheca concluſum.

Ad §. Illud etiam generaliter *præſenti addere ſanctioni neceſſarium eſſe duximus, ut ſi qua pacta interceſſerint, vel pro reſtitutione (dotis) vel pro tempore, vel pro uſuris, vel pro alia quacunque cauſa, quæ nec contra leges, nec contra conſtitutiones ſunt, ea obſerventur. Sin autem repudio matrimonium fuerit diſſolutum, omnia jura, quæ ex Theodoſiana, vel noſtra lege deſcendunt, immutilata cuſtodiantur. Similique modo ea, quæ Anaſtaſiana lege pro his, quæ bona gratia ſeparantur, enumerata ſunt, firma, illibataque permaneant. Et generaliter quicquid ſacratiſſimis conſtitutionibus, vel libris prudentium cautum eſt, quod non contrarium huic legi inveniatur: & hoc in ſua maneat firmitate, & ex ſtipulatu actioni aggregetur: licet in re uxoria tractatum eſt. Quæ omnia in his tantummodo dotibus locum habere cenſemus, quæ poſt hanc legem datæ fuerint, vel promiſſæ, vel etiam ſine ſcriptis habitæ, inſtrumenta enim jam confecta viribus carere non patimur, ſed ſuum exſpectare eventum.*

HActenus explicata ſunt jura, quæ habet actio ex ſtipulatu de dote recuperanda, & quæ duxit partim ex natura ſtipulationis propria, partim ex natura rei uxoriæ actionis. Sunt alia ex iis, quæ utriuſque actionis communia erant, quædam ex hac conſtitutione nova, veluti ut doti reddendæ, quæ in rebus mobilibus, tam animalibus, quam iis, quæ anima carent, vel quæ in rebus incorporalibus conſiſterent, marito, heredive ejus detur annus explicandæ pecuniæ gratia, quia plerunque earum rerum pretia reddi ſolent, ſi manente matrimonio alienatæ, vel manumiſſæ fuerint. Nunc peracta omni iſta actionum inter ſe comparatione, alia tradit de jure dotium, & primum de fundo dotali non alienando quod cautum eſt lege Julia, eadem ſcilicet l. Julia, quæ, & de pudicitia lata eſt, & de adulteriis, ut eſt in 2. *Sentent. Pauli tit. de dotib.* Et legis ſententia hæc eſt, ut ſit hac in re differentia inter alienationem, & obligationem fundi dotalis, ut poſſit ſcilicet alienari fundus dotalis volente muliere, obligari autem non poſſit, nec volente muliere. Eſt etiam differentia hac in re ſecundum legem Juliam inter prædia Italica, & prædia provincialia, ut proponitur in §. 1. *Inſtit. quib. al. lic. vel. non.* ut ſcilicet fundus dotalis Italicus non poſſit alienari invita muliere, ut poſſit alienari conſentiente muliere. Provincialis autem fundus dotalis ne conſentiente quidem muliere poſſit alienari, quia hæc prædia olim non erant res mancipi, id eſt, non veniebant in mancipatum ſive mancipationem, quod eſt juſtum alienationis genus, ſed ſola prædia Italica mancipari poterant[1]. Lex Julia loquitur de fundo, quo nomine ſignificatur prædium ruſticum tantum: ſed eodem jure utimur in ædibus dotalibus, quod eſt prædium urbanum. Et ita lege 12. *tab.* quæ jubet uſum, & auctoritatem fundi, id eſt, uſucapionem fundi eſſe biennium, utimur, aut utebamur ante Juſtinianum etiam in ædibus, licet hac l. 12. tab. ædes non appellentur, ſed fundus tantum, ut M. Tullius explicat in Orat. pro Cæc. Item lex Julia intelligitur de fundo dotali inæſtimato: nam æſtimati alienatio prohibita non eſt, cujus dominium, & periculum omnimodo pertinet ad maritum emptionis jure, adeo ut evicto fundo ei competat adverſus mulierem actio ex empto de evictione. Marito igitur æſtimati fundi dotalis (cum nec ſit proprie dotalis, niſi qui inæſtimatus eſt) alienatio non eſt prohibita; addo, etiamſi poſtea convenerit, ut is ipſe fundus reſtituatur ſoluto matrimonio, non æſtimatio. Hic enim fundus etiam in provinciis alienari poteſt volente muliere, voluntas mulieris exigitur propter poſteriorem conventionem, ut non æſtimatio, ſed ipſe fundus redderetur, quæ ſi non eſſet interpoſita, poſſet vir æſtimatum fundum alienare etiam invita muliere. Et hoc oſtenditur in *l. ult. ff. de pact. dot. l. æſtimatis, ff. ſol. matr.* Et ita hoc caſu fundi dotalis initio quidem æſtimati, ſed poſtea pactione quodammodo ea æſtimatione retractata, qua placuit eundem fundum reſtitui, ejus, inquam, fundi nihilominus alienatio valet facta volente muliere: cum tamen regulariter ex l. Julia non valeret alienatio fundi dotalis in provinciis, ne volente quidem muliere. Ac præterea in lege Julia fundi nomine intelligitur res ſoli, ut eſt in ſupradicto loco *Inſt.* non ſuperficium, quod ſolo inædificatum eſt. Et ut recte notant Græci interpretes ex *l. ſi ex lapidicinis, ff. de jur. dot.* quæ hoc probat evidenter, eſt hac in re aliqua differentia inter rem ſoli, & rem immobilem. Domus eſt res ſoli, cujus duæ ſunt partes ſummæ, ſolum, & ſuperficies, *l. eum qui, ff. de uſucap.* Domus igitur eſt res ſoli, ſuperficium autem eſt res immobilis, non res ſoli: non eſt ἐδαφικὸν πρᾶγμα, non eſt res ſolaris: Ideo ſuperficii dotalis venditio valet volente muliere facta, *d. l. ex lapidicinis*: quia ſcilicet venditio ſuperficii, & traditio non eſt proprie alienatio. Alienatio eſt, quæ dominium mutat, *l. 1. inf. de fun. dot.* Superficiarius non eſt dominus, ſed quaſi inquilinus, *l. in provinciali, §. pen. ff. de novi op. nunt.* Et hic etiam caſus valde notandus eſt de ſuperficio. Eadem lex Julia prohibuit pignerationem fundi dotalis Italici, etiam volente & conſentiente muliere, ut attigi initio. Igitur alienationem non prohibuit conſentiente muliere. Obligationem prohibuit etiam conſentiente muliere. Et ratio diverſitatis hæc eſt, quia facilius mulier conſentit obligationi fundi dotalis, quam alienationi. Nam obligatio non mutat dominium rei, & nimiam facilitatem lex refrenare voluit. Nam & ita SC. Vellejanum opitulatur mulieri obligatæ pro alia, non donanti: quia facilius ſe mulier obligat, quam alicui donat, *l. 4. ff. ad SC. Vell.* Et hæc de l. Julia. Hodie ex hac conſtitutione ſublata eſt differentia locorum, Italiæ ſcilicet, & provinciarum, ſublata differentia inter alienationem & obligationem, quam inducebat lex Julia: ne conſentiente quidem muliere fundi dotalis alienatio, vel obligatio permittitur. Hæc eſt generalis determinatio Juſtin. *ne*, ut eſt in Inſtit. *fragilitas ſexus in perniciem ſubſtantiæ ſuæ convertatur*: Et ut ait hoc loco, *ne fragilitate naturæ ſuæ facile conſentientis, in repentinam deducatur inopiam*, quæ omni ſexui eſt pene cautio prima, & debet eſſe non privatis tantum, ſed etiam civitatibus, ne fragilitate mentis, & imbecillitate animi in repentinam deducantur inopiam, ne faciles & leves animis dedant ſe, & ſua. Idem vero quod dicimus de fundo dotali, porrigitur etiam ad fundum donatum propter nuptias, nam & hic quaſi dotalis fundus eſt, & dotis nomen habet contrariæ, ſive mutuæ & reciprocæ. Ita etiam alio ſenſu dicitur fundus dotalis in *l. 7. & 13. C. Th. de piſtor.* ſcilicet fundus, qui eſt obligatus piſtrino, & corpori piſtorum, ita ut non poſſit transferri in jus externum: is fundus dotalis, dicitur fundus piſtrini dotalis, & dos piſtrini, nec ejus etiam eſt alienatio extra corpus piſtorum. Et his, quæ ſtatuimus cum de fundo dotali, tum de fundo donato propter nuptias, ut ejus neque obligatio ſit permiſſa, neque alienatio, etiam conſentiente muliere: addenda eſt una exceptio, ad quam pauci animadverterunt *ex Nov. 61.* Ut ſi mulier conſenſerit alienationi fundi dotalis, vel obligationi ſemel, vel etiamſi maritus obligationi fundi donati propter nuptias, vel alienationi conſenſerit ſemel, & mulier conſentiat iterum poſt biennium, ita ut appareat certo animi judicio, eam initio conſenſiſſe alienationi, vel obligationi, ut tum rata ſit alienatio, vel obligatio, ſi ex aliis mariti bonis mulieri ſatisfieri dotis nomine poſſit, *ex d. Nov. 61.* Data autem eſt mulieri, ut docuit hæc conſtitutio in princ. pro fundo dotali, & pro dote tota, quacunque in re conſiſtat tacita hypotheca, & in rebus ipſis dotalibus, & in omnibus rebus mariti ipſius: & beneficio tacitæ hypothecæ, alienatum, vel obligatum fun-

dum

dum dotalem, etiamsi ipsa consenserit, vel quo is fundus ei salvus sit, bona omnia mariti persequi potest, nec si consenserit alienationi, vel obligationi, tacita hypotheca solvitur, qua ei nexus est fundus dotalis, juxta *l. in rebus, sup. de jur. dot.* Nam ut ostenditur in *h.* §. etiamsi ex constitutione Anastasii, id est, ex *l. jubemus, sup. ad Vell.* remissio hypothecæ neque infirmetur S. C. Vellejano, quod non intelligatur esse intercessio, neque jure civili, id est, 12. tabulis, quo inter virum & uxorem donatio vetita est, quod remissio hypothecæ non sit donatio, ut plenius ostendi initio hujus l. tamen in hac parte mulier remittendo legitimam hypothecam, quam habet in fundo dotali, nihil agit, quam habet in aliis rebus mariti hanc jure remittit, non, ut dixi, illam, quam habet in rebus dotalibus. Et hæc distinctio est adhibenda *ad leg. jubemus, sup. de jure dot.* Et hæc omnia cum ita constituisset Just. in hoc §. tandem ita concludit. Hodie in fundo dotali inæstimato (qui proprie est dotalis) *jus manere perfectum, & effusum in omnibus terris, sublata differentia locorum: in omnibus terris*, inquit, *& non tantum Italicis*. Sequitur: *& sola hypotheca conclusum*: quæ verba sunt obscura, nisi ἀπὸ κοινοῦ repetas (non) ut sit hæc sententia, jus hoc obtinere in omnibus terris, & non tantum Italicis, ac rursus, jus hoc non sola hypotheca esse conclusum, quæ l. Julia ne volente quidem muliere consistebat: sed etiam alienatione, nam & hæc non valet ex hac constitutione, licet marito alienanti mulier consensum accommodaverit. Cetera sunt facilia. Justinianus in sequentibus probat primum pacta dotalia, quæ intervenerunt inter virum & uxorem in dote constituenda, modo sint contra leges, aut constitutiones secundum regulam generalem *l. pacta, sup. de pact.* Contra leges est pactum si convenerit, ut dos redderetur longiore die, puta post biennium, aut triennium soluto matrimonio. Contra leges est, si convenerit ne omnino redderetur mulieri, id est, ut fieret indotata mulier, quod est contra utilitatem nubentium: contra leges est, si convenerit, ut maritus non præstet dolum in rebus dotalibus, imo turpis hæc pactio est: contra etiam leges, etiamsi convenerit, ut post moram, vel post tempus reddendæ dotis, usuræ majores legitimis præstentur, quæ pactiones omnes improbantur in tit. *de pact. dot. ff.* testatur deinde Just. se probare pœnas injusti repudii, comprehensas in *l. consensu, & l. ult. inf. de rep.* Se item probare divortia facta bona gratia, id est, communi & nudo consensu, absque alia causa diffidii, quæ divortia probat in *l. si constante, inf. de repud.* & probavit aliquamdiu in *Nov.* 22. Improbavit tandem in *Nov.* 117. quo jure utimur. Et ad extremum Just. probat cetera omnia, quæ vel prudentes scripserunt de re uxoria, vel principes constituerunt, minime contraria huic constitutioni: ita tamen ut omnia ea jura transferantur in actionem ex stipulatu: Et quod est plerunque commune omnium LL. & constitutionum, ut pertineant ad futura, non ad præterita, *l. 7. sup. de legibus*. Qua re dicitur judex distare a lege. Nam judex statuit de præteritis, ut est in partition. orat. Lex de futuris. Igitur ait eodem modo hanc constitutionem tantum pertinere ad dotes post eam constitutionem datas, vel promissas, scriptas, vel non scriptas, nam dos exigit scripturam.

AD TITULUM XIV.

DE PACTIS CONVENTIS TAM SUPER DOTE, QUAM SUPER DONATIONE ANTE NUPTIAS, ET PARAPHERNIS.

UT in libro quarto proposito contractu emptionis & venditionis, & actionibus, quæ ex eo nascuntur, subjicitur de pactis inter emptorem & venditorem compositis, id est, de pactis conventionis in ipsa emptione & venditione, aut in traditione rei venditæ, & merito subjicitur titulus de pactis, quod soleant pacta formare contractus, & actionem ex contractu, quod soleant dare legem contractui, & perinde efficere, ut certa contractuum forma a nobis non possit constitui, quoniam eam quisque contractus habet formam, quam accepit ex pactis: Ita vero in hoc libro quinto proposito contractu dotis, & actionibus dotis, earumque explicata natura & potestate, subjicit titulum de pactis conventis tam super dote, quam donatione ante nuptias, & paraphernis, vel quod Justin. in fi. sup. tit. profiteatur, se servare pacta dotalia, quæ modo non sint contraria legibus & constitutionibus. Et ex iis quidem pactis dotalibus jam ante diximus dari actionem præscriptis verbis ex *l. avia 6. sup. de jur. dot. & constitutione sup. §. accedit*, dari præscriptis verbis, veluti negotio ita gesto, do ut reddas, quod fit extraneo dotem dante pro muliere ea lege, atque pacto, ut scilicet reddatur quandoque soluto matrimonio. Non est extraneo, qui ita pactus est, actio rei uxoriæ, quæ nascitur ex contractu dotis, quia ipse dotem contraxisse non videtur, sed mulier, cujus nomine dotem dedit, id est, mulier dotem dedisse videtur, non extraneus, denique mulier contraxisse dotem. Mulieri igitur danda est actio rei uxoriæ, non extraneo. Non est etiam extraneo actio ex stipulatu, ut dos ei reddatur soluto matrimonio, nisi stipulatione sibi prospexerit, quia extraneo non est data tacita stipulatio, *d. §. accedit*. Et quod dixi supra, extraneum, licet dotem dederit, contraxisse non videri, probatur *l. 9. hoc tit.* Breviter extraneo danti dotem pro muliere ea lege, ut ei reddatur, non est eo nomine actio rei uxoriæ, vel ex stipulatione tacita ad dotem recipiendam, sed quasi ex novo negotio, novo genere contractus, qui nomine vacat, datur actio præscriptis verbis, ut vel dos reddatur in casu existente, de quo convenit inter extraneum & maritum, vel ut præstetur id quod interest, quæ actio ut Thalelæus interpretatur recte appellatur condictio in *l. 1. hoc tit.* Condictio igitur, id est, actio præscriptis verbis, vel quæ concurrit cum ea semper, condictio certi, ut constat ex *l. naturalis, ff. de præsc. verb.* Et dicitur etiam in *hac l. 1.* utilis condictio, quia omnis actio præscriptis verbis est utilis, non directa: datur enim ad exemplum directæ & civilis actionis, *d. l. naturalis*. xt in specie hujus *l.* datur ad exemplum rei uxoriæ actionis. Ex iis autem pactis dotalibus alia utilia sunt, alia inutilia. Inutilia, quæ contra leges, contra constitutiones, contra favorem dotium, contra utilitatem nubentium, quorum exempla supra exposui in *§. ult. sup. tit. prox.* Utile est pactum, si mulier cum viro paciscatur instrumento dotali, ut mulier fructus dotis percipiat, & se suosque alat, etiamsi dote data constante matrimonio ita paciscatur, quia hæc pactio non est donatio, quæ constante matrimonio non fit, sed est pensatio onerum, quæ mulier explicanda suscipit, quibusque relevat maritum, ideoque fructus illi quasi donati a marito non possunt repeti & revocari, qui non sunt donati, sed pensati. Et ita est omnino explicanda *l. 2. hoc tit.* quod patet ex *l. 21. si quis pro uxore, §. ult. ff. de don. inter vir. & uxor.* Utile etiam pactum (ea vero tantum pacta tractamus, de quibus dubitari poterat, inutilia essent, an utilia) quod facit cum genero socer, ut mortua in matrimonio filia dos profectitia, quæ alioquin rediret ad socerum, remaneat apud virum, *in l. 6. hoc tit.* quia mulieris quidem conditio pacto deterior fieri non potest habito cum patre, vel muliere, ut si pacto spolietur dote, vel parte dotis, forte obtentu liberorum, morte viri soluto matrimonio, nam etsi existant liberi, dos integra est restituenda mulieri, nec ex pacto quicquam retineri potest pro liberis, quod dote spoliat mulierem superstitem: quæ est sententia *l. 3. hoc tit. & l. 2. l. Attilicinus, ff. de pact. dot.* Patris tamen conditio potest deterior fieri ex *d. l. 6. h. t.* pacto a patre habito cum genero, ut mortua filia (nam si viva secus esset) dos profectitia remaneat apud virum: non etiam pacto habito a genero cum muliere, *d. cum dos, ff. de pact. dot.* quia non potest

alteri per alterum iniqua conditio inferri, & multo minus patri per filiam. Et hoc quidem de pactis conventis ſuper dote. Hic titulus eſt etiam de pactis conventis ſuper donatione propter nuptias, de quibus eſt *l. 9. & pen. hoc tit.* ut ſcilicet quod attinet ad partem lucri, æqualis ſit caſus dotis, & caſus donationis propter nuptias, de quo convenerit, ut *l. ult. §. ſin autem, ſup. de donation. ante nupt. Ex Nov. 97. de æqual. dot. & don. propter nuptias,* etiam æquales debent eſſe quantitates lucri, ut ſcilicet quantam ſummam mulier lucratur morte viri, veluti pro ſolatio ex donatione propter nuptias, tantum etiam ferat vir ex dote mortua uxore. Et partes igitur non tantum ſunt æquales, quod vult *lex 9. & pen.* ſed etiam hodie, ut ſummæ ſunt æquales. Et obſervandum eſt in hoc tit. appellari donationem ante nuptias, quia nondum mutaverat Juſt. hanc appellationem: nam *l. ult. ſup. de don. ante nup.* quæ donationem ante nuptias deinceps vult appellari propter nuptias, recentior eſt inſcriptione hujus tituli. Et hæc de pactis ſuper donatione propter nuptias. Hic titulus eſt etiam de pactis conventis ſuper paraphernis, id eſt, ſuper iis, quæ mulier non dedit doti, ſed ſibi retinuit ex ſuis bonis, nec ut plerunque; commiſit in poteſtate viri, quæ Gallico vocabulo a Latinis recepto etiam dicuntur peculium mulieris, id eſt, bona, quæ habet extra dotem, *l. ſi ego, §. dotis, ff. de jur. dot. l. donationes, §. ſpecies de donationibus,* rheda, petoritum, convinni, vehiculorum genera, ſunt Gallica vocabula, & a Latinis tamen recepta, & ſimiliter peculium pro paraphernis: nam vulgo peculii longe alia ſignificatio in *tit. de pecul.* De pactis habitis ſuper paraphernis eſt *l. 5. 8. & ult. hoc tit.* ut inutile ſit pactum inſtrumento dotali interpoſitum vice teſtamenti, ut mortua in matrimonio uxore, parapherna pertineant ad maritum: utile quidem eſt pactum, ſi ita convenerit de dote, ut mortua uxore dos cedat lucro mariti, *l. pen. ff. de pact. dot.* ſed non de paraphernis, id eſt, ceteris bonis mulieris, quia pacto non defertur hereditas, & omnino extraneo non defertur hereditas ſine teſtamento. Cognato tamen defertur ſine teſtamento jure prætorio, vel civili ab inteſtato: Extraneo teſtamenti jure duntaxat, non pactionis: nam ea pactio, neque vim teſtamenti habet, neque codicillorum, *l. 5. hoc tit.* Et improbum etiam eſt pacto conſtringere libertatem teſtandi, & ſupremæ voluntatis, *l. cum duobus, §. idem reſpondit, D. pro ſoc.* Et additur in *l. 8. h. t.* nihil juris habere maritum in paraphernis, niſi eatenus quatenus concedit mulier. Et obſervanda eſt diſtinctio *legis de his, infra, de donation. inter vir. & uxor.* ut ſi mulier dederit parapherna marito, diſtinguamus, donandi animo dederit nec ne: Nam ſi donavit, & ea conſumpſit maritus, mulier ea repetet, non ſolida, ſed in quantum locupletior factus erit maritus: namque eatenus duntaxat marito donata repetuntur, id eſt, quatenus ipſe factus eſt locupletior: ſed ſi non donavit, integras res mulieri reſtituere compellitur, aut pretium earum, nec enim debuit conſumere, quod ſciebat eſſe alienum. Harmenopul. addit in 4. Epi. tit. περὶ ἐξωπροίκων, id eſt, de paraphernis, maritum conventum de dote (quod ſcimus omnes) conveniri eatenus quatenus ſufficiunt facultates, ne inops fieri periclitetur, quem mulier quondam dominum vocavit; ſed ſi mulier cum eo agat de paraphernis, eum condemnari in ſolidum, non quatenus facere poteſt; quod valde novum eſt, nec poteſt defendi, niſi cum agitur de paraphernis, ſive ſubreptis a viro, quo nomine vir tenetur actione rerum amotarum, *l. ſi ego, §. ult. D. de jur. dot.* Et ita cum agitur rerum amotarum cum marito, *l. ſi rerum, D. de re judic.* ait maritum condemnari in ſolidum, quia ex delicto actio eſt. Et ita mihi videtur explicandus locus ille Harmenopuli. Et notandum præterea ex *l. pen.* ſi in paraphernis ſint nomina, id eſt, ut recte Juſtin. interpretatur in *l. ult.* cautiones fœneratitiæ, id eſt, calendaria, ut in *l. nomen, §. ult. de leg. 3.* Et ſimiliter Hieronym. in Eſaiam 53. *nomina, vulgo dictitant cautiones,* inquit. Si inquit, in paraphernis ſint nomina, & inſtrumento dotali conſcriptum ſit, data eſſe nomina marito loco paraphernorum, hoc vim mandati habere, ut ſcilicet maritus exigat nomina. Et poſſe igitur maritum quaſi procuratorem ea nomina exigere, eaſve actiones exercere, etiam non præſtita ſatiſdatione de rato, contra definitionem *l. maritus, ſup. de proc.* quia conſtat ſatis de voluntate mulieris ex inſtrumento dotali, quo fruſtra eſſet ſcriptum nomina data marito, niſi ea poſſet exigere nomine mulieris, & exacta ſervare, & reſtituere mulieri, ab ea recepta ſecuritate, id eſt, apocha, ἀποδεῖξει, ut Græci dicunt. Ubi autem conſtat de voluntate domini procurator non exigitur ſatiſdationem dare de rato, ut in caſu *l. ne ſatiſdatio, D. ratam rem ha.* ſi fuerit voluntas domini apud acta inſinuata, vel in caſu *l. ſi procuratorem, D. de procur.* ſi fuerit declarata literis ad adverſarium ſcriptis, quibus duobus caſibus eſt adjungendus tertius *l. ult. hoc tit.* Neque tamen exiſtimandum eſt, conſtante matrimonio agi poſſe ex ea cauſa cum marito actione mandati, quæ eſt famoſa, & conſtante matrimonio famoſis judiciis mariti invicem non confligunt, in *l. 2. inf. rer. amotar.* Sed datur actio in factum exactæ pecuniæ recipiendæ gratia. Nec illud eſt omittendum ex eadem *lege ultima,* nomine paraphernalium rerum mulieri tacitam datam hypothecam, niſi ipſa ſpecialiter alia ſibi caverit hypotheca. Et præterea ut in rebus dotalibus ſervandis præſtat maritus dolum & culpam, *l. etiam, §. 1. & l. in his rebus, D. ſol. matrim.* ita etiam in paraphernis. *In paraphernis,* inquit, *præſtat dolum & diligentiam*: diligentiæ nomine ex adverſo intelligitur culpa, ut in *l. contractus, D. de reg. jur.* In his etiam venire diligentiam, id eſt, exactiſſimam diligentiam, ut vel levis culpa coargui poſſit, & reprehendi. Et hoc ſi parapherna commiſſa ſint marito, non uxori, *d. l. ſi ego, §. ult. D. de jur. dot.*

AD TITULUM XV.

DE DOTE CAUTA NON NUMERATA.

SUMMA brevis hæc eſt: dotem facere numerationem, vel traditionem, non cautionem falſam; forte promiſſam ſpe numerationis, quæ poſtea conſequuta non fuerit, ut in *l. 1. ſup. de don. ante nupt.* Dotem tantum facere donationem legitime factam, ut in *l. 2. h. t.* veluti inſinuatam ſi excedat modum, id eſt, ſi donandi animo maritus caverit, ſe accepiſſe dotem, quam non accepit, aut ſe plus accepiſſe, quam accepit, legitime inſinuata donatione, & conteſtatione: quæ donatio etſi initio ſit inutilis, tamen ex SC. confirmatur morte mariti, ſi non mutaverit voluntatem, & habetur pro donatione mortis cauſa. Et ita hæc donatio confirmata morte mariti, id eſt, cautio dotis non acceptæ facta animo donandi, facit & auget dotem: Cautioni autem falſæ, nec interpoſitæ donandi animo, vel non confirmatæ a ſoluto matrimonio poteſt opponi exceptio non numeratæ dotis intra annum tantum, in *l. 3. h. t.* Sed Juſt. huic exceptioni præſcripſit longe diverſa tempora in *Nov. C.*

AD TITULUM XVI.

DE DONATIONIBUS INTER VIRUM, ET UXOREM, ET A PARENTIBUS IN LIBEROS FACTIS, ET DE RATIHABITIONE.

QUÆSTIO de re uxoria tribus partibus conſtat, inter quas una eſt de donationibus inter virum & uxorem, propter quas erat retentio dotis ſoluto matrimonio; & hanc partem hic tit. exſequitur, namque ſuperioris *tit. l. 2.* prædicere occupavit cautionem dotis non acceptæ factam

uxori

uxori donandi animo, aut dotis majoris, quam data fit, confirmari morte mariti, quod eſt ex S. C. facto poſt orationem Severi & Antonini. Nam orationem Imperatoris habitam in ſenatu de decernenda re aliqua ſtatim ſequebatur S.C. adeo ut paſſim in libris noſtris idem dicatur factum oratione principis, & S.C. Sed hæc oratio etiam conſtit. dicitur generali nomine in *l.3. hoc t.* ideoque in dicta *l.2. tit. ſup. prox.* recte dicitur mortuo marito, morte mariti confirmata donatione, ſive cautione facta donandi animo, ſummam cautione comprehenſam poſſe mulierem repetere ab heredibus mariti. Cur autem ab initio non valeant ipſo jure donationes inter virum & uxorem, & indigeant confirmatione, & ne mutuæ quidem donationes valeant inter conjuges, ut in *l. cum hic ſtatus, §. ſi ambo, ff. eod.* Cur non transferant dominium, cur legibus & moribus ſint prohibitæ, non una ratio reddi poteſt. Et ex multis rationibus oratio illa, quæ hac de re habita eſt in Senatu, hanc elegit unam, ne fiat venalis concordia inter maritos, *l.3. in pr. ff. eod. l. ſi liberis, ff. de pact. dotal.* & ait dicta *l.3. hæc ratio oratione principum Severi & Antonini electa eſt*, quia poterant reddi plures. Et ſane ſi liceret marito donare uxori, vel contra, nec donaret alter alteri quicquam, aut frequentiſſima ex eo naſcerentur jurgia, diſſidia, diſcordiæ, juxta illud Varii Gemini: *Qui non litigat cœlebs eſt*, apud Hieronymum, & maxime ſi maritus non donaret uxori. Non eſt enim mulieri poſcendi finis, ut ait Juvenal. Satyr. *6.*

Interea calet & regnat poſcitque maritum
Paſtores, & ovem Canuſinam, ulmoſque Falernas
Quantulum in hoc, pueros omnes, ergaſtula tota,
Quodque domi non eſt, & habet vicinus, ematur, &c.
Idem alio loco
.... hæc quæritur quod,
Et lateri parcas, nec quantum juſſit, anheles.

Deterior igitur eſt conditio mariti, vel uxoris, quam extranei, & penitus ignoti hominis, cui licet donare, *l. in extraneos, inf. de donat.* Deterior cauſa uxoris, quam concubinæ; nam concubinæ licet donare, *l.3. §. divus, l. ſi prædia, ff. eo. l. donationes, in pr. D. de donat.* imo & ſcorto licet donare paganis, *l. affectionis, D. de donat.* non etiam militibus, ne eos ſcortilla ſpolient ſtipendiis, ex *l.2. h.t.* Ubi focaria non eſt concubina, ut interpretantur, ſed ſcortum, quod plerunque habeatur per cauſam coquinæ; nam & ita Divus Hieronymus 1. *Sam. cap.8.* magyriſſas, id eſt, *cuiſiniers*, coquas interpretatur focarias, & in *l.1. §. caupones, ff. nau. caup. ſtab.* Focarii ſunt, qui in ſtabulo, vel caupona miniſterium præbent, ut ſunt coqui, quibus etiam eo loco recte junguntur atriarii, quibus committitur cura, munditiés, & ſplendor atrii, in quo erat culina. Et inde atrii nomen, ut recte ſentiunt Grammatici ab atrore, nempe fuligine. Concubinæ nomen eſt honeſtum & legitimum, non focariæ nomen. Cur autem concubinæ donare licet, non uxori, neque per ſe, neque per interpoſitam perſonam? quia ſcilicet (nec alia ratio reddi poteſt, quam quæ adfertur in *l. ult. C. Th. de leg. her.*) quo plenior eſt affectio, & dignitas conjugalis, eo fuit refrænanda magis, alioquin nullum facerent finem donandi invicem, & ſpargendi munera. Et ut ait eleganter, veteres arbitrati ſunt reprimendum potius, ut in loco ancipiti, quam incitandum eſſe mutuum favorem inter maritos. Igitur quæ fit conſtante matrimonio donatio viro ab uxore, vel contra (nam ante matrimon. vel poſt matrimonium non eſt prohibita) quandocunque retrahi, & revocari poteſt, quia nulla eſt. Revocatur pœnitentia donatoris, & pœnituiſſe utique videtur, qui rem donatam conjugi, deinde alii donet, ut ſi vendat, vel alienet quoquo modo, vel etiam pignori obliget, ut in *l.12. h.t. d. l. cum hic ſtatus, §. ſi maritus*, & ſi donater res donatas retrahat per vindicationem aut condictionem ſine cauſa, vel ex injuſta cauſa. Sed obſervandum, non retrahi, ſive repeti a donatore res donatas in integrum, ſed hactenus duntaxat, quatenus locupletior factus, factave eſt, qui, quæve res donatas ac-

A cepit, quod multæ conſtitutiones hujus tit. oſtendunt, *l.8. & 17.* Et nulla alia ratione permittitur donatio inter conjuges honoris cauſa, ut ſcilicet vir honores adipiſcatur, & ludos forte ſolemnes exhibeat populo, quos debent eum honorem concupiſcentes, & appetentes, in *l. ſi propriis, h.t. l. nuper, D. eod.* Non alia, inquam, ratione, quam quod adepti honores per ſe nos locupletiores non faciant, & multo minus impendia ludorum. Eademque ratione non impediuntur donationes inter maritos manumiſſionis gratia, *dono tibi ſervum illum, ut eum ſtatim manumittas, l. maritus, h.t.* quia etſi donatarius per manumiſſionem acquirat libertum: tamen in jure hoc eſt perpetuum, ut non videatur locupletior factus, qui libertum acquiſivit, quia libertus non eſt in bonis noſtris. Juſtinianus etiam donationem inter Auguſtum

B & Auguſtam permiſit, inter ſereniſſimos Principes, *l. pen. h.t.* quia, ut ait, omnis contractus Principis, omnis conventio lex eſt, qua ratione etiam liberalitates Principum non indigent inſinuatione, *l. ſancimus, inf. de donationibus*, & collatæ in filiosfamil. pleno jure ad eos pertinent, patribus, in quorum poteſtate ſunt, minime ſervato uſufructu, *l. pen. inf. de bon. quæ lib.* Nunc exponamus, quemadmodum confirmetur donatio inter virum & uxorem, quam ab initio diximus eſſe inutilem. Quod ab initio eſt inutile, confirmari etiam & convaleſcere poteſt: ita eſt auctore lege certa, non aliter, ut oratione Severi & Anton. & S.C. donatio inter virum & uxorem, etſi ab initio fuerit inutilis, convaleſcit, & confirmatur ſilentio donatoris, morte donatoris. Alioquin non confirmaretur ſi abeſſet S. C. quia

C quod ab initio non valet, regulariter ex poſtfacto non convaleſcit. Adeo autem verum eſt S.C. confirmari donationem, ſilentio, & morte donatoris, id eſt, ſi nunquam dixerit ſe pœnitere, ſi non dixerit ſe mutaſſe voluntatem. *S'il n'en a jamais parlé depuis qu'il a faict la donation*, ut hodie poſt S.C. ob res donatas heredibus donatoris nulla fit exactio, vel retentio, *l.1. ff. de dot. præl.* Ac proinde mortuo donatore non mutata voluntate, ut habeatur ea donatio pro fideicommiſſo, vel mortis cauſa donatione, quæ nunquam fuit prohibita inter maritos, atque adeo Falcidiæ ſubjiciatur, *l.12. inf. ad l. Falcid.* cum tamen alias donatio inter vivos non patiatur Falcidiam, *l. Seja, §. ult. ff. de mort. cauſ. donat.* Hæc etiam fuit donatio inter vivos, ſed quia ſola morte donatoris confirmatur, habetur pro donatione mortis cauſa, & ideo

D Falcidiam patitur. Ergo ſi mortuo donatore locus ſit legi Falcidiæ, donatio non confirmatur in ſolidum, ſed detracta Falcidia, id eſt, dodrans tantum donationis confirmatur. Et hoc eſt, quod dixit *l.2. tit. ſup.* quatenus liberalitas interpoſita mutua eſt. Et ſimiliter *in l.4. h.t.* quatenus firmare potuit dominium: non confirmat autem dominium mors donatoris, niſi pro dodrante, ſi interveniat ratio legis Falcidiæ. Ad hoc notandum eſt, confirmari donationem, de qua tractamus non tantum morte naturali donatoris, ſed etiam morte civili .i. ſervitute, quæ comparatur morti, veluti damnatione in metallum. Et quod maxime notandum eſt hac in re, donatio facta inter maritos non eſt inſtar donationis cauſa mortis. Nam donatio cauſa mortis, ut quælibet ult. voluntas irrita fit damn. donatoris, quæ irrogat

E ſervitutem, *l. ſi aliquis, ff. de mort. cauſ. donat.* Donatio autem inter maritos, tantum abeſt, ut irrita fiat ſervitute donatoris, ut maxime confirmetur, *l. res, hoc t.* Sunt tres optimæ leges in *h.t. l. res, l. donationes, & l. ult.* quas inferius etiam explicabimus, prætermiſſis levioribus. Servitute ergo donatoris quaſi morte confirmatur donatio, non etiam confirmatur peregrinitate, id eſt, amiſſione civitatis Romanæ, quod contingit per deportationem; quam deportationem ſemper ſequi ſolet publicatio omnium bonorum, ita ut fiat extorris civitate, & bonis omnibus qui in inſulam deportatur, *l. ult. inf. de ſent. paſ.* Non tamen publicantur res donatæ uxori, quia adhuc poteſt confirmari ea donatio morte deportati, quæ eſt ſententia *d. l. res.* Nunc quæramus an

an etiam captivitate donatoris confirmetur donatio, si sit captus ab hostibus? Dicam primum, non quidem confirmari statim, quia pendet status captivi propter spem postliminii, sed si decesserit apud hostes, confirmabitur donatio, non oratione Severi & Antonini, sed lege Cornelia, quæ fingit eum, qui decessit apud hostes, decessisse paulo antequam caperetur, aut in ipso capiendi momento, nondum captione peracta. Lex Cornelia horam captivitatis jungit horæ mortis, *l.justo, inf. ff. de usucap. l.Gall. §.videndum, D.de lib. & post.* Et hæc fictio legis Corneliæ confirmat hereditates mortui apud hostes tam legitimas, quam testamentarias, & substitutiones pupillares, & legata, fideicommiss. donationes mortis causa. An confirmat etiam donationes inter virum & uxorem? minime. Sed *l. ult. h.t.* licet non loquatur de lege Cornelia, tamen manifesto porrigit fictionem legis Corneliæ ad donationes inter virum & uxorem, si donator moriatur apud hostes, quasi fingatur mortuus in urbe. Et hæc est vis *l.ult.* ut ad donationes inter virum & uxorem porrigat fictionem legis Corneliæ, imo & fictionem postliminii, ut si donatarius sit apud hostes tempore mortis donatoris, qui est mortuus in civitate, & donatarius redeat postliminio, perinde donatum recipiat, ac si tempore donatoris in civitate fuisset, quia postliminii fictio fingit eum, qui redit ab hostibus numquam fuisse in hostium potestate. Et mens igitur *d. l.ult.* hæc est, quod nemo animadvertit, ut hæ duæ fictiones porrigantur etiam ad donationes inter virum & uxorem. Verum hic titulus est non tantum de donationibus inter virum & uxorem, ut *d.l. res*, sed ut legimus, est etiam de donationibus a parentibus factis in liberos, & de ratihabitione: Sed de his est una tantum lex, *l.donationes* 25. illa est de donationibus inter maritos, quæ ab initio non valent, hæc de donationibus inter parentes & liberos, qui sunt in potestate eorum, quæ etiam non valent ab initio. Dono filio emancipato recte, filiofamilias inutiliter, perinde ac si donarem mihi ipsi, qui idem videor esse, qui & filius ipse propter vinculum potestatis. Est etiam de ratihabitione nova lex fere in omnibus: primum hoc novi constituitur, ut quemadmodum donatio inter virum & uxorem confirmatur silentio, & morte donatoris ex oratione D.Severi: ita quod nondum fuerat constitutum, donatio inter patrem & filiumf. id est, facta a patre filiofam. confirmetur morte patris. Hoc non obtinuit olim, ut confirmaretur silentio solo, & obitu patris, *l. 1. §. 1. ff.pro don. l.2. §.ult. ff.pro her.* Confirmabatur quidem ratihabitione patris post emancipationem, ut in *l. donationes, §. pater, D. de donat.* vel etiam extremo judicio patris speciali confirmatione scripta in testamento, aut jure legati, vel fideicommissi, donatione scilicet inutili versa in jus legati, vel fideicommissi, *l.pen. D.de coll.bon. l.2. C.Gregor. fam.ercisc.* Hodie etsi non intervenerit specialis confirmatio, vel ratihabitio patris post emancipationem solo silentio patris, sola morte, si non mutarit voluntatem expresse, donatio collata in filiumfam. confirmatur ex *l.*25. quæ est Justin. & ideo secundum eam legem, si quid donavit filiofam. pater, idque ei in testamento relinquat jure legati, vel fideicommissi, non valebit ut legatum, vel fideicommissum, quamvis dixerit se legare: non enim verbum lego facit semper legatum, sed valebit ut confirmatio vetustioris donationis, exemplo donationis inter virum & uxorem. Nam donata uxori si legentur, uxor non capiet jure legati hodie post senatusconsultum, sed jure donationis confirmatæ morte donatoris: ante senatusconf. capiebat ea jure legati, quod probat *l.si quando, ff.de leg.1. & l.uxori, §.1. ff.de leg.3.* Et hodie etiam ea accipit jure legati uxor vel maritus, cui donata sunt, vel filiusfam. si donatio non fuerit insinuata. Nam donationes non insinuatas non confirmat SC. quæ prorsus inutiles sunt. Igitur donata sine insinuatione, quando ea opus est; si legentur, tunc sane percipientur jure legati, quia donatio non est confirmata morte donatoris. Et hoc ne videatur esse inutile, multum

A interest, utrum confirmationis jure valeat donatio, an jure legati: nam quæ valet legati jure, valet tantum ex die mortis testatoris: quæ valet confirmationis jure, retrotrahitur ad tempus, quo donatio facta est. Et generaliter in *d. l.*25. definivit Just. omnem confirmationem, omnem ratihabitionem retrotrahi tam in iis, quæ sunt juris, quam in iis, quæ sunt facti, quod nullo modo assequuntur interpretes nostri quid sit. Nam sciendum est, veteres in hac quæstione, an ratihabitio retrocurrat, fecisse differentiam inter ea, quæ juris, & ea, quæ sunt facti. In iis, quæ sunt juris, dixerunt, & facile admiserunt ratihabitionem retrotrahi, ut in constituenda obligatione, in constituendo jure obligationis, vel jure liberationis, ut in *l.ult. sup. ad Senatusc. Maced. l.licet, ff.de judic. l.si fundus, §.1. D.de pig.* in iis autem, quæ

B sunt facti, dicebant ratihabitionem non retrotrahi, ut si cum falsus procurator mea negotia sine mandato meo gessit, ego ita dicam, me probare, & rata facere, quæ ipse fecerit in re, quæ mea est. Quæstio est facti, quæ res sit mea, vel quæ non. Et spectandum hoc erit ipso tempore ratihabitionis, non quæ fuit mea retro tempore negotii gesti. Et ita eleganter in *l.7. D.de jur. cod.* In iis, quæ sunt facti, quod est scriptum in codicillis, non trahitur ad tempus testamenti, in quo forte sunt codicilli confirmati, ut si testator ita dixerit, lego vestem, quæ mea est, vel lego Titio, si vivat, vel si tot annorum est, spectamus tempus codicillorum, non retro tempus testamenti, quæ res nimirum sit mea tempore codicillorum, vel an vivat eo tempore Titius, an ejus ætatis sit. Ceterum in iis, quæ sunt juris, veluti in li-

C bertate danda, in legato dando, in jure capiendi ex testamento, vel codicillis, plerunque (nam excipiuntur quidam casus) codicilli trahuntur ad tempus testamenti, in *l.2. §.1. l.conficiuntur, §.pen. D.de jure cod.* At in causa ratihabitionis vult Just. (quod novum est) in *d. l.*25. ut tollatur subtilis differentia veterum interpretum inter ea, quæ sunt juris, & ea, quæ sunt facti, generaliter definiens, in omnibus hodie quamcumque ratihabitionem retrotrahi.

AD TITULUM XVII.

DE REPUDIIS, ET JUDICIO DE MORIBUS SUBLATO.

D PARS alia quæstionis de re uxoria est de moribus, quia olim propter mores erat retentio ex dote, videlicet divortio facto, & non tantum retentio, sed etiam actio de moribus ulciscendæ injuriæ gratia, quod fecisset, qui dando causam divortio: sed actio de moribus tollitur a Just. in *l.ult. h.t.* Et deinde in inscriptione hujus tit. *de judicio de moribus sublato*: quoniam sufficiunt pœnæ injusti repudii comprehensæ in *l.consensu, h.t.* nec necessaria est hodie actio de moribus, nec in usu jus, quod ad eam actionem pertinebat: & retentionem quoque postea sustulit Just. in tit. *de rei uxor. act. §.taceat,* quod ibi latius exposuimus. Sed quia nonnisi facto divortio locus erat actioni, vel retentioni propter mores, etiamsi utraque sublata sit, id est, actio, & retentio propter mores, residet tamen adhuc inspectio de divortiis,

E de quibus est hic tit. qui inscriptus est de repudiis potius, quam de divortiis. Nam *repudium* est generale nomen, & ejus species duæ, divortium, & repudium, ut adoptionis duæ sunt species, adoptio, & adrogatio, cognationis duæ species, cognatio, & agnatio: idem nomen alias generaliter accipitur, alias specialiter: divortium est inter maritos tantum, non inter sponsos, repudium inter maritos, & inter sponsos. Divortium est repudium, & separatio maritorum, repudium est renuntiatio sponsalium, vel etiam divortium. Et est contractus, ut apparet ex *l.jurisgentium 7. §.ut puta, ff.de pact. l.si uxor, ff. de jud.* qui fit etiam vel per libellum missum ad domum ejus, qui repudiatur, vel per nuntium, *l. 6. h. t.* Et est contractus solennis, qui fit adhibita obser-

vatio-

vatione legitima, ex *l.Julia*, *l.si non secundum*, *ff.de donat. inter virum & ux. l.nullum*, *de divort. l.un. ff.unde vir & uxor.* Et ut M. Tullius ait 1. *de Orat. fit certis quibusdam verbis*, *& solemnibus*, *& formatis*, ut etiam loquuntur nostri auctores, id est, typicis, & mysticis, ut in *l. 2. ff. de divort.* Veluti, *res tuas tibi habeto*, ad quæ procul respexit Ovid. in 2.*artis* his verbis.

Lite fugent, nuptæque viros, nuptasque mariti
Inque vicem credant res sibi semper agi:
Hoc decet uxores, dos est uxoria, lites

Sic sunt restituendi hi versus. Apud Petronium elegans est formula repudii, qua ejicitur impudica: *Quia fidem scelere violasti*, *& communem amicitiam*, *res tuas ocyus tolle*, *& alium locum*, *quem polluas*, *quære*. Et licebat, ut scitis, olim cum conjuge divortium facere communi consensu absque alia causa ex *l. si constante*, B *hoc t.* non invito altero impune, nisi esset justa & legitima causa, quæ causæ enumerantur in *l. consensu*, *& l.pen. & ult. h.t.* & sunt faciles. Unus erat flamen, sacerdos Jovis, & Flaminica, id est, uxor flaminis, qui non poterant divertere matrimonium flaminis, nisi morte dirimi jus non erat, ut Festus & Gellius scribunt. Utimur igitur hodie jure sanctiori, jure illo sacerdotali, seu flaminico. Porro cum hic tit. sit generaliter de repudiis, ideo & sub eo tractatur de renuntiatione sponsalium, de repudio inter sponsos. Et est *l.2. hujus tit.* de divortio, ceteræ omnes. Posset videri *lex 1. h. t.* neque esse de repudio, neque de divortio, sed de deportatione mariti, qua tamen constat non solvi matrimonium, *l.res*, *sup. tit. prox. l. 5. ff. de bon. damnat.* Quibus tamen obstat valde *l. si quis sic stipuletur*, C *ff. sol. matr.* Extraneus stipulatus est dotem de marito hoc modo: *si quo casu uxor tua nupta esse desierit*, *dotem reddes*: est generalis sermo, generalis conceptio, & commemoratio, *si quo casu nupta esse desierit*: & ideo si ancilla fiat, quia solvitur matrimonium servitute, committitur stipulatio: item si capiatur ab hostibus, quoniam redigitur in potestatem hostium: item si deportetur. Ergo deportata nupta esse desinit, nec possis aliter respondere, nisi jure civili deportatam nuptam esse desinere, jure civili deportatione solvitur matrimonium, quia justæ nuptiæ non sunt inter peregrinos, vel cum peregrino .i. non cive Rom. At deportatio facit peregrinum. Justæ nuptiæ sunt tantum inter cives Romanos, ut est in *Instit. in tit. de nupt.* Jure tamen gentium nuptiæ ab initio recte contractæ D inter cives, etiam altero conjuge redacto ad peregrinitatem per deportationem in insulam, conservantur integræ. Atque ita facta differentia inter jus civile, & jus gentium, hi loci in concordiam reducendi sunt: nam eadem etiam utimur in illa quæstione, an deportatus amittat libertatem: nam dicimus vulgo eum amittere civitatem tantum, non libertatem, deportationem esse mediam capitis deminutionem, non maximam, quæ plectit civitate, & libertate, quod est verum jure gentium: nam jure Quiritium, id est, stricto & summo jure civili, non potest videri liber, qui non est civis, *l. pen. ff.de var. & extr.cog.* Quod etiam significat *lex 5. ff.de stat.hom.* illo loco *exclusa civitate*, quasi velit exclusum civitate non esse liberum, nec excludi quemquam civitate, salva libertate. Et sane est etiam E quædam deportatio, cum id expressum sit judicis decreto, quæ plectit utroque omnino, & civitate, & libertate, *l.ult. sup. ut nem. priv. tit. præd.imp. l.ult. inf.de postl.revers.* Ergo ut ad rem redeam, *l.1. h.t.* non videtur esse de repudio, sed de deportatione tantum. Verum hæc verba *l. 1. si casus*, *in quem maritus incidit*, *non mutet mulieris affectionem*, demonstrant *l.1.* pertinere etiam ad repudia: Nam sententia ejus legis hæc est: Si propter casum mariti, propter ærumnam mariti, id est, deportationem nolit ab eo discedere, laudandam esse pudicitiam mulieris, & nihilominus manente matrimonio dotem ab ea repeti posse, nec posse a fisco vindicari, qui tamen occupat omnia bona deportati:

Nam si marito vergente ad inopiam constante matrimonio dotis repetitio est, *l.ubi*, *sup.de jur.dot.* & multo magis publicatis omnibus bonis mariti, quod contingit per deportationem: solum ipsum deportationis nomen est confiscatio omnium bonorum rei, etsi id non exprimatur in sententia. Ergo *l.1.* ex contrario significat, mulierem posse mutare affectionem, & casum deportationis mariti mulieri esse justam divertendi causam, & quærendi novi mariti post annum, quia deportationes erant perpetuæ, & hoc inter cetera distabant a relegationibus. Relegationes erant temporariæ, deportationes perpetuæ, *l.legatorum*, *§.hæc est differentia*, *ff. de interd. & rel.* Et summa quoque illa differentia distabant invicem, quod relegatio non esset capitis deminutio, qualem Ovidius sustinuit, non deportatio, quæ est capitis deminutio. Ac præterea post deportationem nulla est spes restitutionis in integrum. Nam etsi deportatus possit restitui in integrum beneficio principis, tamen hoc non speramus, hanc spem nullo habemus in loco, sicut spem postliminii: alia est spes postliminii, cujus in jure ratio habetur: alia spes restitutionis, cujus nulla habetur ratio. Certior est spes postliminii, quæ est posita in virtute bellica, quam spes indulgentiæ principis, certius est jus gentium, ex quo est postliminium, quam restitutio, & venia principis: nam & idcirco deportatio solvit matrimonium, si spectes jus civile, & patriam potestatem solvit omnino, captivitas suspendit propter spem postliminii potius, quam solvit. Quod Justinianus docet in *Institut. tit. quib. mod. pat. potest. solv.* Ad extremum unum tantum notandum est *ex h. t.* neque filiæ emancipatæ divortium esse in arbitrio patris ulla ex causa, neque filiæfamil. nisi ex justa causa, & magna, in *l.5. hoc t. l. cum hic status*, *§.si socer*, *ff.de donat. inter vir. & uxor. l.1. de liber. exhib. l. 11. sup. de nuptiis.* Ergo invita filia emancipata jubente patre ex nulla causa repudiabit virum, nec ex justa quidem, qua movetur pater. Filia autem familias etiam non faciet divortium cum marito invita, etiam jubente patre, nisi ex justa causa, unde elegantissimi versus Ennii.

Injuria abs te afficior indigna pater:
Nam si improbum Ctesiphontem existimaveras,
Cur huic me locabas nuptiis? Sive est probus,
Cur talem invitam cogis relinquere?

Et similiter Affranius in Comœdia, quæ inscribitur *Divortium apud Nonium. O dignum facinus*, inquit, *adolescentis*, *optimas bene convenientes*, *concordes cum viris*, *repente viduas faciet spurcitia patris*. Et similiter apud Plautum in Sticho filia ad patrem: *Aut olim*, inquit, *nisi tibi placebant non datas oportuit: aut nunc non æquum est abduci*, *pater*. Ergo in arbitrio patris non est divortium filiæ. Qua in re divortium distat a repudio inter sponsos: nam renuntiatio sponsalium est in arbitrio patris, *l.10. ff.de sponsal.* Ut ergo divortium filiæ non est in arbitrio patris, vel etiam filii: ita etiam ex contrario ex *l.ult. h.t.* quæ est constitutio Græca, divortium non est in arbitrio filii, vel filiæ emancipatæ, vel suæ, sed necesse est eum, eamve, si velit divertere, qui patrem habet, adhibere consensum patris, si pater dotem dedit, aut donationem propter nuptias accepit; ne alioquin in damno versetur pater propter culpam filii, vel filiæ divertentis, & amittat dotem, vel donationem propter nuptias, aut etiam exigatur ea pro pœna injusti repudii. Non debet culpa filiæ, vel filii fraudi esse patri non consentienti divortio. Igitur generaliter est inutile divortium, nisi factum sit consensu filii, vel filiæ, & patris ejus. Neque in solius filii, vel filiæ, neque in solius patris arbitrio est divortium. Hæc fuit sententia constitutionis Græcæ, quæ refertur etiam iisdem verbis a Justiniano *Novel. 22.* Et simili ratione in *l.si filia*, *ff.de divort. & l.filiæ*, *ff. sol.matr.* amovetur fraus, quam parat filia patri facto divortio, id est, cavetur utique semper, ne per filium, aut filiam deterior fiat conditio patris.

AD

AD TITULUM XVIII.

SOLUTO MATRIMONIO QUEMADMODUM DOS PETATUR.

HIC tit.eſt de repetitione dotis, & ſolutione, vel de judicio recuperandæ dotis, quod ſoluto matrimonio competit mulieri, vel ſocero, vel extraneo,qui dotem dedit pro muliere. Eadem de re fuit *tit.*13. *de rei uxor.act.* An igitur hic titulus eſt ſuperfluus? Minime vero, alioquin erit etiam ſuperfluus *tit.*23. *inf.de fun.dot.* quia omne fere jus de fundo dotali expoſitum eſt in *eod. tit.*13. Sed obſervandum eſt in eo *tit.*13. ea tantum exponi de repetitione dotis, quæ nova Juſtin. fecit partim probato, partim improbato veteri jure actionis rei uxoriæ, & ipſa etiam actione ſublata, & retenta ſola actione ex ſtipulatu, eaque bonæ fidei effecta, & tacita ſtipulatione data mulieri, & patri ejus, & mulieri etiam tacita hypotheca. Ac ſimiliter in *eo tit.* ea tantum expoſui de fundo dotali, quæ Juſtinianus fecit nova, ſublata differentia locorum, quam induxerat l.Julia, & differentia alienationis, & hypothecæ. Cetera autem, quæ de repetitione dotis, vel de fundo dotali conſtitutionibus prodita ſunt, confirmat nominatim in eod. *tit.* 13. §.*pen.* Et ut cetera de fundo dotali ſunt in *tit.*13. ſic cetera de repetitione dotis ſunt in hoc *tit.*18. quæ obſervationes valde notandæ ſunt, ſi quis velit noſcere rationem titulorum: imperfectus eſſet hic tractatus, ſive liber de dotibus, ſi contineret tantum, quæ Juſtin. de jure dotiun fecit nova, non etiam vetera, quæ non mutavit. Ac primum in h.t. de dote æſtimata quædam proponuntur utiliſſima, & ſubtiliſſima, *l.*1. *&* 6. Dotis æſtimatæ periculum plerunque pertinet ad maritum, aliquando ad uxorem. Cujus autem eſt periculum, ejus etiam eſt commodum omne dotis æſtimatæ. Eadem enim eſt ratio periculi & commodi. Ergo cujus periculum eſt, & ejus commodo cedunt partus ancillarum dotalium editi conſtante matrimonio, & omne emolumentum, ſicut damnum omne, & periculum ad eum reſpicit, periculum dotis æſtimatæ eſt mariti, ſi poſt æſtimationem nihil aliud actum ſit inter maritos ea de re. Ergo partus ſequuntur maritum, & omne emolumentum, ut in *tit.*13. §.*cumque ex ſtipulatu*, *& leg.Lucius*, *ff.de leg.*2. Periculum eſt etiam mariti ſi poſt alienationem dotis hoc actum ſit inter conjuges, ut ancillæ dotales tantidem æſtimatæ periculum transferatur ad maritum: *tantidem æſtimatæ*, id eſt, ut vel æſtimationem earum ancillarum dotalium factam ab initio ſoluto matrimonio reddat, vel omnes ancillas, neque deteriores, neque viliores, ſed tantidem æſtimatas, quanti fuere ab initio. Ergo hoc etiam caſu partus earum ſequuntur maritum, quæ eſt ſententia *leg.ſi mancipia*, *ff.de jur.dot.* quod & ibi gloſſa explicat rectiſſime, atque etiam *l.pen.* §.*mancipia*, *ff.ſol. matr.* periculum dotis æſtimatæ eſt mulieris. In ſpecie *l.*1. *h.t.* ſi poſt æſtimationem dotis hoc agatur inter maritos pactione (ut inquit) vel ſtipulatione, ut ſoluto matrimonio redderentur res ipſæ, ſi exſtent, ut in *l.æſtimatis*, *ff.ſol.matr.* nam his verbis: *ſi exſtent*, periculum transfertur in mulierem: nimirum hic eſt ſenſus eorum verborum, ut quæ non exſtabunt, quæ res erunt extinctæ, vel peremptæ, non reddantur mulieri, & mulieri perierint. Ergo conſequens eſt, partus ancillarum dotalium debere ſequi mulierem, ad quam reſpexit periculum dotis, non maritum. Soluto igitur matrimonio partus eſſe reſtituendos mulieri actione ex ſtipulatu, ut inquit *lex* 1. an etiam ſi pactio intervenerit, non ſtipulatio, quoniam initio id ait conveniſſe pactione, & ſtipulatione. An ergo ſi pactione id convenerit judicio ex ſtipulatu mulieri reddentur partus: ſic ſane hodie ex titulo 13. Olim erat actio rei uxoriæ, quod data opera prætermiſit Tribonianus in hac *l.*1. Cum Imperator ſcripſiſſet, *judicio rei uxoriæ, vel ſtipulatu*; quæ verba

A reſpondebant ſuperioribus, *pactione*, *vel ſtipulatione*: *lex* 6. *inf.* eſt obſcura, ſed non relinquetur, antequam fuerit reducta ad facilitatem: *lex* 6. inquam, eſt de dote æſtimata viliore pretio, muliere circumſcripta, & quæſtio oritur elegans, & neceſſaria cognitu. Sciendum eſt, dotis æſtimationem venditionem eſſe, quod ſæpe diximus, veram venditionem, ſimplicem, ſed dotis cauſa, ut ait *l.quoties*, *ff.de jur.dot.* Et ideo venditionem ſimplicem non ſemper imitatur: ſunt enim tres differentiæ inter venditionem ſimplicem, & venditionem dotis conſtituendæ cauſa. Prima differentia hæc eſt: evicta re vendita, ſi venditor emptori præſtiterit duplum, ut ſit evictionis nomine, id emptor habet pleniſſimo jure, nec unquam reſtituit venditori, hoc eſt certiſſimum: At ſi æſtimata dote res dotalis evicta ſit marito, & eo B nomine, id eſt, evictionis nomine uxor viro præſtiterit duplum conſtante matrimonio, id vir reſtituet duplum ſoluto matrimonio mulieri, quia æquius melius eſt maritum non lucrari quicquam ex damno mulieris, *d. l.quoties*, ſicut e contrario æquius melius eſt mulierem non locupletari ex damno mariti, *l.jure*, §.*ult.* *ff. de jur.dot.* *l.pen.* §.*ult.* *ff.ſolut.matrim.* Secunda differentia hæc eſt, venditione facta viliore pretio, non reſcinditur venditio, *l.quiſquis*, *ſup.de reſcind.vendit.* niſi venditor fraudatus ſit ſupra dimidiam juſti pretii, *l.*2. *C. eod.* vel niſi dolus emptoris arguatur, *l.ideo*, *ff.loc.* *l.*8. *ſup.de reſcind.vend.* Circumſcribitur venditor in pretio aut reipſa, aut dolo emptoris: ſi dolo emptoris, reſciſſioni locus eſt: ſi in re ipſa (quod fraus dicitur proprie, id eſt, damnum, non dolus) non aliter reſcin- C ditur venditio, quam ſi fraus ſuperet dimidium juſti pretii. Et hoc in venditione ſimplici. Æſtimatio autem dotis facta viliore pretio citra dolum mariti, etiamſi non ſuperet dimidium juſti pretii, reſcinditur data electione marito, ut vel rem dotalem reſtituat ſoluto matrimonio, vel juſtam æſtimationem, *l.ſi res*, §.1. *ff.de jur.dot.* Nam ſicut venditio ſimplex, in qua intervenit fraus venditoris, ſupra dimidiam juſti pretii reſcinditur, data electione emptori, ut vel rem emptam reſtituat, vel ſuppleat quod deeſt juſto pretio, *d. l.* 2. *ſup. de reſcind. vend.* Ita fere æſtimatio facta dotis viliore pretio quocunque, etiamſi non immodice viliore, nec continente fraudem ſupra dimidium juſti pretii, reſcinditur, data eadem electione marito ſoluto matrimonio, ut vel rem dotalem reddat, vel juſtum pretium, non D pretium, quod factum eſt ab initio, *d. l.ſi res*, §.1. Quod utique verum eſt, ut ibidem oſtenditur, ſi exſtet res dotalis, quæ vilius æſtimata fuit, muliere reipſa circumſcripta, non dolo mariti. Nam ſi res exſtincta ſit, contenta debet eſſe mulier æſtimatione, de qua convenerit, æſtimatione qualiquali, quæ totius rei damnum feciſſet, nulla facta æſtimatione. Nam conſtat inæſtimatæ dotis periculum eſſe mulieris. Ergo re exſtincta æqui bonique conſulere debet, ſi recipiat qualemqualem æſtimationem rei, cui res erat peritura, ſi non fuiſſet æſtimata qualiter qualiter. Et hoc ut dixi ſi abſit dolus mariti. Et ita accipienda eſt omnino tertia pars *legis* 6. (faciam enim tres ejus partes) quæ diſtinguit utrum res dotalis exſtet, an exſtincta ſit, ut ſcilicet huic diſtinctioni ſit tantum locus, cum in æſtimanda dote ma- E ritus dolum non adhibuit: nam ſi dolus mariti probari poſſit, indiſtincte rei juſtam æſtimationem reddere debet actione dotis, *d. l.ſi res* ex ſententia Scævolæ, quæ æſtimatio juſta etiam ſervabitur per exceptionem doli, ſi mulier forte, aut heres ejus poſſideat rem dotalem, eamque vindicet maritus, quaſi dominus factus æſtimatione, id eſt, emptione, & traditione, quæ eſt ſententia primæ partis legis ſextæ. Nam tantum abeſt, ut poſſis ex ea inferre, quod vult gloſſa, cui datur exceptio, & multo magis ei dari actionem, quod eſt abſurdum, & vitioſum omnino, & falſum: ſed potius cui datur actio ad recipiendam juſtam æſtimationem, ſi in ea facienda dolum adhibuerit maritus, & multo magis ei dabitur exceptio doli ſervandæ juſtæ æſtimationis

gra-

gratia. Et hæc vera ſunt, ut oſtendit dicta *lex ſi res*, §. 1. quæ eſt clavis illius quæſtionis, ſive mulier, quæ in pretio circumſcripta eſt, major fuerit vigintiquinque annis, ſive minor. Nam minori mulieri hoc tantum datur ſpecialiter, ut ſi æſtimationis faciendæ tempore habuerit in manu emptorem offerentem juſtum pretium rei dotalis, & circumventa eam rem viliori pretio marito addixerit, hoc caſu ut maritus non habeat electionem reddendæ rei dotalis, vel juſtæ æſtimationis, re exſtante, vel etiam re exſtincta, ut non liberetur reddendo æſtimationem eam tantum, de qua initio conventum eſt; ſed ut omnino cogatur minori 25. annis reddere æſtimationem juſtam. Tertia differentia inter utramque vinditionem eſt beneficium *leg. 2. ſup. de reſcind. vend.* ut reſcindatur venditio ſi læſus ſit venditor ultra dimidium juſti pretii; beneficium, inquam, illud datur ſoli venditori, non emptori: in quo erratur vulgo peſſime, ut ibidem oſtendi latius. Nam aperte Harmenop. *lib. 3. cap.* 8. docet, id beneficium, cui locus eſt etiam in locatione & conductione, quæ habetur ad inſtar venditionis & emptionis, dari, inquam, ſoli locatori, non conductori, & rationem hujus differentiæ expoſui in *d. l.* 2. Non datur ergo emptori majori 25. annis, minori datur, *ut in l. pater*, §. *prædia*, *ff. de minor.* Et hoc in venditione ſimplici. Marito autem læſo & gravato in æſtimatione dotis qualicumque, vel modica vel immodica, ſi res dotalis ſit majoris æſtimata, & hac æſtimatione circumſcriptus maritus petivit, ut ei ſubveniatur, qui eſt pro emptore, ne ſcilicet ſoluto matrimonio reddat ultra juſtum pretium. Et in omnibus iis differentiis eadem ratio valet, ne mulier lucretur ex damno viri. Et hæc eſt ſententia tertiæ partis *l. 6.* quam confirmat etiam *l. jure*, §. *ult. ff. de jur. dot.* Quod ad cetera hujus tit. attinet, ea non admodum deſiderant operam meam. Cenſeo tamen breviter tria eſſe notanda, primum in *l. filiæ*, *hoc tit. filiæ pecuniam*, *quam habes in poteſtate*, *adimere non prohiberis*. Omnino legendum eſt in ea *l. filiæ*, *peculium*, loco *pecuniam*, & ita Thalelæus legit, & confirmat *l. donationes*, §. *pater*, *ff. de don.* Nam *l. filiæ* facit differentiam inter dotem, & peculium filiæ. Pater poteſt adimere filiæ peculium quandocunque, etiam nuda voluntate: dotem vero ſemel pro ea datam non poteſt ei auferre. Imo ſoluto matrimonio eam non poteſt repetere ſine conſenſu filiæ, ut in *l. 2. hoc tit.* Et ſolvi dos etiam ei ſoli non poteſt ſine filia, *l. 3. ff. ſolut. matr.* Et hoc eſt, quod ait *l. 2. neque exigere*, *neque accipere*. Et ita *l. filiæ* ponit differentiam inter peculium, & dotem, non pecuniam. Nunquam enim videmus pecuniam pro peculio. Secundo notandum eſt, repetitionem aliquando eſſe utilem, aliquando directam. Directa eſt, ſi dos fuerit, ſi matrimonium fuerit, utilis, ſi nec matrimonium juſtum, nec dos fuerit: nam dos proprie non eſt ſine matrimonio. Matrimonium poteſt eſſe ſine dote. Finge igitur: mulier libera nupſit ſervo, quem exiſtimabat eſſe liberum: cognito errore repetet dotem, quam ei dederat, non a ſervo illo, quia cum ſervis nulla actio eſt, ſed a domino ejus utili actione de dote, quia neque matrimonium fuit, neque dos, quæ erit etiam quaſi privilegiaria inter creditores chirographarios, ut eſt quaſi dos: aget igitur utili actione de dote cum domino, non in ſolidum, ſed de peculio, hæc eſt ſententia *l. 3. hoc tit.* & facit *lex ſi cum dotem*, §. *ult. ff. ſol. matr.* *l. Lucius 2. ff. dep.* Tenetur, inquit, dominus de peculio, videlicet ſi mulier ipſi ſervo dotem dederit: nam ſi dedit domino, tenetur in ſolidum, non in peculium tantum. Et ita ſi data ſit dos marito filiofamilias, in patrem eſt actio dotis directa de peculio, ſoluto matrimonio: ſi data ſit patri, in ſolidum, *d. l. ſi cum dotem*, §. *tranſgrediamur*, & *l. 10. hoc tit.* videlicet, ſi pater ille, id eſt, ſocer facultates habeat: Nam illud in *l. 10.* non accipitur bifariam, ut ſcilicet teneatur ſupra peculium, & ſupra facultates, ſed ut ſupra peculium tantum filiifamil. non ſupra facultates damnetur in ſolidum. Sunt adverſi, ſive contrarii hi quatuor, damnatus in ſolidum, damnatus in partem, damnatus

A in facultates, damnatus in peculium. Damnatus in ſolidum, damnatur in quantum locupletior factus eſt, ut in *l. de iis*, *D. de jur. dot.* & *d. l.* 10. Et ita in ſolidum accipitur varie, prout confertur cum alio vario, ultimum, quod eſt apertiſſimum, nec fuerat palam expoſitum in tit. 13. in hoc tit. oſtendit mortua filia in matrimonio dotem profectitiam redire ad patrem. Loquitur de filiafamil. *l. 4. h. t.* ſed recte Theodorus eam porrigit ad emancipatam, quod ego multis legibus confirmavi in ſupradicto titulo 13. Vel ſi pater non ſit, mortua in matrimonio uxore, qualiſcunque fuerit dos profectitia, vel adventitia, remanet apud maritum, niſi ſtipulata ſit uxor eam ſibi reddi, heredive ſuo, *l. 5. h. t.* quod hodie ſemper præſumitur ſtipulata ex tit. 13. Hæc eſt brevis explicatio hujus tituli: cave autem exiſtimes deeſſe ullam B conſtitutionem Græcam in hoc tit. Nam quam annotat collega noſter deeſſe in hoc tit. ea eſt, quam dixi ſupra deeſſe in extremo præced. tit.

AD TITULUM XIX.

SI DOS CONSTANTE MATRIMONIO SOLUTA FUERIT.

Commodiſſime junxit hunc titulum ſuperiori: nam lex ult. præced. tit. & l. un. hoc tit. partes duæ ſunt unius ejuſdemque conſtitutionis, ut conſtat ex Cod. Theodoſ. *l. ſi conſtante*, *de dotibus*, & *l. ult. ſup. tit.* eſt de marito mortuo: hæc de uxore C mortua. Et ut mortuo marito dos redit ad mulierem ſuperſtitem, & nihil ex ea ſibi vindicare poſſunt heredes mariti, ex *d. l. ult.* Ita ex *hac l.* uxore mortua, ſi maritus conſtante matrimonio dotem ei ſolvit, abſque cauſa legitima contra generalem definitionem ſuper. tit. ut dos tantum ſoluto matrimonio ſolvatur, vel repetatur, ut dotis actio non naſcatur antequam ſolutum ſit matrimonium: denique ut manente matrimonio, dos neque ſolvi mulieri, neque repeti ab ea poſſit, exceptis certis cauſis, de quibus in *l. mutus*, *D. de jur. dot.* *l. quamvis*, *ff. ſol. matr.* quia vetita eſt donatio inter maritos, & repræſentatio dotis eſt ſpecies donationis, & ut ait in conſtitutione *h. t.* dotis ſolutio, quæ fit conſtante matrimonio ſine cauſa legitima, *donationis inſtar obtinere perſpicitur*, id eſt, perſpicuum eſt, donationem eam eſſe: ne di- D cas, ut ait gl. *perſpicitur*, id eſt, *præſumitur*. Græci recte, θεωρεῖται. Si inquam maritus conſtante matrimonio dotem mulieri ſolverit abſque legitima cauſa, quia & ſolutio præmatura pro donatione eſt, nihil ex ea dote mortua muliere heredes vindicare poſſunt: ſed maritus ſuperſtes ab eis poteſt repetere dotem cum fructibus perceptis a die ſolutæ dotis, quia morte mulieris (ut poſtea explicabimus) dos lucro mariti ceſſit. Repetet igitur eam ab heredibus mulieris cum fructibus, ut ait, & ut opinor cum fructibus omnibus cujuſcunque generis, ſive opera & cura mulieris pervenerint, qui vulgo dicuntur induſtriales, veluti ſerendo, ſive abſque cura & labore mulieris, qui vulgo dicuntur naturales. Et eleganter Virg. in *Culice*. *Agreſtum bona ſors cura ſecura*: hi ſunt fructus, quos terra fert ſua ſponte, ſine opera & diligentia no- E ſtra. Hos omnes mortua muliere, cui dotem abs re maritus repræſentaverat, heredes mulieris marito reſtituent, qui interim ſuſtinuit onera matrimonii, & qui ſuſtinuit onera, æquum eſt ne privetur ullo genere fructus. Neque moveor *l. fruct. ff. de uſur.* quæ ait, mulierem ex re ſibi donata a marito fructus ſuos facere, illos tamen quos ſua cultura & opera acquiſierit, ſicut bonæ fidei poſſeſſorem, non naturales fructus. Et tamen ego dico omnes eſſe reſtituendos. Hoc ſolicitius explicemus. Finge: maritus rem ſuam donavit uxori, prædium ſuum donavit uxori, non dotale: uxor percepit fructus varios, illos tantum ſuos fecit, quos ipſa curavit, & excoluit. Cui ſententiæ ſolet objici *l. bonæ fidei*, *in pr. ff. de adqu. rer. dom.* quæ loquitur de bonæ fidei poſſeſſore,

cui

cui comparat uxorem *l. fructus*: idem nimirum statuit in uxore, quæ fructus cepit ex re donata a marito, & in bonæ fidei possessore, *d. l. bonæ fid.* ait, inquam, bonæ fidei possessorem omnes fructus suos facere interim, etiam si non provenerint opera & diligentia possessoris, hæc non sunt pugnantia, nec pugnat *d. l. fructus cum l. bonæ fid.* Nam ille articulus *interim*, qui est *in l. bonæ fidei, ut interim omnes fructus suos faciat*, rem omnem dirimit, & diluit. Facit quidem fructus suos omnes interim, sed re evicta restituit eos, qui sua sponte provenerunt, & eos tantum retinet, qui facto ejus provenerunt pro cultura & cura. Et ita etiam quod ait *d. l. bonæ fid. §. Pomponius*, fructus perceptos post scientiam rei alienæ, id est, postquam possessor cognovit rem esse alienam, possessores suos non facere. Et contra quod ait *l. qui scit, §. ult. ff. de usur.* post scientiam rei alienæ interim possessorem fructus suos facere. Hæc nullo modo invicem pugnant, & res est exploratissima. Facit quidem fructus suos interim, sed evictam restituit cum fructibus. Et hoc ut vobis deinceps pro certo sit atque comperto, similiter in *l. 5. D. de leg. commiss.* fundo vendito lege commissoria, id est, ut nisi pretium solvatur intra certum tempus, fundus sit inemptus, Gallice *marchè nul*, lex ait, emptorem interim sibi suoque jure fructus percipere, eos sed restituere venditori l. commiss. quod valde notandum est. Et ita etiam mulier ex re sibi donata a marito, non dotali, si fructus perceperit, omnes interim suos facit, sed eos restituit, qui sine cura & cultura ejus provenerunt: nam aliorum fructuum, qui facto ejus provenerunt, donatio licita est, sicut usurarum, quæ ex obligatione dotis uxor debuit marito, usurarum remissio est licita, & eorum quoque fructuum donatio, quos ipsa sibi adquisivit. Et hoc ex Juliano proponitur in *l. de fructibus, D. de don. int. vir. & uxor.* Ex quo loco in *l. si quis pro uxore, §. pen. D. eod.* dum ait, si maritus uxori remiserit usuras dotis, quas debuit, quæstionem esse, an donatio sit illicita, scribendum est, an donatio sit licita, quando subjicit & Julianum hoc putare, quod & verum est. Julianus autem non putat esse illicitam, sed licitam, *d. l. de fructibus*. Ergo ut recte subjiciat Julianum hoc putare, præcedere hæc oportet quæstio, an donatio sit licita. Et hoc quidem dicimus de fructibus perceptis a muliere ex re donata, non dotali. Sed de iis non agimus hoc loco, sed de fructibus dotis, de fructibus rerum dotalium constante matrimonio solutarum sine legitima, quod donatio est. Hos omnes sine disjunctione dico esse restituendos marito deductis impensis: nam fructus semper intelliguntur deductis impensis culturæ. Omnes igitur restituendos esse marito deductis impensis, quia sine distinctione fructus omnes repensare debent onera matrimonii, quæ interim sustinuit maritus. Et non utimur igitur hac in re, ut Accursius distinctione bonæ fidei, vel malæ fidei. Nam quaque fide percepti sint ex dote ab uxore, omnes sunt restituendi marito, cujus lucro dos cessit mortua uxore. Et jure quidem veteri dos profectitia, vel adventitia, si non sit pater, mortua uxore, lucro mariti cedit, liberis communibus servata proprietate, quasi bonorum maternorum, adeo ut nec a liberis possint segregari ea bona, & alienari, si maritus liberis superinducat novercam, vel hodie etiamsi non superinducat ex *Nov. 98.* nisi pro parte virili ex *Nov. 127.* nam virilem partem poterat alienare, quod hæc pro præmio continentiæ ad eum pertineat pleno jure, non per usumfructum solum, in aliis partibus habet usumfructum solum: hodie vero ex constitutione Just. mortua uxore dos non cedit lucro mariti, sed redditur heredibus mulieris, *§. illo proculdubio, in tit. 13.* Igitur locus non est huic constitutioni, nisi convenerit instrumento dotali, ut mortua uxore dos cedat lucro mariti. Et ita idem nominatim Justinian. accommodata hac l. ad jus, quod ipse novum fecit de dotibus, censet hanc legem esse accipiendam, nempe fingendum esse in specie hujus l. ex pacto dotem cessisse lucro mariti mortua uxore. Et si liberi exstent eis communes, reservandam esse proprietatem, usumfructum solum esse patris: quo argumento possit quis contendere, omnes leges, omnes constitutiones esse accipiendas secundum mentem Justiniani secundum jus novum. Sed hoc si quis velit tueri semper, & servare stricte, incideret in difficultatem, & salebras multas. Porro *in hac l. unica* sic est legendum ex Cod. Theodos. omnino in fine: *Ita ut proprietas ejusdem a liberis ex eadem susceptis* (contra leges) *a marito alienari non possit*. Quod ait, *alienari a liberis*, ut in Novell. Majoriani de abrogat. cap. & in interpretatione Aniani ad *leg. 2. Cod. Theodos. de sec. nupt. ut a liberis alienare non liceat, in l. sed si hoc, ult. D. de cond. & demonst.* Apparet autem ex iis in specie hujus l. non eosdem fuisse heredes, & liberos mulieris: separantur enim liberi ab heredibus extraneis, scilicet heredes fecerat mulier, & liberis satisfecerat, relicta portione legitima.

AD TITULUM XX.

NE FIDEJUSSORES, VEL MANDATORES DOTIUM DENTUR.

Sententia hujus tituli hæc est, ut maritus, vel socer, vel prosocer, qui dotem accipit dotis servandæ causa, & reddendæ mulieri soluto matrimonio, non cogatur fidejussorem dare mulieri, vel mandatorem, cujus scilicet mandato uxor dotem det viro, ut sit adversus fidejussorem, vel mandatorem mulieri regressus soluto matrimonio dotis recuperandæ gratia. Et si ultro maritus dederit fidejussorem, vel mandatorem, ut non obligetur, quia hanc obligationem constitutiones improbant, *l. 1. C. Theodos. de fidejussor. dot.* Et legendum est omnino in *l. 2. hoc tit. satisdationem, vel mandatum pro dote exigendum, vel a marito, vel a parte ejus*, non *patre*, ut in Basilic. τȣ̃ μέρȣς ἀνδρὸς. Et ita pars uxoris, in *l. Titia cum testamento, §. cujus; D. de leg. 2.* & pars legatarii, in *l. Ofidius, de leg. 3.* quod nomen etiam retinemus in idiotismo, & dicimus ut Latini adversam partem, ut Græci ἐναντίον μέρος. Livius *lib. 22. Pars in adversandum magis quam collegæ consuli in civitate, pour luy faire teste.* Sic legendum illo loco Titi Livii. Ratio autem redditur in *d. l. 2.* cur non sit dandus a marito fidejussor dotis servandæ & reddendæ, quia scilicet cum mulier se committat in potestatem mariti, vel soceri, cujus filiofamilias nupsit, & plerunque etiam sua, id est, parapherna: absurdum esset si fidei ejus non committeret dotem suam, quæ & in bonis mariti est, si exigeret fidem alienam, si confideret magis fidei alienæ, quam fidei conjugali. Est elegantissima ratio, quæ confirmatur etiam *l. 8. sup. de pact. convent. cap. per vestras, extra, de donat. inter vir. & uxor.* Sed sunt hujus constitutionis aliquot exceptiones. Una si forte (quam solus Harmenopulus exposuit lib. 4. Epitom. tit. 8.) ante nuptias convenerit dotis fidejussorem dari, vel si ante nuptias datus fuerit: nam potest fidejussor præcedere non minus, quam sequi obligationem. Sic ad quæstionem, quam movet hic glos. possis respondere ex Harmenopulo. Est etiam alia exceptio certissima, ut post nuptias, post solutum matrimonium, possit mulier accipere fidejussorem dotis reddendæ suis diebus, in *l. si constante, §. quoties, D. sol. matr. l. etsi fi. D. de re jud. l. 7. D. de except.* Diffidentia tantum hæc improbatur constante matrimonio, constante amicitia fideque communi, non post matrimonium. Idem addendum est, etiam a marito constante matrimonio mulieri posse dari pro dote pignus, quod hodie est certissimum, cum & lex det tacitum pignus, tacitam hypothecam, id est, Justinianus, quod lex tandem fecit, ut essent pro dote tacite pignerata omnia bona mariti. Idem etiam fieri potuit ex conventione, ut vel omnia bona mariti, vel quædam mulieri pignora essent dotis servandæ nomine. Idque etiam ostendit *l. quod autem, §. si uxor, D. de don. inter vir. & uxor. & l. vir. §. 1. D. ad Vellejan.* Et ratio differentiæ inter pignus, & fidejussorem hæc est: Nam dato pignore res uxoria poni-

ponitur tantum in tuto, non etiam committitur alterius personæ fidei, quam mariti ipsius: fidejussor obtinet locum debitoris, pignus obtinet locum rei debitæ. Non est aliena fides eligenda fateor, aut quærenda. Non quæritur autem aliena, si quæritur pignus, sed quod sit loco rei uxoriæ. Ac præterea in exigendo fidejussore est quædam contumelia, nempe diffidentia, *l.18. inf. D.de testament. tut.* quæ non est in exigendo pignore. Accursius in *l.2.* multas exagitat quæstiones in hanc rem: quæ hactenus tradidi alibi, dirimunt omnes, præterquam unam. An sicut uxor non exigit a viro fidejussorem dotis servandæ, & reddendæ, non exigat etiam vir ab uxore fidejussorem dotis promissæ, & non præstitæ marito: & existimant vulgo, exigi posse a muliere fidejussorem dotis promissæ, & ita hac in re esse differentiam inter uxorem & maritum, moti *l.eum dotis, D. de jur. dot.* male intellecta: nam societas vitæ, & honestas videtur exigere, ut constante matrimonio, neque uxor virum, neque vir uxorem flagitet fidejussorem. Ac sane *d. l. eum dotis* non loquitur de uxore, sed de eo, qui dotem viro promissam ab uxore, id est, qui dotem, quam debuit uxor, expromisit, utitur enim eo verbo. *Expromittere* semper est novandi animo suscipere alienam obligationem, & se facere reum principalem pro alio, absoluto alio: Nam novatio liberat priorem reum prius obligatum. Nunc lex ait, si quis dotem debitam ab uxore promiserit viro novandi animo, & fidejussorem dederit, utique fidejussor tenebitur, hoc est certum, nec enim ab uxore datus est, sed ab extraneo expromissore.

AD TITULUM XXI.

RERUM AMOTARUM.

INTER ceteras partes ejus quæstionis, quæ est de dotibus, vel de re uxoria, una est de rebus amotis, propter quas olim erat compensatio, sive retentio ex dote, & quæ hodie etiam manet actio rerum amotarum: de utraque est hic tit.21. de compensatione, sive retentione ob res amotas *l.1.* de actione ceteræ leges 1. 2. 3. Et est actio rerum amotarum, ut eam definiam, condictio, quæ ex edicto prætoris post divortium datur statim, & in solidum in uxorem, vel maritum, qui conjugi res abstulit divortii causa. Hæc definitio complectitur omne jus istius actionis, & ex ea primum apparet, eam esse actionem prætoriam, ut ex *l.2. h.t.* dum ait, eam edicto perpetuo promitti. Promittit, sive pollicetur prætor actiones in edictis, deinde quas pollicitus est proposito edicto, dat postulantibus. Itaque in *l. 2. h.t.* est legendum, *promittitur*, non *permittitur*, ut in *l.6. sup. de al. jud. mut. cum in integrum restitutio*, inquit, *edicto perpetuo promittatur*, ut in *Basil.* ἐπήγγελται, non permittatur, ut legitur vulgo. Sic etiam in *l.ult. sup. de act. empt.* actiones promissæ, non permissæ. Illud etiam apparet ex superiori definitione, hanc actionem esse condictionem, *si paret dari oportere*, id est, ea intendimus dari nobis oportere. Et ita in *l.27. ff.eod.* rer. amotarum actio, condictio est. Ergo alia est condictio rerum furtivarum, de qua est proprius titulus in ff. & alia condictio rerum amotarum: Et hæc quidem honestior, cum in ea res furtivæ non appellentur, sed amotæ tantum dicantur, & intendatur hac non res furtivas dari oportere, sed res amotas. Vir vel uxor, qui quæve amovit res aliquas conjugis, revera fur est, *l.pen. D.eod.* in veritate furtum est. In hac igitur specie in furem agitur honestiore actione, atque leviore, quam soleat agi in alios fures, propter pudorem matrimonii prioris. Competit etiam rerum amotarum vindicatio, *l.3. h.t.* & *l.24. ff.eod.* Ergo ejusdem rei est vindicatio & condictio contra regulam juris (nam nemo condicit rem suam, cujus habet vindicationem) scilicet odio furum. Sive igitur is fur sit conjux, sive extraneus, in eum ad res recuperandas,

A quæ sublatæ sunt, duplex est actio, vindicatio, & condictio, quarum alteram eliget actor: Nam ut dixi, res, quæ dicuntur amotæ, revera furtivæ sunt, & sicut res furtivæ non possunt usucapi, ita nec res amotæ, quæ revera sunt furtivæ, *l.pen. ff.eod.* Ergo inter condictionem rei furtivæ, & condictionem rei amotæ, in verbis tantum est discrimen, non in re ipsa, non in vi ipsa: nimirum mitiora sunt verba hujus, quam illius actionis: uxorem enim, vel maritum non dices res furto subripuisse, sed ad levandam invidiam verbi, dicis, eum eamve res tuas amovisse, easque ut libet, vel condictione intendis tibi dari oportere, vel vindicatione asseris eas esse tuas, parcens pudori ejus, qui maritus tuus, vel quæ uxor tua fuerit, in memoriam præcedentis societatis vitæ, ut ait *l.si rerum, ff.de re jud.* In memoriam prioris matrimonii non B agis furti, vel condictione furtiva adversus eum, qui divortii causa res abstulit, si eas post divortium non contrectet: sed agis tantum rerum amotarum condictione. Et sic etiam, quod notandum est, in memoriam prioris domini servus non torquetur in caput venditoris, neque in caput domini, neque in caput ejus, qui fuit dominus olim, *l.unius, §.servus, D.de quæst.* Et in memoriam prioris dignitatis, qui desinit esse decurio non torquetur ex delicto, *l.ult. D.de decurionibus.* Et sic in memoriam prioris matrimonii, prioris societatis, non utimur atroci judicio in eum eamve, qui quæve conjunx fuit, sed agimus tantum de rebus amotis, id est, amovendi verbo utimur, non acerbiori. Utitur etiam prætor eo amovendi verbo in aliis edictis, sed longe alia ratione, quam in hoc edicto, ut suus heres non habeat C beneficium abstinendi, qui quid ex hereditate jacente amovit, *l.si servum, §.prætor ait, D.de acq. hered.* Et in edicto, si servus testamento manumissus aliquid subripuerit ex hereditate jacente, nondum adita, in *l.pen. & ult. D.si is, qui testam. lib. esse jus. erit, &c.* Et utitur inquam, in his edictis prætor amovendi verbo non quod velit parcere reo, sed quod certe hereditati jacenti, necdum aditæ furtum non fiat. Hæc est certa sententia juris, hereditati jacenti furtum non fieri: vetustissima sententia juris, cujus ratio hæc est: quia furtum fit soli possessori, & nihil est furtum, quam possessionis interversio, *l.1. §.Scævola, ff.si is qui ex test. lib.* Hereditas autem jacens, etsi interim habeatur pro domina in *l.non minus, ff.de hered. instit. l.cum hereditas, sup.depos.* non tamen potest haberi pro possessore, ergo ei non potest D furtum fieri. Cur vero non habetur pro possessore, sicut pro domina? Quia possessio est facti, & quicquid facit, corporeum est: Et corporeum quicquid est, id ipsum aliquid animale est. Hereditas autem est res incorporea & inanimata, id est, jus, quod defunctus habuit, est res incorporea, nullo animo prædita: Ergo nec possideri potest, nec pro possessore haberi: Nam leges nunquam fingunt, quod rerum natura non fert, in *l. confessionibus, ff.de interrogat. in jur.fac.* At in hoc edicto rerum amotarum prætor utitur amovendi verbo, non quod furtum non fiat, quandoquidem revera furtum fit: sed quod parcat pudori ejus, qui maritus, vel uxor fuit, ut sæpe turpem rem propter reverentiam personarum verbis temperat, extenuat, atque conterit, ut in *l.non debet, ff.de dolo.* Nec semper latine loquitur, id est, E furtum non semper appellat furtum. Dixi in definitione, hanc actionem dari statim, & in solidum, ad differentiam actionis de dote, quam hac in re spectarunt juris auctores, quando actio de dote non statim datur post divortium, si pondere, numero, & mensura contineatur, se annua die, & non datur in solidum, sed hactenus, quatenus facultates viri patiuntur: qui modo dolo vacet. Actio enim rerum amotarum post divortium datur statim in solidum, quia pendet ex facto turpi, ex delicto, ex vero furto, *l.21. §. rerum, & §. ult. ff. eod. l. si verum, ff. de re jud.* Et ut inferius dicemus quodammodo est ex delicto, & ex delictis agimus semper in solidum. Præterea dixi in definitione, hanc actionem dari de rebus amotis divortii causa, id est, cogitatione

tione divortii, meditatione divortii, quod animo agitabat, quod facere decreverat, & vero postea fecit rebus amotis; vel etiam de rebus amotis sine cogitatione divortii, & celatis tempore divortii, quia & eæ videntur sublatæ divortii causa, cum non sunt redditæ, aut relictæ conjugi tempore divortii, *l. 17. §. penult. ff. eod. tit.* Ergo hæc actio oritur ex divortio tantum. Est elegans in hanc rem *lex ult. §. penul. ff. de divort.* Unde quæritur an sit locus huic actioni, si quid conjux amoverit mortis causa. Finge: marito decumbente, & fere occumbente, mulier, ut solet, subripuit res multas mariti, an tenetur heredi mariti actione rerum amotarum? Certum est hanc actionem dari heredi in *d. l. 21. §. penul.* Et utique datur heredi si res sint amotæ divortii causa, id est, cum divortii consilium iniisset, qui quæve furtum conjugi fecit, si postea conjunx moriatur: sed non dabitur heredi actio, si furtum factum sit mortis causa, sed dabitur actio in rem ad res persequendas, quæ ablatæ sunt mortis causa, vel actio ad exhibendum, vel petitio hereditatis, vel condictio ex injusta causa. Non desunt actiones rei persequendæ heredibus defuncti, *l. 6. §. ult. l. 22. §. ult. D. ebd.* Sed non est eis actio rerum amotarum neque directa, neque utilis: Neque quicquam nos movere debet *d. lex 21. in princ.* Nam longe alia est species *dictæ l. 21.* Nos ponimus res ablatas mortis causa, & mortuum conjugem fuisse: illa *lex 21. in prin.* mulierem res abstulisse mortis causa desperantem de vita mariti, nec tamen mortuum esse maritum, sed convaluisse ex morbo, & postea divertisse, & teneri eam utili actione rerum amotarum. Directa non tenetur, quia amovit mortis causa, non divorii, desperans de sospitate mariti: tenetur utili, quia tempore divortii eas res celavit, atque suppressit. Sed nondum est satis. Cur est actio rerum amotarum de rebus amotis divortii causa, & non de rebus amotis mortis causa? Ratio hæc est, quia quæ res mariti amovet, quæ aufert res marito divortii causa (& idem potest dici de mare) hoc infenso animo, & inimico facit, ut exspoliet virum. Inimica dicitur, quæ discedit a viro in *l. cum in fundo, §. sed etsi, D. de jure dot. l. Cicero, D. de pœn.* Plane igitur furtum facere viro voluit; at quæ mortis causa res abstulit, furtum non fecit, quia non fit furtum nisi sit cui fiat, id est, non facit furtum marito, quia non voluit, non enim si victurum putasset, quicquam amovisset: non facit furtum hereditati, quia nondum fuit hereditas, nec si fuisset, hereditati furtum fit. Hæc autem actio rerum amotarum pendet ex furto, & ubi furtum non est, nec actio hæc est. Postremo dixi hanc actionem dari statim post divortium de rebus amotis constante matrimonio, vel in ipso articulo divortii: Nam de rebus amotis post divortium, est gravis actio & famosa, nempe furti, & condictio furtiva. Itemque de rebus amotis ante divortium, & contrectatis post divortium: nam contrectario est furtum, & qui sæpius contrectat eandem rem, sæpius eandem rem furatur. Itaque est actio furti earum rerum, non autem rerum amotarum. Nam hæc est tantum de furto, quod nupta fecit, vel nuptus, *d. l. 3. in princip. D. eod.* Item constante matrimonio non agunt invicem rerum amotarum, sed aliquanto leviore actione, nempe actione in factum, id est, verbis temperata in factum, *l. 2. hoc tit. l. ult. §. ult. inf. de furt.* vel condictione sine causa, ut in *l. 25. D. eod.* quia ut ait *lex 2. hujus tit.* constante matrimonio neque pœnalis, neque famosa actio competit in uxorem, vel maritum. Sane ita est. Ergo non competit rerum amotarum constante matrimonio: Et hoc certissium est quoque. Ergo recte infertur actionem rerum amotarum, vel esse famosam, vel pœnalem. Et utrumque tamen falsum est. Condictio rerum amotarum non est famosa, sicut nec condictio rerum furtivarum. Nulla condictio est famosa, licet pendeat ex causa famosa, veluti ex furto, *l. cessat, D. de obligat. & act.* Non est etiam actio rerum amotarum pœnalis, quia rem solam persequitur, *d. l. 21. §. penult.* Sic respondeo. Fateor non esse famo-

A sam, aut pœnalem, sed etiam affirmo inesse ei pœnam aliquam, & infamiam, propterea quod pendet ex furto, & dicitur oriri & esse ex maleficio, *d. l. si rerum.* Sicut condictio furtiva, licet rem solam persequatur, dicitur esse ex maleficio, *d. l. 21. §. penult. & l. 10. §. quoties, D. de compens.* Et ob id neutra condictio datur in heredem, nisi quatenus ad eum pervenit, *l. 3. hujus tit. l. 9. §. ult. & §. seq. D. de tut. & rat. distr.* quia est quasi pœnalis, quasi famosa, quodammodo famosa & pœnalis, quia in ea fit quasi mentio furti. Nam etsi res amotas dicas non furtivas: tamen populus intelligit te dicere furtivas, apud quem debet constare ratio famæ nostræ. At in quem non est actio famosa, in eum etiam non est actio quasi famosa, *l. parens, cum legibus seqq. D. de obseq. a lib.* Ergo verum est, quod ait *l. 2.* constante B matrimonio non agi rerum amotarum, quod non agatur famosa, vel pœnali actione: famosam cum dicit, vel pœnalem, dicit quasi famosam, vel quasi pœnalem: sicut, qui dicit contractum, dicit etiam quasi contractum, ut tutelam, *l. contractus, D. de reg. jur.* Etiam intelligitur manente matrimonio non agi cum conjuge servi corrupti, quæ est pœnalis, nisi in simplum, dempta pœna, id est, in id quod interest in favorem & honorem nuptiarum, *l. ult. D. de serv. corrupt.* Item non agi ex lege Aquilia, quia est etiam actio pœnalis ex parte, id est, mixta; sed agitur tantum in simplum, *l. si servus, §. si maritus, ff. ad l. Aquil. l. si mulier, ff. de donat. inter vir. & uxor.* Ac similiter non agitur mandati, vel depositi, quia sunt famosæ, nisi temperentur verbis, & concipiantur in factum, vel nisi post divortium. Et ita Græci accipiunt *l. si* C *ego, §. ult. ff. de jur. dot.* Et idem notant de actione mandati in *l. ult. sup. de pact. conv.* Ergo famosis actionibus non agimus coustante & manente matrimonio, nisi temperes eas, & concipias in factum, notato scilicet facto modestissime in eo, quod tua interest, non notata persona, non facta mentione doli, & fidei ruptæ, sed damni pecuniarii tantum, hoc favor & honor nuptiarum exigit.

AD TITULUM XXII.

NE PRO DOTE MULIERIS BONA QUONDAM MARITI ADDICANTUR.

D LONGE alia fuit ratio hujus tituli, quam tituli superioris: nam vivi mariti pudori parcit mulier, ex titulo superiore si agat post divortium de rebus divortii causa a marito subreptis, quin & vivo marito parcit mulier, si agat de dote post divortium, dum eum non condemnat in solidum, sed quatenus facere potest, mortuo autem marito judicio dotis heredem ejus condemnat in solidum, *l. maritum, ff. solut. matrim.* Et ex hoc titulo non parcit pudori mortui mariti, quinimo si maritus sine herede decesserit, mulier dotis servandæ causa mittitur in possessionem bonorum omnium, & bona omnia mariti distrahit sub hasta nomine mariti, quod heredem non reliquerit, cujus nomine venditio bonorum fiat. Id vero erat ignominiosum, nomine debitoris mitti in bonorum possessionem, deinde proscribere bona, vel distrahere sub hasta, quasi de- E coctoris nequam: hoc fuisse ignominiosum ostendit *§. 1. Inst. quib. ex caus. man. l. paterfamilias, ff. de reb. auct. jud. poss. Et canone sunt manifeste 12. quæst. 1.* Sic ergo ex hoc t. mulier non parcit existimationi mariti mortui: nam si nullus heres ei existat, dotis servandæ causa mittitur in possessionem universorum bonorum, eaque distrahit nomine mariti, quod erat infame. Nec enim statim mulieri bona mariti addicuntur pro dote: quia nec ulli creditori bona debitoris addicuntur pro debito, *l. 6. & l. 9. inf. de bon. auct. jud. poss.* Et maxime lex *6.* congruit cum constitutione hujus tituli. Sed si maritus, vel alius debitor sine successore, aut herede, aut bonorum possessore decesserit, forte cum non esset solvendo testamentariis, & legitimis heredibus, aut bonorum possessoribus repudian-

diantibus ejus successionem tanquam damnosam, vel suspectam: tunc ex illa parte edicti prætoris, cui heres non extabit, de qua Marc. Tullius in Quintiana, mulier mittitur in possessionem bonorum omnium mariti dotis servandæ causa, deinde omnia bona proscribuntur, & distrahuntur sub hasta, & sugillatur nomen defuncti. Hæc est forma juris, inquit, constitutio hujus tituli, id est, ordo edicti perpetui, quæ & forma perpetua dicitur, *l. 1. inf. ubi pet. tutor.* Hic est mos judiciorum, quo creditores perveniunt ad jus suum, debitore sine successore defuncto. Nec enim desiderant jure sibi addici pro debito bona debitoris. Ergo nec mulier sibi addici bona mariti pro dote, sed sequi jubetur ordinem edicti perpetui, sicut extraneus debitor. Addicere non est in solutum dare: hoc enim facit debitor si vult, *l. 4. inf. qui bon. ced. poss. l. 4. inf. de evict.* Addicere est prætorium jus, cujus tria illa verba sunt notissima, *do, dico, addico*. Et rursus, addicere non est ipso jure dominium transferre, quia Prætor neque heredem, neque dominum facit ipso jure, *l. qui usumfructum, ff. si ususfruct. pet. §. quos autem, Instit. de bon. poss.* Nisi addictio fiat ex voluntate domini, ut in cessione in jure, & in actione, quæ fit voluntate domini. Ideoque is, cui Prætor addicit bona libertatum conservandarum causa ex constitutione Marci: vel bonorum emptor, cui ex edicto postulantibus creditoribus addicit bona debitoris, is non est heres, sed quasi bonorum possessor, *l. 4. §. penult. D. de fideicommiss. lib.* Et Theophilus noster in tit. *Instit. de success. quæ fieb.* Addicere igitur bona, est ea collocare penes aliquem, eumque eorum possessorem facere, quem tamen prætor tuetur tanquam dominum, id est, habet loco domini. Addicere, est possessionem dare, & quasi dominium (quod Græcis est προσκυρῶσθαι) collocare, *l. quod a. ff. de in diem add.* & in idiotismo, *etrousser quelque chose*. Ergo mulieri pro dote ex lege hac, vel cuilibet creditori, aut creditoribus pro debito bona debitoris non addicit Prætor, etiamsi maritus, vel alius debitor nullum heredem reliquerit, aut successorem universi juris sui. Sed hic est ordo juris, quem certissime noster Theophilus exposuit *tit. de success. subl. quæ, &c.* Primum, ut mulier non quidem fiat possessor bonorum mariti, hoc enim esset addicere: sed mittatur tantum in possessionem bonorum mariti dotis servandæ causa, ut in *l. ea quæ, §. 1. D. ad munic. l. pen. §. item danda, D. de diver. temp. præscript. l. officium, D. de rei vindic. l. Titia, D. de solut.* quo genere possessio non transfertur in mulierem. Nam longe aliud est possidere, aliud esse in possessione, sicut longe aliud est servum esse, aliud in servitute esse. Ergo quem Prætor mittit in bonorum possessionem, certe non facit possessorem, hoc jure non transfertur possessio, sed jus pignoris constituitur in eis bonis creditori, idque appellatur prætorium pignus, in tit. *de prætor. pign. inf.* Deinde transactis aliquot diebus post missionem in possessionem, intra quos dies si res exigat, potest constitui curator bonis administrandis & custodiendis: His inquam diebus transactis, bona omnia proscribuntur, & creato magistro bonis vendendis, consensu creditorum, bona publice venduntur sub hasta, Gallice *au plus offrant*, consensu creditorum lege dicta venditioni solvendi debiti integri, vel partis ab eo, qui licitatione vicerit, *qui aura plus offert*, & addicuntur bona emptori, qui licitatione vicerit, habeturque is bonorum emptor pro bonorum possessore, id est, pro successore, & cogitur satisfacere mulieri pro rata dotis, & ceteris creditoribus. Nam hic ordo juris proficit omnibus creditoribus, etiamsi eum non petierint omnes, *l. cum unus, D. de reb. auct. jud. poss.* Atque ita indemnis damno servatur mulier. *Quatenus*, inquit lex, *successionis modus patitur*, quæ dixerat tamen maritum nullum successorem reliquisse: *lex 4. inf. qui bon. ced. poss.* ait, quatenus substantia patitur, quod reipsa, idem est. Sed observandum est in voce successoris, & successionis in hac lege esse πλοκὴν, idest, figuram, quoniam primo loco successor est heres, vel

A bonorum possessor: secundo loco successionis nomen significat bonorum venditionem, *Instit. de success. quæ fieb.* & successor igitur significat bonorum emptorem, qui similis est bonorum possessori, non bonorum possessorem. Et in hoc proposito bona non dicimus, quæ supersunt deducto ære alieno, ut in l. Falcidia. Sed dicimus bona cum sua causa, id est, cum suis commodis, & cum suis oneribus, incommodis, & damnis, & cum ære alieno, ut in edicto de bonorum possessionibus.

AD TITULUM XXIII.

DE FUNDO DOTALI.

B LEX Julia scripta fuit de fundo dotali, sed pertinet etiam ad ædes dotales: fundus est prædium rusticum, ædes prædium urbanum: Et ita *l. 12.* tab. quæ jubet, *fundi usucapionem esse biennium*, pertinet etiam ad ædes, ut M. Tullius ait pro Cæcinna. Et contra edictum uti possidetis, est scriptum nominatim de ædibus, & pertinet tamen etiam ad fundum, *l. 1. §. penult. D. uti poss.* Verum non pertinet ad superficiem solam, *l. 13. §. sed si, ff. eod.* Nam de superficie proponitur proprium & speciale interdictum, quasi uti possidetis possessionis retinendæ causa, ut in tit. *de superficieb.* Et ita lex Julia, de qua est hic titulus, non pertinet ad superficiem solam, *l. si ex lapidicinis, ff. de jur. dot.* quia lex Julia est de re soli, & superficies non est res soli. Et breviter lex Julia hoc vult, maritum rei dotalis,
C quæ solo continetur, si inæstimata sit, vel etiam si æstimata, modo electio sit servata mulieri repetendæ rei, vel æstimationis, prout elegerit, maritum, inquam, non habere alienationem, licet pro domino dotis habeatur, quo alienationis verbo significatur omnis translatio dominii, *l. 1. hujus tit.* Ubi est elegans definitio alienationis, quam semper habere oportet in promptu: Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur. Ergo etiam alienationis nomine continetur divisio fundi communis, & actio communi dividundo, per quam pervenitur ad divisionem, & commutationem partium, *l. 2. hujus tit.* quam confirmat *l. ex castrensi, §. 1. ff. de pec. cast.* quam miror non esse annotatam. Alia, quæ possent dici hac de re, nos exposuimus satis abunde in *tit. de rei uxo. act. §. & cum lex Julia.*

D

AD TITULUM XXIV.

DIVORTIO FACTO APUD QUEM LIBERI MORARI, VEL EDUCARI DEBEANT.

Et AD TITULUM XXV.

DE ALEND. LIBER. AC PARENT.

PARS alia hujus tractatus de dotibus est de liberis, quoniam propter liberos erat retentio sextarum, vel quintarum ex dote, alendorum liberorum causa, *l. unic. §. sileat, supra, de rei uxor. act.* quo loco tollitur ea retentio, propter quod communes liberi non sunt alendi ex dote matris, sed ex facul-
E tatibus patris. Deinde quærebatur in hac parte de retentione propter liberos post divortium, apud quem liberi morari & educari deberent (nam in hoc tit. disjunctio pro conjunctione) utrum apud patrem, an apud matrem? Et hæc constitutio hujus tit. ponit in arbitrio judicis, ut pro qualitate personarum statuat morari, & educari liberos apud matrem, si pater sit nequam, mater frugi, vel contra apud patrem. Nec probat per sexum inter parentes fieri divisionem liberorum, quod notandum est, ut scilicet masculi alantur apud patrem, feminæ apud matrem. Et videnda est hac de re *Nov. 117.* Inde etiam quæritur in hoc tit. 25. a quo alendi sint liberi: est enim tit. de alendis liberis, & parentibus. Et hoc constituitur alendos esse liberos a patre pro modo facultatum, *l. 3. & 4. h. t.* etiam emancipa-

cipatos liberos, *l. 5. D. de agn. & al.* videlicet si sint majores trimis, alendos esse a patre, non a matre, Gallice *si ils ont plus de trois ans*, *l. pen. inf. de pat. pot.* quoniam ea ætate solent repelli a mammâ, a lacte, & tum dicuntur exuberes, quasi ἀπόμαστοι, ut contra sububeres ὑπόμαστοι, Gallice, *qui tettent encore* : & exuberes apud Cælium Apicium *lib.8. c.6.* dicuntur Syringiati, seu mammocestes. Vice autem versa, ut ait *d. l. 5.* quod Græce est ἀντιπελαργεῖν, etiam parentes egenos liberi, qui sunt in facultatibus, alere debent, & parentes utriusque sexus: quoniam etsi parentum inæqualis sit potestas; æqualis tamen debet esse pietas, unaque erga parentes, ut ait *l. 4. D. de cur. fur. l. 6. D. de in jus voc. l. 1. & 2. hoc tit.*

AD TITULUM XXVI.

DE CONCUBINIS.

EXPLICITO tractatu de dotibus, datur titulus de concubinis. Nam etsi in concubinis quæstio dotis locum non habeat, nec divortii, nec rerum amotarum, *l. si concubina, ff. rerum amot.* nec rerum donatarum, *l. donationes, D. de don.* nec ex quibus causis connubium interdicitur, etiam omnibus utique concubinatus interdicitur, *l. 1. §. qui autem, & §. ult. l. 3. l. ult. D. eod. tit.* tamen concubina uxorem imitatur, ut eleganter ait Julianus in *Nov.* 18. Uxoribus igitur proximæ sunt concubinæ. Et merito igitur post uxores dantur concubinæ in hoc titul. Concubinæ nomen non est infame & turpe, imo honestum & legitimum, ut explicabitur infra. Et hoc est, quod illo loco ait, *concubinam imitari uxorem*. Et ut uxori uxorem superducere non licet, *l. 2. sup. de incest. nupt.* vel sponsæ sponsam, *l. 5. sup. de don. ant. nupt.* ita nec concubinam ex constitutione hujus tit. quasi scilicet πάρεργον ἐρωτικὸν ἐπιδήμιον. Et rectissime Ignatius in epistola ad Antiochenos, ὅτι μία ἑνὶ, οὐ πολλαὶ ἑνὶ ἐδόθησαν ἐν τῇ κτίσει, *una uni, non multæ uni datæ sunt in creatione.* Et Hermione apud Euripidem, οὐ καλὸν δυοῖν, &c. non est honestum unum virum duarum mulierum regere habenas, sed contentum quemque una esse debere, siquidem bene & beate vivere, remque suam tueri velit. Concubina igitur uxorem imitatur, & ut uxorem uxori, ita concubinam uxori non licet superducere. Et inde posteriores etiam concubinatum, & concubinam appellavere ἡμίγαμον, id est, *seminuptam*. Zonaras in Michaele Paphlagone, ἐκ ἡμιγάμου γενόμενος, ἀλλ' οὐ τῷ ἐννόμῳ συγγενής, id est, *ex concubinatu, non ex justo nubili*. Et idem in Constantino gladiatore, τῇ γυναικὶ συνοικεῖ, &c. Et concubinatus etiam conjugium dicitur, sed inæquale, *l. 3. tit. seq.* quod opponitur justo conjugio, *l. 1. C. Theod. de colleg.* Denique, ut ex his apparet, concubinatus non est illegitima conjunctio, furtiva conjunctio, & per concubinatum non committitur stuprum, *l. 3. D. eod. tit. l. stuprum, D. ad leg. Jul. de adult.* Et vis nosse amplius, quam concubina similis sit uxori? Filio procreato ex justis nuptiis concubina patris est quasi noverca, ut eam uxorem ducere non possit, *l. liberi, sup. de nupt.* Item si concubina in adulterio fuerit deprehensa, accusari potest adulterii ex lege Julia quasi uxor, *l. si uxor, ff. ad leg. Jul. de adul.* Et Lysias de cæde Eratosthenis in adulterio deprehensi, reum cædis non esse eum, qui deprehensum in adulterio concubinæ occiderit lege Atheniensium, & tantum abesse, ut eum jure non occiderit, quem deprehendit in adulterio uxoris, ut & jure occidatur deprehensus in adulterio concubinæ. Et hæc est sententia Lysiæ, licet concubina talem gradum honoris, & parem non obtineat, quod est etiam addendum ex Lysia in *l. item legato, §. penult. D. de leg. 3* Uxorem tantum a concubina distare dignitate: uxor, materfam. domina sic enim solet appellari, hæc tria nomina sunt majoris dignitatis: Nam & uxor fit particeps omnium bonorum mariti, non concubina, *l. mulieres, infr. de dig.* Concubina est nomen nonnullius dignitatis: amica turpitudinis est nomen. Hodie in usu non sunt concubinæ, & abutitur vulgus eo nomine, dum scorta vocat concubinas: hic semimatrimonii usus in desuetudinem abiit: audio tamen eum retinere districte Vascones & Pyræneos. Aliæ nationes Galliarum non novere concubinatum. Et vero etiam damnatus est Nov. Leon. Philosophi. 91. Et constitutiones etiam tit. seq. damnant magis, quam probant concubinatum, cum liberos ex concubinatu susceptos, in bonis patris nolunt habere solidi capacitatem, sed portionis tantum certæ capiendæ jus, qui tamen olim habebant solidi capacitatem, sicut nati ex justis nuptiis, quia olim, id est, ante constitutiones tit. sequen. concubinatus erat prorsus legitima conjunctio, perinde atque matrimonium, quia ex constitutione tit. seq. est quasi legitima intemperantia, & quasi vitium legitimum, *l. 7. tit. seq.* Cur enim malis retinere, ut concubinam, quam possis habere ut uxorem? Et ut eleganter ait *Nov.* Leonis 91. *Cur malis cœnum, aut lutum, quam fontem.*

AD TITULUM XXVII.

DE NATURALIBUS LIBERIS, ET MATRIBUS EORUM, ET EX QUIBUS CAUSIS JUSTI EFFICIANTUR.

MATRES sequuntur liberi: nam in hoc tit. naturales liberi, qui etiam nothi dicuntur, hi sunt, qui nascuntur ex concubinis. Fateor naturalium liberorum nomen esse ἀμφίβολον, πολύσημον. Nam alias naturales liberi ἀντιδιαστέλλονται, sive opponuntur adoptivis liberis, qui legitimi sunt, non naturales, *l. 1. §. liberos, D. unde cog. l. Lucius, D. de vulg. subst.* & tunc naturales liberi sunt liberi quæsiti ex justis nuptiis, πρὸς ἀντιδιαστολήν. Alias naturales liberi opponuntur liberis quæsitis ex justis nuptiis, & tunc naturales liberi, sunt liberi quæsiti in servitute, ex contubernio, *l. ult. D. de his qui sunt sui, vel al. l. ex pacto, §. si quis rogat, D. ad Trebel.* vel quæsiti ex concubinatu. Et ita accipiuntur proprie in hoc tit. qui nascuntur ex stupro, puta ex meretrice, vel ex uxore illicita, aut concubina illicita, ut in *l. 1. h. t.* Nam & per matrimonium, & concubinatum illicitum stuprum committitur. Hi, inquam, liberi neque sunt legitimi, neque naturales, sed tantum spurii, vel pueri publici, ut apud Senecam, *vulgo quæsiti, vulgo concepti*, ut Lucretius loquitur, *volgivaga Venere concepti.* His pater incertus est: neque enim habent patrem, quem demonstrent, nisi populum, aut terram, vel si quem habent, qui & ipse spurius pater dicitur apud Festum, eum honeste demonstrare non possunt: Et ita veluti ex connubio illicito, ut in *l. 1. h. t.* in qua Imp. non dixit, qui pater est, sed qui pater dicitur: & rursus non dixit, quos naturales filios habuerit, sed quos naturales dixit. Et idem est in *l. 44. sup. de Episc. & Cleric.* quæ constitutio est de filiis Clericorum Græca, & in *l. vulgo, D. de stat. homin. l. 4. D. unde cogn.* Et eleganter Julius Solinus de Æthiopia cap. 33. *Garamantici Æthiopes*, inquit, *matrimonia privatim nesciunt, sed omnibus vulgo in Venerem licet. Inde est, quod filios naturales tantum recognoscunt: nam paterni nominis nulla reverentia est: quis enim verum patrem noverit in hac luxuria incesti lascivientis?* Spurii igitur sunt filii nati ex incerto patre, mater semper est certa, *l. 5. D. de in jus voc.* Calfurnius Flaccus in declam. de puero suscepto ex scorto: *In hoc puero*, inquit, *nescio quid sit indignius: utrum origo patris, quæ est dubia, an origo matris, quæ est certa.* Et hac ratione dicunt Physici, cariores nobis esse fratres ex eadem matre, qui certiores, quam ex eodem patre, diversa matre suscepti, quod hos tantum opinemur, non etiam recte certo sciamus nobis esse fratres. Et inde Homer. *Iliad. 3. &c.* Eadem ratione dicunt cariores esse liberos matri, quam patri, quod illa sciat suos esse, hic suos esse opinetur.

netur. Multum ergo diſtant ſpurii liberi a naturalibus, de quibus hoc tit. nam illi patrem non habent, ſi patrem habent, nec tamen proprie patrem, id eſt, non juſtum patrem. Nam proprie pater eſt, quem juſtæ nuptiæ demonſtrant, *l. quia* 5. *D. de in jus vocand.* Et obſervandum in *l. 7. inf. hoc tit.* non ſimpliciter eſſe ſcriptum patri naturali denegari nomen patris, ſed jus, & nomen patris, id eſt, nomen juſti patris, non patris ſimpliciter. Nomen ergo juſti patris denegatur patri naturali, quia & filio naturali non ſuccedit, *l. 9. §. quod & in his, h. t.* In qua auctor vobis ſum delendi hæc verba, *vel aſcendentium*. Nam hoc vult ille §. ut pater naturalis non ſuccedat filio naturali, vel ejus liberis, vel cognatis ex tranſverſo. Sed nec poteſt velle, nec jure proficere, ut pater naturalis non ſuccedat ſuo patri, vel avo, vel proavo, qui filio naturali ſunt aſcendentes. Secunda differentia hæc eſt; Spurii nihil capiunt ex bonis ejus, quem patrem dicunt ullo judicio, ullove modo: ſed naturales liberi una cum matre ex teſtamento, vel codicillis, vel teſtamento patris naturalis poſſunt tantum capere unciam exiſtentibus juſtis liberis, *l. 2. hoc tit.* Deficientibus juſtis liberis poſſunt capere quadrantem ex *l. 1. C. Theod. eod. tit.* vel ſemiſſem ex *l. 1. hoc tit.* & hodie ſolidum ex *Nov. 89.* Quod locum obtinet etiam in nepotibus naturalibus, id eſt, quos juſtus filius genuit ex concubina ſua, ex filio mortuo, *l. ult. hoc tit.* Ab inteſtato autem liberi naturales non ſuccedunt patri naturali, niſi deficientibus juſtis liberis, & juſta uxore, & tunc ſuccedunt tantum in ſextantem una cum matre *ex Nov. 18. & 89.* Et recte in hoc tit. liberis naturalibus junguntur matres eorum, quia ſimul in unam portionem admittuntur. Tertia & ultima differentia hæc eſt: Spurii nullo modo juſti, & legitimi fieri poſſunt, quod eſt veriſſimum; naturales autem certo modo poſſunt, ut hoc tit. oſtenditur, quia hi non ſunt indigni miſericordia, *ut ait l. 7. hoc tit.* qui alieno vitio laborant, nam concubinatus quaſi vitium eſt: quæ ratio licet etiam obtineat in ſpuriis, quod ſpurii etiam alieno vitio laborant, tamen quia certum patrem non habent, non efficit ut poſſint fieri juſti: ſed efficit ut poſſint aſpirare ad honores, ut fieri poſſint decuriones: Non eſt impedienda dignitas ejus, qui nihil admiſit, *l. ſpurii, de decur.* qui etiam innocens eſt *l. 2. §. penult. ff. eod.* Emporius rhetor, mentionem, inquit generis partus eſſe augendam, quod in cujuſque poteſtate non ſit, quemadmodum natus ſit. Naturales autem liberi fiunt juſti honore decurionatus, *l. 3. & 4. hoc tit.* & ducta in matrimonium concubina, *l. 5. 10. 11. hoc tit.* & ex l. Anaſtaſii arrogatione, *l. 6. hoc tit.* quam tamen deinde in l. 7. Juſtinianus Imperator voluit tantum valere in præteritum; Statuens in futurum, ne adrogatio naturalem juſtum faciat, cum ducere in matrimonium concubinam promptum & facile ſit, eodemque momento uxorem juſtam, & liberos juſtos facere, quod confirmatur in *Nov. 89.* Et poſtremo naturales liberi fiunt legitimi reſcripto Principis, *Nov. 74.* quod & *l. 1. hoc tit.* adſignificat illo loco, *noſtri prærogativa reſcripti*. Hi ſunt modi, quibus naturales liberi juſti efficiuntur: inter quos modo adhuc notandum eſt, eſſe quædam diſcrimina. Primum, qui decurionatu factus eſt legitimus, vel reſcripto Principis, patri ſoli fit ſuus heres, juſtuſque ſucceſſor, non ceteris cognatis patris, ut liberis, id eſt, jus ſui heredis adquirit, non jus conſanguinei, non jus cognati, non ergo plenum jus legitimi filii, *l. 9. h. t. & d. Nov. 89.* Matrimonio autem, id eſt, concubinatu verſo in matrimonium, plenum jus conſequuntur naturales liberi, in eſt, non tantum ſui fiunt patri, & in poteſtate: ſed etiam agnaſcuntur agnatis patris omnibus in *Nov. 12.* Item decurionatu, & matrimonio naturales legitimi fiunt etiam exiſtentibus juſtis liberis: reſcripto autem Principis legitimi non fiunt exiſtentibus juſtis liberis, *Nov. 74.* Item decurionatu facti legitimi, exiſtentibus juſtis liberis, non plus poſſunt capere ex bonis patris naturalis, & modo juſti patris per decurionatum, quam is reliquerit uni ex filiis juſtis, cui minimam portionem adſcripſerit, *l. 9. §. ult. hoc tit.* Aliis modis facti juſti ſolidi capacitatem habent, nec certa parte concluduntur. *

AD TITULUM XXVIII.

DE TESTAMENTARIA TUTELA.

EXPLICATO contractu matrimonii, & dotis, & ceteris, quæ id genus conventionis ſequuntur, vel antecedunt, incipit tractare de alio genere contractus, nempe de tutelis. Nam & tutela contractibus annumeratur in *l. contractus, D. de reg. jur. l. ex contractibus, D. de oblig. & act.* Quia etſi pupillus tractatu habito, negotioque geſto non contrahat cum tutore, ſed in eum incidat, ut ait *l. ult. D. rem pup. ſalv. for.* tamen tutor ex ſua adminiſtratione tenetur quaſi ex contractu, & per cauſam ejus adminiſtrationis, ſive geſtionis inter pupillum, & tutorem ultro citroque naſcitur actio directa & contraria, *§. tutores, Inſtit. de obl. quaſi ex contr.* Tutelæ nomine, cum eam dico eſſe contractum, intelligo tutelæ adminiſtrationem, & geſtionem, ut cum juris auctores dicunt, reſtituere tutelam paſſim in jure, id eſt, adminiſtrationis tutelæ rationem reddere: nam tutela per ſe ſimpliciter non eſt contractus, ſed ut Servius Sulpitius definit, vis & poteſtas in capite libero. Noviſſime adminiſtratio tutelæ, quæ & ipſa tutela dicitur, contractus eſt. Eſt autem alia tutela legitima, alia dativa. Omnis diviſio debet eſſe bimembris. Et dativa rurſum alia eſt teſtamentaria, alia Attiliana; nam & teſtamento dati tutores dativi ſunt, ut ſcribit Ulpian. *lib. reg. tit. de tut.* Et dati quoque a prætore dativi ſunt, qui proprie Attiliani dicuntur, quia lex Attilia juſſit a prætore tutorem dari ætate parvis deficiente teſtamentario, aut legitimo tutore, ut eſt in *Inſtit. de Attil. tut. l. dativus, D. rem pup. ſal. l. ult. inf. de leg. tut.* quæ etiam facit duas tantum ſummas ſpecies tutorum, legitimos nempe, & dativos: nam dativi ſimpliciter accipiuntur. Et adde etiam *l. generaliter, ſup. de Epiſc. & Cler.* & ideo hic tractatus de tutelis, qui comprehendit multos titulos, primum incipit a teſtamentaria tutela. Hæc tutela prævalet, & ut in hereditatibus, ita & in tutelis prior eſt cauſa teſtamenti. Quandiu autem ſperatur tutela teſtamentaria, aliæ ceſſant, *l. ſi quis ſub conditione, D. eod.* Ac rurſus, ut conferamus hereditatem cum tutela, quæ frequens in jure contentio eſt: ſicut hereditas teſtamento data confirmatur leg. 12. tab. *uti quiſque legaſſit, &c.* ita tutela confirmatur eadem lege, *l. 20. D. eod. & Ulpian. eodem lib. reg. eod. tit. Teſtamento*, inquit, *dati nominatim tutores, l. 12. tab. confirmantur*. Placet valde, quod ait *nominatim*. Nam tutorem dari oportet *nominatim*, alioquin datio inutilis eſt. Et hoc eſt quod ait *l. 20.* tutorem incertum dati non oportere, *& §. tut. Inſt. de legatis, pro tutela certo judicio poſteritati eſſe cavendum*, ſicut in eod. tit. dicitur *§. libertas*, libertatem incertæ perſonæ inutiliter dari, quod placeat ſervos liberari nominatim. Sed hoc intereſt inter libertatem, & tutelam, quod libertatem dari nominatim, hoc eſt ex lege Fuſia Caninia, ut Paulus ait 4. *Sent. tit. ult. &* Ulpian. *eod. lib. reg. tit.* 1. tutorem autem dari nominatim, hoc eſt, *ex 12. tabul.* Quia vero dandus eſt tutor nominatim, inde dubitabat Pomponius in *l. 16. §. 1. D. eod.* an tutor datus filio hoc modo: *Filii mei tutor eſto*, ſi plures eſſent filii, videretur datus omnibus filiis impuberibus, quia exheredatio filiorum nominatim fieri debet. Et tamen qui plures filios habet, ſi filium exheredem eſſe juſſerit ſpecialiter, *filius exheres eſto*, nemo videtur nominatim exheredatus, *l. 2. D. de lib. & poſt*, quia ſcilicet exheredationes ſtrictius accipiuntur. At tutorum dationes plenius accipiuntur, favor pupillorum admittit latiorem interpretationem hac in re, puta, ut datus tutor generaliter filio, non adjecta alia

nota

nota demonstrationis, videatur datus omnibus filiis ætate parvis, *d. l.16. §. 1.* Et ita etiam tutor, qui datus est filiis, & postumis datus intelligitur, *l.5. ff. eod. tit.* Quod tamen non ita est in exheredatione: exheredatis filiis hoc modo, *filii exheredes sunto*, non videntur exheredati postumi nominatim. Ergo ad postumos non pertinet ea exheredatio, *l.3. §. nominatim, D. de inj. rup.* Et similiter filiis datus tutor, videtur etiam datus filiabus, *d. l.16. in princ.* quia & analogia recti sermonis hoc patitur, ut dicamus filiæ, filiarum, filiis. Et ut plenius Sosipater & Phocas scribunt, Jurisconsulti primum instituerunt distinguendi sexus, & discernendæ ambiguitatis causa, ut diceremus filiabus. At si filii sunt exheredati hoc modo: *filii exheredes sunto:* dico non videri etiam filias exheredatas: nam invenio accurate testatores, cum omnes exheredatos volunt, & filios, & filias dicere, quasi non sit satis dicere filios, *l. Titius, ff. de lib. & post.* Et confirmatur hoc idem etiam argumento *l.1. §. quare, ff. de ventr. in poss.* Verum ad rem. Cœpi conferre hereditatem cum tutela, & pergam. Ut hereditatem testamentariam non improprie quis dicit lege obvenire, quod confirmatur, ut ante dixi hereditas testamentaria *lege 12. tabul. l. lege obvenire, D. de verbor. signif.* Ita etiam tutelam testamentariam non improprie dixeris lege obvenire, quod 12. tabul. confirmetur. Et confirmare tutorem, est tutorem facere, ideoque tutor testamento non jure datus, & confirmatus a prætore dativus est, non testamentarius: Attilianus est, non testamentarius in *l. jure, §. ult. & l. seq. ff. de testament. tut.* Et iis consequens est, solam legem facere heredem, non testatorem, non prætorem: Nam prætor tutorem dare non posset, nisi hoc jussisset lex Attilia. Denique & hereditatis jus, & tutelæ datio omnino est legis, non jurisdictionis, aut imperii, *§. quos autem, Instit. de bon. pos. l. muto, §. tutoris, D. de tut.* Nam non omnis, qui imperium & jurisdictionem habet, non omnis Magistratus dare tutorem potest: sed is tantum, cui lex specialiter hoc concessit. Non omnis parens tutorem testamento dare potest, sed is tantum, qui pupillum cum moritur in suis heredibus habet, habiturusve erat si vixisset, *l. quo tut. §. 1. D. de reg. jur.* sive sit paganus testator, sive miles. Et hoc est, quod ait *l. impuberi, D. de adm. tut.* tutelam mandari jure patriæ potestatis, non præmio militiæ. Et militem igitur non dare tutorem, nisi filiofam. heredive suo, id est, qui sit in familia, & potestate sua, *l. 2. de test. tut.* Præterea non tantum heredem instituere dicimus, sed etiam tutorem instituere apud Plinium & Ciceronem. Ut autem heres non tantum institui potest, sed etiam substitui in locum instituti, si institutus heres non erit, quæ dicitur substitutio vulgaris ex 12. tab. Ita tutori instituto, substitui alius tutor potest in eundem casum, si prior non erit tutor, quod liquido comprobatur *l. penul. D. de test. tut.* Et simili modo, qui proximus est ad tutelam legitimam, & proximus est ad hereditatem legitimam: & contra, quo hereditas redit legitima, eo & tutela, *d. l. quo tutela, in prin. & l.3. §. perinde, D. de leg. tut.* Neque tamen existimandum est, perpetuam semper esse similitudinem inter hereditatem, & tutelam: vel unam dissimilitudinem attulisse satis est, in qua re discernenda possunt etiam falli prudentissimi. Hereditas datur tantum testamento, non codicillis testamento confirmatis, & multominus non confirmatis: tutela tamen datur recte codicillis testamento confirmatis, *l. 2. hoc tit. l. 3. ff. eodem, l. 1. de confirm tut.*

AD TITULUM XXIX.

DE CONFIRMANDO TUTORE.

TITULUS 29. est etiam de tutore testamentario, qui paucis explicabitur, nec erit longi subsellii. Est autem de tutore non jure dato testamento, non recte dato. Non jure enim datur

A testamento a patre tutor filio emancipato impuberi, quia emancipatus extraneus est patri, non suus, licet jure prætorio ab intestato vocetur inter suos. Non recte datur tutor testamento a matre, vel alia muliere, nec si patrona fuerit, quæ liberto impuberi tutorem det, *l.1. sup. tit. prox.* quia scilicet feminæ suos heredes non habent, *l. illud, §. ad testam. D. de bon. poss. contra tab. l. nulla, D. de suis, & leg. her.* Et ut superiore tit. proposui, parens tutorem tantum dare potest ei, quem habet in suis heredibus. Verum ex hoc tit. tutor a patre datus filio emancipato, atque ita inutiliter datus, frustra datus jure ipso, confirmabitur edicto prætoris, & decreto, sine inquisitione morum, & facultatum tutoris a patre dati filio emancipato, quia stamus judicio patris, & electioni: hoc tantum inquirimus, an duraverit voluntas patris: si duravit, nihil præ-
B terea inquirimus de moribus, & facultatibus ejusmodi tutoris testamento a patre dati & instituti. Ceterum datus a matre, vel ab alia muliere extranea, vel ab extrano, qui pupillum non habet in potestate, confirmabitur etiam decreto prætoris, sed ex inquisitione, nec enim citra inquisitionem sequitur judicium mulieris, vel extranei, *l.1. h. t.* quæ inquisitio fit per Officiales prætoris, *l. 3. §. tutor, D. de susp. tut.* Est etiam alia differentia hac in re inter patrem, & matrem: nam a matre datus, vel extraneo non aliter confirmatur, quam si pupillo heredi a se instituto datus sit, *l.4. D. de test. tut. & l. 4. sup. tit. prox.* Ubi jamdiu in Institutionibus docui abundare negationem, & omnes agnoscunt hoc esse verissimum, ut sit legendum affirmative, *quando autem eos heredes instituerit*, si non instituerit heredem pupillum mater, tutor ei datus
C non confirmabitur: Et est elegans ratio in *l.4. D. de confir. tut.* quia non videtur dilexisse eum, quem non instituit. Ergo præsumitur statim nec ei bene prospexisse pro sua tutela, ac proinde judicium ejus repudiat Prætor, nec confirmat unquam. Contra bene præsumit de judicio matris, quæ dilexit pupillum, ut & instituerit heredem: tunc excutiet judicium matris prætor, & plerumque confirmabit: & hoc in matre. A patre autem datus tutor filio emancipato impuberi, confirmatur, etiamsi exheredatus sit, *d. l. 4. ff. de test. tut.* quia emancipatus jure prætorio, non habetur pro extraneo, alioquin in ejus persona inepta esset exheredatio. Sed jure prætorio, sicut suus jure civili, emancipatus est instituendus, vel exheredandus a patre. Et ab eodem patre datus exheredato tutor confirmabitur, qua in re etiam distat
D filius emancipatus a filio naturali, id est, ex contubernio, vel concubinatu: Nam filius naturalis & prætorio, & civili jure extraneus est patri naturali, ut in ejus persona inepta sit exheredatio. Ideoque a patre tutor datus filio naturali, non aliter confirmabitur, quam si institutus sit, vel ei legaverit, vel donaverit aliquid secundum modum præscriptum constitutionibus de naturalibus liberis. Cui ergo aliquid ita reliquerit, ei si dederit tutorem, is tutor confirmabitur, quasi datus magis in id, quod ei reliquerit in rem, quam in personam, sed non confirmabitur sine inquisitione, *l. naturali, l. 2. D. de confirmando tutor. l. ult. hoc tut.* Item non jure datur tutor filio sui juris a patre, nec filiofamil. impuberi, si imperfectum sit testamentum, vel injustum: non jure etiam datur per epistolam, sed tamen confirmari potest
E decreto prætoris, &, ut dixi ante, confirmatus, erit magis dativus, quam testamentarius, erit magis prætorius, quam patrius, *l. 2. hoc tit. l. 3. D. eod.* Ac postremo non jure datur tutor a patre filiofamil. verbis precariis. Nam tutela est relinquenda directis verbis, *Tutor esto, tutores sunto*, verbis imperativis, verbis civilibus: alioquin datio prorsus inutilis est, ut in *l. 1. ff. eod.* Tutela non defertur per fideicommissum, quod notandum est, sed sequetur prætor judicium patris facile, & confirmabit. Et hæc de tutore dato testamento impuberi. Curator autem puberi non datur testamento, nec a patre filiofamil. nec a matre, quod est certissimum. Nec alia ratio est differentiæ inter tutorem, & curatorem, quam quod omnis potestas dandi tutoris, & curatoris pendeat

ex

ex lege, & legis sit, non patriæ potestatis, non jurisdictionis. Ac lex, quæ dedit patri jus dandi tutoris, de tutore tantum loquitur, his verbis, *tutelæve suæ rei*, non de curatore, ideo curatoris dandi testamento jus non est, quia lex deficit, quæ id dederit: ut e contrario, cur ventri datur curator non tutor? quia prætor in edicto, ex quo curator datur ventri, loquitur tantum de curatore, non tutore: hæc est ratio leg. *ventris, ff. de tut. & cur.* Hoc totum est legis, vel edicti, cujus verba non licet immutare, nec pro tutore curatorem, nec pro curatore tutorem substituere. Ergo generaliter curator testamento jure non datur, sed confirmabitur auctoritate, & decreto prætoris, *l. 2. & 3. hoc tit. l. 1. ff. eod.*

AD TITULUM XXX.

DE LEGITIMA TUTELA.

Testamentariæ tutelæ succedit legitima: hæc non datur, *l. 5. in prin. ff. eod. tit.* sed lege defertur ipso jure, & deficientibus tutoribus testamentariis; pupillo tutores existunt statim, id est, *ἀναφαίνονται*, sive apparent, vel sunt ipso jure, non tamen cognati, id est, per feminas conjuncti (cognatos enim lex non novit) sed consanguinei, id est, fratres legitimi, qui non exierunt familia patris, qui jus agnationis non amiserunt, vel alii agnati, qui sunt proximi ad hereditatem pupilli ab intestato, id est, si parens pupillo non fecerit substitutionem pupillarem: Denique proximi ad hereditatem legitimam pupilli, etiam sunt proximi ad tutelam ejusdem legitimam, deficiente testamentaria tutela: testamen. est dativa tutela, legitima non est dativa: legitima proprie est legitima: testament. non improprie dicitur legitima, sicut hereditas, *l. lege, ff. de verb. sign.* quæ duo sunt longe diversa, proprie scil. & non improprie, *l. 1. ff. de suis, & l. herod.* Et rursus legitima tutela est absolute, leg. tutela testamentaria quodammodo, itemque Attilliana. Nam à veram istius juris originem quæramus & spectemus, si libeat adire fontes, & non rivulos consectari, sola lex heredem facit, vel senatus, vel Princeps, §. *Quos autem, Instit. de bon. poss.* Sola lex tutorem facit, vel senatus, vel princeps, *l. muto, §. tutoris, ff. de tut.* Tres dico, legem, id est, populum, senatum, & principem. Prætor autem non facit tutorem, sed dat jubente lege Attilia, & confirmante dationem. Nec ullum exstat prætoris edictum, quo tutor detur. Non est igitur prætoris edictum legi simile: senatusconsultum est legi simile: constitutio principis est legi similis. Idem non dicitur de edicto prætoris, sed dicitur tantum edictum Prætoris modicam obtinere juris auctoritatem, §. *prætorum, Instit. de jur. natur.* Edictum prætoris partem esse juris, non legis. Nec mirum, si ex edicto prætoris ventri curator detur, non tutor, *l. 20. ventri, ff. de tut. & cur. datis:* Quia & de tutore constituendo Prætor edicere non potuit: sed ut qui heredem facere non potest, ex edicto tamen bonorum possessorem facit, quem in omnibus caussis tuetur vice heredis, *d. §. quos autem, & l. 2. D. de bon. poss.* Ita qui tutorem facere non potest, curatorem tamen facit, eumque habet vice tutoris. Et in summa tutorum origo est ex lege, vel alio jure, quod legis vigorem obtinuit. Curatorum autem, qui dantur puberibus non factis justæ ætatis, & aliquando pupillis, vel qui dantur bonis, aut ventri, origo est ex jure prætorio, exceptis curatoribus furiosorum, aut prodigorum, qui soli sunt legitimi curatores, non dativi, §. *furiosi, Instit. de cur.* quæ omnia summe sunt notanda. Sed de legitima tutela modo tantum tractemus: alia est legitima tutela, quæ descendit ex *l. 12.* tab. ut quæ defertur consanguineis, id est, fratribus agnatis: nam consanguinei in jure semper sunt fratres, consanguinitas, id est, fraternitas legitima: nam frater emancipatus, cum non sit agnatus, nec consanguineus est: consanguinitas est species agnationis. Tutela igitur, quæ venit ex *l. 12.* tab. defertur consanguineis, vel aliis agnatis proximis, deficientibus fratribus legitimis, vel gentilibus. Alia autem est tutela legitima, quæ descendit ex Senatusc. ut cum alius tutor datur in locum remoti, vel excusati tutoris, vel absentis, vel mente capti, aut muti, aut surdi, *l. penul. D. de tut. l. si quis sub cond. D. de test. tut.* Et Ulpianus *lib. reg. tit. de tut.* Alia legitima tutela descendit ex moribus, ut cum alius tutor datur pupillo, quo auctore agat cum suo tutore aliqua ex causa, quia ipse in rem suam auctor fieri non potest, & ideo moribus receptum est, ut alius tutor detur in eam litem exercendam contra verum primumque tutorem, qui proprie dicebatur tutor prætorius, quia hoc solo casu prætor tutorem dabat extra ordinem, nulla jubente lege, secundum jus vetus. Hodie enim in eam litem curator datur, non tutor, §. *ult. Institut. de auct. tut. & Ulpian. in sup. d. lib. & tit.* Et præterea tutela, quæ ex lege descendit, alia ex lege directo descendit, ut quæ defertur agnatis & gentilibus, alia per consequentias hereditatum, ut qui sperant hereditatem pupilli, & onus tutelæ subeant, ut quæ defertur patrono, vel quæ defertur parenti manumissori pupilli, vel pupillæ, *l. 3. D. de leg. tut. l. 5. sup. de dol.* vel etiam, quæ defertur extraneo manumissori, id est, patri fiduciario, cui pater naturalis filium mancipavit ob causam liberandi filii, quæ proprie dicebatur *fiduciaria tutela*, quia hac lege fiduciaque cauta filium pater naturalis mancipat, & vendit emptori, qui pater fiduciarius dicitur, ut eum manumittat, faciatque sui juris. Et sic etiam *fiduciaria tutela* dicebatur cum pater naturalis in emancipatione filii impuberis manumissor extiterat, puta, contracta fiducia, ut emptor, id est, fiduciarius pater filium mancipatum sibi, & traditum a patre naturali, eidem remanciparet, & revenderet manumittendum. Sed hodie fiduciarii tutoris nomen consistit, non in patre manumissore: quia receptum est, ut potius legitimus tutor appelletur, exemplo patroni, sublato patre fiduciario, & emancipationum solemnitatibus antiquis: sed consistit tantum fiduciarii tutoris nomen in liberis patris manumissoris, fratribus filii emancipati & manumissi, *l. 4. D. de leg. tut. & Inst. de fiduciar. tut.* Et addamus aliam divisionem legitimæ tutelæ. Tutela legitima alia est principalis, alia cessicia, id est, quam legitimus tutor feminæ alteri cedit in jure, ut hereditas cedi alteri in jure potest, ita legitima tutela feminæ, Ulpianus *lib. sing. regul. titul. de dominiis, & adquisit. rerum.* Servius Honoratus in illum locum Virgilii: *Et patrio Andromachen iterum cessisse marito. Cessisse*, inquit, *est de jure: nam & cedi hereditas dicitur.* Cessicia autem tutela extinguitur, eodem Ulpiano auctore, morte, vel capitis deminutione mandatarii, vel mandatoris, id est, cessicii tutoris, vel ejus, qui eam tutelam cessit, ut mandatum quodlibet, quod & cessio est, constat extingui non tantum morte mandatoris, vel mandatarii re integra, sed etiam capitis deminutione alterutrius, *l. cum quis, D. de sol. l. post litem, D. de procur.* in illo loco, *vel in civitate manente*. Item cessicia tutela extinguitur cessicio tutore alii tutelam cedente, quia hæc secunda cessio inutilis est, quod ipse videatur renuntiasse jam sibi cessæ tutelæ, ut secundum mandatum quodlibet est inutile. Nam procurator procuratorem facere non potest, nisi post litem contestatam, *l. si procuratorem, §. 1. D. mandati, l. quod quis, supra, de procuratoribus*. Et si alium procuratorem fecerit, ipse videtur renuntiasse suscepto mandato, susceptæ procurationi. Et renuntiatio quidem valet re integra, cessio sive secundum mandatum non valet. Restat igitur cessionem primam extingui. Potuit autem olim cedi tantum tutela legitima alteri, non testamentaria, quia certiore judicio testamento eligitur tutor: & cedi rursus potuit tutela legitima, non masculorum, sed feminarum tantum, quia olim tam puberes, quam impuberes erant in perpetua tutela, propter consilii infirmitatem, & propter rerum forensium ignorantiam, ut recte dicat femina apud Juvenalem: *Nunquid nos cau-*

sas

sas agimus? civilia jura novimus? Erant, inquam, feminæ omnes in perpetua tutela, cujuscumque ætatis, quoad mariti convenissent in manum: nam conventione in manum mulier transit in potestatem viri. Et generaliter neque masculi, neque feminæ, quæ sunt in manu alterius, vel potestate, vel mancipio, etiam possunt esse in potestate tutoris, *l. cum filiusfamil. ff. de testam. milit.* Tutela est vis ac potestas in capite libero, id est sui juris, quod non sit in potestate alterius, ut in *l. recte*, *D. ex quib. caus. major.* illo loco, *Liber homo*, id est, *sui juris.* Alias liber homo est etiam, qui alieni juris est, ut filiusfam. Sed in definitione liberi hominis in illa *lege recte*, *homo liber*; liberum caput, id est, sui juris. Verum hoc obtinuit de tutela feminarum legitima jure antiquo. Postea, ut Ulp. docet eod. lib. & *l. 3. hoc t.* L. Claudia, quam nominat, sustulit tutelas feminarum puberum, & voluit, ut feminæ essent in perpetua tutela: hodie igitur cum sit sublata lege Claudia tutela legitima feminarum puberum, quæ sola potuit cedi alteri in jure, consequens est, etiam hodie cessare cessiciam tutelam, & hodie cessiciam potius esse a cessando, quam a cedendo dictam. Denique hodie impuberibus feminis tantum legitimos tutores esse consanguineos, id est fratres, vel ceteros cognatos usque ad pubertatem, *l. 3. h. t. l. 2. C. Theodos. de tut. & cur. creand.* Et sententia igitur *l. 3.* quam non assequuntur vulgo, hæc est, lege Claudia esse sublatam tutelam perpetuam feminarum puberum: solis impuberibus tutores existere, vel constitui. Manere igitur tantum tutelam legitimam feminarum impuberum, quæ defertur consanguineis, vel aliis agnatis. Dico, tutelam legitimam deferri recte *agnatis tantum*: Nam & hereditas legitima consanguineis tantum, & agnatis .i. fratribus defertur primum, deinde agnatis ceteris: separantur consanguinei ab agnatis, quamvis & ipsi agnati sint, quia inter consanguineos etiam vocabantur feminæ ad hereditatem, id est, sorores ex l. Voconia, non inter ceteros agnatos. Breviter ut hereditas, ita tutela legitima solis consanguineis, & agnatis defertur, non cognatis, id est, qui sunt conjuncti per feminas. Excipiendus tamen est frater emancipatus, qui propter emancipationem cognatus tantum est, non agnatus: quia emancipatio tollit jus agnationis, jus familiæ, jus gentilitatis. Hic enim frater emancipatus vocatur ad legitimam hereditatem fratris, vel emancipari, vel integri ex constitutione Anastasii, *§. ult. Instit. de grad. cogn. §. 1. Instit. de succes. cog.* Uno in loco, ut hoc admoneam, Justinianus nos remittit ad pleniorem lectionem constitutionis Anastasii, quæ tamen nunquam invenitur, quia scilicet inserta fuerat priori editioni Codicis, quæ antecessit editionem Instit. Posteriore autem editione Codicis, qui est is, quem habemus, quæ facta fuit post Institutiones amota fuit libro prioris Codicis. Ut autem ex constitutione Anastasii frater cognatus, non agnatus vocatur ad legitimam hereditatem fratris, & præfertur agnatis ulterioribus, ita æquum est, ut vocetur ad tutelam legitimam fratris, vel ad curationem. Et hæc est sententia *l. 4. h. t. & l. ne lucrum, inf. de cur. fur. dan.* quæ duæ leges sunt partes integrioris constitutionis Anastasii, & amplioris. Et hoc ita constituitur secundum regulam; *Quo hereditas redit, eo etiam tutela redit, & contra.* Quæ tamen regula, ut hoc addam per occasionem *l. ult. h. t.* vitiatur, si femina agnata proxima heres intercedat: nam heres erit, non tutor, quia tutela virile munus est, non muliebre, & contra ulterior agnatus erit tutor, non heres, *l. 1. §. 1. D. eod. l. penul. ff. de leg. tut.* Vitiatur etiam ea regula in minore 25. annis ex constitutione Justin. id est, ex *l. ult. h. t.* Nam licet ad minorem 25. annis omnis hereditas legitima redeat agnati impuberis, tutela tamen ad eum non redit, quia ii tantum sunt idonei tutores, vel curatores, qui sunt majores 25. annis, id est, is tantum idoneus rector est alterius, qui ipse rectore non indiget ex hac *l. ult.* Nam ante Justinianum minor 25. annis erat tutor legitimus ipso jure, sed per alium administrabat tutelam, periculumque omne administrationis sustinebat, ut significat *l. ult.* Nec tamen, quod erat absurdum, bona ejus minoris tutoris legitimi immobilia erant tacito jure pignori obligata pupillo: quia obstabat SC. de rebus minorum non alienandis, cum tamen regulariter pupilli, & adolescentes habeant tacitam hypothecam in bonis rectoris sui, *§. & ut plenius, sup. de rei uxor. l. pro officio, inf. de administ. tut.* Dati autem tutores a prætore minores 25. annis ante hanc l. ult. excusabantur ad tempus, & in locum eorum dabatur curator, non tutor, *l. 10. ff. de excus. tut. §. item major, Instit. eod. tit.* Curator, inquam, non tutor, quia tutorem habenti tutor non datur, nisi ex certis caussis, ex SC. ut retuli supra, & non desinebat esse tutor minor 25. annis, quem prætor dedisset, *l. 16. ff. de tut. & cur.* Manebat tutor, sed excusabatur ad tempus tantum, interim curatore substituto in ejus locum.

AD TITULUM XXXI.

QUI PETANT TUTORES, VEL CURATORES.

POST tutores testamentarios, & legitimos, dicturus de tutoribus, vel curatoribus, qui dantur a prætore urbis ex l. Attilia, vel ex Senatusconsultis, vel moribus, vel a præsidibus provinciarum ex l. Julia & Titia (qui inquam, petuntur & dantur, non existunt ipso jure, ut legitimi, nec dantur, ut testamentarii nemine petente) imprimis docet, qui tutores, vel curatores petere possint, aut debeant. Petuntur tutores, aut curatores editis nominibus plurium, qui possunt appellari προκριθέντες; vel πρόκριτοι, & ex illis magistratus eligit, atque constituit unum, *l. 2. h. t.* Et idem etiam est ordo in Episcopo creando, qui est etiam nobis veluti tutor, ut scilicet tres nominentur, & eligatur unus ex iis, *Nov. 123. §. 1.* Et ita Cornel. Tacitus *libro* 4. patricios tres nominari, & ex iis unum eligi flaminem dialem. Et liberti quidem liberis patroni sui impuberibus omnimodo tutores petere debent, non curatores puberibus, sed aliquando, etiam impuberibus curatores, puberibus nunquam curatores. Itemque mater liberis suis petere debet tutores, non curatores, ut postea explicabitur, & liberis non tantum quæsitis ex justis nuptiis, sed etiam ex concubinatu, id est, naturalibus, *ex l. ult. h. t.* & petere debet quamprimum sine frustratione, sive cunctatione, *l. 2. §. confestim, ff. ad Tertull. l. 8. h. t.* Sicut dandi etiam sunt quamprimum a magistratibus, *l. 1. tit. seq.* Liberti hoc debent liberis patroni veluti obsequium, ut ait *l. 2. h. t.* Mater autem hoc debet liberis suis veluti officium pietatis, ut in *l. 6. 8. 9. h. t.* & quidem officium plenum, *l. 2. §. quod si non contulit, ff. ad Tertull.* officium sedulum, *l. 2. h. t.* id est, sedulo, vere, & ex animo, mater liberis tutores petere debet, non defunctorie, non dieis causa. Quid enim si petat non idoneum? coercetur, *d. l. 2. §. non solum, ad Tertull. l. 2. ff. qui pet. tut.* Et notandum valde, quo ait *l. 8. h. t.* a matribus sedulum petendi tutoris officium exigi, non perfunctorium, quod dicitur Gallice *par acquit*, non etiam matribus adscribi impedimenta fortuiti casus, quæ petitioni tutoris obstiterunt; & ponit exemplum in matre, quæ confestim fecerat procuratorem, ut proficisceretur peregre ad locum congruum petendo tutori, ut peteret filiis suis tutorem nomine suo (peti enim potest per procuratorem) & ponit eum procuratorem in via fuisse a prædonibus peremptum, nec diu rescivisse matrem interemptionem procuratoris, atque ita eam rem remoratam esse petitionem tutoris, hoc inquam, non esse imputandum matri, impedimentum fortuiti casus non esse adscribendum matri, sedulitatem tantum ab ea exigi. Idemque officium pietatis exigitur ab avo & avia, ut orbis filiis mature tutores petant, *l. 1. Cod. Theodos. qui tut. pet. l. 2. §. filiis, ff. ad Tertullian.* Denique libertus hoc

debet

debet liberis patroni ut obsequium, mater, avus, avia, A ut officium. Et inde differentia inter obsequium, & officium sive pietatem. Et mater quidem, si cessaverit petere tutorem liberis, punitur. Nam ex constitutione Severi emolumentum hereditatis filii intestati amittit, quod ad eam pervenire poterat ex Senatusconsulto Tertull. vel alio jure, *l. 2. D. eod. l. 2. §. si mater non petierit, D. ad SC. Tertull.* nec excusatur mater ignorantia juris, constitutione Zenonis, in *l. ult. hoc t.* quia juris ignorantia non prodest, ne mulieri quidem hereditatem acquirere volenti, vel bonorum possessionem, *l. error, D. de jur. & fac. ign. l. 3. l. quamvis, sup. eod. l. juris, inf. qui adm. ad bon. poss.* Eadem est pœna avi, vel aviæ non petentis tutorem. Libertus autem, qui cessaverit in petendis tutoribus liberis patroni sui, fit reus deserti obsequii, *l. 2. hoc t.* & graviter punitur in corpus, *l. 2. D. eod.* B non etiam ut arbitror ob eam rem redigitur in servitutem quasi ingratus, ut recte sentit Accursius *in l. 2. hoc tit. ex l. solo, inf. de lib. caus.* ut libertus non fiat servus per solam causam obsequii non præstiti & exhibiti. Nam etsi *l. 2. inf. de libert. & eor. lib.* dicat, eum redigi in servitutem ex levi offensa, hoc sic accipiendum est, si quid fecerit adversus patronum, non si quid deseruerit, vel omiserit. Ergo libertus ob desertum obsequium hac in re punitur, & mater æque, & avus, & avia ob desertum officium, ob desertam pietatem; sua cuique pœna propria. Recte igitur dices, has personas tutores petere ex necessitate, pœnæ metu, tutores, inquam, non curatores, nam impune curatores non petunt, *l. 6. hoc t.* puberibus scilicet, nam impuberibus sane tutores, vel curatores petere debent, non etiam puberibus curatores, quia puberibus invitis non C dantur curatores, *§. item inviti, Inst. de cur.* nisi ad litem, ut *in l. 1. h. t.* sed addit *§. item inviti*, dum ait, nisi ad litem, vel ad tutelam recipiendam. Nam finita tutela, si pubes nolit sibi petere curatorem, admonitus a tutore, qui offert rationes, ipse tutor etiam invito petet curatorem dari, cui reddat tutelam cum rationibus, *l. 7. hoc t.* Alii sunt, qui non coguntur tutores, vel curatores petere, sed si petant, admittuntur, ut amita filiis fratris recte tutores petit sua sponte, *l. 5. hoc t.* Ergo & patruus, & propatruus, *l. pen. hoc t.* Et similiter sua sponte recte petunt tutores cognati alii impuberis, vel affines, vel amici, itemque is, qui acturus est cum pupillo vel adolescente, si admonitus adolescens sibi curatorem non petat, in litem recte petet ei curatorem dari, *l. 1. 4. & 6. hoc t.*

AD TITULUM XXXII.

UBI PETANTUR TUTORES, VEL CURATORES.

IN hoc titulo paucis ostenditur, ubi petantur tutores & curatores, & breviter hoc vult constitutio hujus tituli, ut tutores, vel curatores petantur a magistratibus apud patriam pupilli, vel adolescentis, ex qua per patrem originem ducunt, vel ubi patrimonium habet pupillus, vel adolescens. Et loquitur constitutio hujus tituli de magistratibus municipalibus: nam iis etiam fuit datum jus dandi tutoris, vel curatoris, *l. 3. D. de tutor. dand. l. 2. §. si mater non petierit, versicul. & quidem, & seqq. D. ad SC. Tertull.*

AD TITULUM XXXIII.

DE TUTORIBUS, VEL CURATORIBUS ILLUSTRIUM, VEL CLARISSIMARUM PERSONARUM.

DIXIT, qui petant tutores a magistratibus, & ubi petant: nunc incipit tractare, qui magistratus tutores dare possint, & qui tutores dari. Et specialiter *in hoc t.* qui dare, & qui dari possit illustribus personis, puberibus, aut impuberibus, vel clarissimis. Et in tit. 34. generaliter, qui possint dare, aut dari ceteris: sed tantum explicabimus hunc titulum specialem, qui possunt dare, & dari illustribus personis, vel clarissimis. De illustribus est *l. 2. h. t.* & ii sunt, qui non sunt adstricti curiis civitatis suæ, id est, qui non sunt decuriones, & consequenter, qui non sunt obnoxii muneribus publicis, municipalibus, oppidanis: Ii, inquam, soli, qui curia liberi sunt, tutores dantur illustribus Senatoribus, id est, natis a Senatore illustri: nam filius cujuscumque ætatis Senatoris illustris, & ipse est Senator illustris, licet non introeat in Senatum ex SC. Papiriano, cui causam dedit Papirius prætextatus, apud Gellium *lib. 1. c. 3.* Sicut etiam uxores Senatorum dicuntur Senatores, & clarissimæ, sed non introeunt in Senatum, *l. 11. C. Th. eod. tit.* quod etiam esse ex SC. Lamp. scribit in Heliogabalo. Ergo, ut dixi, de illustribus Senatoribus, eorumque tutela, si impuberes sint, est *l. 2. h. t.* de clarissimis est B *l. 1.* ut apparet ex illo loco: *Parvulis, adultisque clarissimis:* & paulo post, *tutoribus, & curatoribus clarissimarum personarum*. Nam initio hujus legis non est legendum *illustribus*, sed *illustris præfectus urbi*, ut nonnulli codices habent, ut habet codex Theod. & *lex 2. inf. quand. mul. tut. off.* Illustris, inquit, præfectus urbi. Ceterum fateor in h. l. 1. *clarissimorum* nomen accipi latissime, ut in *Nov. 71. & sup. ubi Sen. vel claris. libr. 3.* ut scil. comprehendat tres gradus dignitatis, Senatores illustres, spectabiles, & clarissimos. Clarissimorum nomen est speciale, & generale, generale comprehendit illas tres species dignitatis Senatoriæ. Alii sunt Senatores expertes omnis dignitatis, id est, neque spectabiles, neque illustres, neque clarissimi, quos non comprehendit clarissimorum illa appellatio, *l. 52. & 54. C. Theodos. de hæret.* Et inde in supradicto tit. ubi Sena- C tores vel clarissimi, id est, Senatores expertes dignitatis: & clarissimi, id est, Senatores cum dignitate: *clarissimorum* etiam appellatio comprehendit uxores, & liberos clarissimorum. Et ita ut dico, facile feram *l. 1. hoc tit.* accipere clarissimorum nomen generaliter, non specialiter, cujus hæc est elegantissima sententia: Clarissimis impuberibus, vel puberibus, si deficiant testamentarii, vel legitimi tutores, vel curatores, vel excusati sunt, iis tutores constitui ex quocumque ordine, ut ait, id est, ex Senatorio ordine, vel equestri, in urbe ab illustrissimo præfecto urbi, qui est Princeps Senatus, Gallice *le premier president*, *l. 3. sup. de offi. præf. urb. & Novel. 62.* Ergo eis personis tutores constitui a præfecto urbi, non solo, sed adhibitis in consilio decem Senatoribus, & prætore tutelari. Nam ut erat de libertatibus prætor specialis, qui D prætor liberalis dicebatur: ita & de tutelaribus cognitionibus, & tutoribus dandis, qui præsideret, erat prætor specialis constitutus a D. Marco, prætor tutelaris, de quo est *l. 2. inf. quand. mul. tut. off.* Nam ut libertates, ita tutelæ pertinent ad publicam curam, vel utilitatem, cui conveniens fuerit tam libertatibus, quam tutelis proprium tutorem scribi. Olim præfectus urbi potuit etiam dare tutores, *l. penult. §. Romæ, D. de excus. tut.* Sed ex hac l. 1. præfectus urbi non constituit tutorem citra consilium supradictum, sed adhibito illo consilio: hoc ordine constituit tutorem, ut primum nominentur plures, qui ut dixi appellantur τυσόκριτοι, deinde unus idoneus pronuntietur sententia præfecti urbi, & postea ille solemniter detur, decernatur, confirmetur auctore tutelari prætore, quod aperte hæc lex demonstrat. Sententia igitur præcedit decre- E tum, ut ait recte *l. ult. inf. de mag. conven. & l. tutores, D. de confirm. tut.* Et notandum est hanc l. 1. tria exigere in tutore, vitam, id est mores, ætatem, nempe justam & legitimam 25. annorum completorum, *l. ult. sup. de leg. tut.* & facultates. Et hoc quidem in urbe Imperatores, qui sunt auctores hujus legis, hoc observari voluerunt (ut apparet ex *C. Theod.*) in omnibus impuberibus, etiam plebeiis, ut abhibito ita solemniter consilio, eis detur tutor, vel curator: sed Justinianus sive Tribonianus additis multis, eam constitutionem coangustavit tantum ad impuberes clarissimos, id est, illustres, spectabiles, Senatores, vel clarissimos. Et hoc in urbe. In provinciis autem cavetur in extremo hujus legis, dari tutorem decreto decurionum, periculo eorum, qui præsentes adfue-

adsuerunt in decernendo tutore, qua in re, ut constat etiam ex *tit. de conven. mag. inf.* distat ordo decurionum a magistratibus urbanis; nam Præfectus urbi, & qui ei in consilio adsuerunt, & Prætor tutelaris in tutoribus constituendis, vel curatoribus clarissimis personis, non agnoscunt periculum administrationis.

AD TITULUM XXXIV.

QUI DARE TUTORES, VEL CURATORES POSSUNT, ET QUI DARI NON POSSUNT.

Et AD TITULUM SEQ.

QUAND. MUL. TUT. OFFIC. FUNGI POTEST.

DOCUIT titulo superiore specialiter, qui dare, & dari tutores, & curatores illustribus, vel clarissimis personis possunt: in hoc tit. nunc docet generaliter, qui dare, & qui dari ceteris possint, vel non. Quæ duæ quæstiones, & illam etiam nectunt, cui dari possint, nec enim potis est quisquam dare, nisi cui dari potest. Et hoc igitur primum videamus, cui dari possint, vel non possint, quantum nos instruunt, scilicet, constitutiones hujus tit. ac primum quidem *tutorem habenti, tutor dari non potest*, ex regula juris, qua in re separatur tutor a curatore, *l. 9. & 10. hoc t.* Et hac de re plenius tractabitur proprio titulo, nempe 36. Ubi etiam explicabitur diligentius *l. 10. hoc t.* nam & ille tit. 36. est pars hujus. Item magistratus municipales non possunt dare tutorem, vel curatorem ex alio municipio, sed dare debent ejusdem municipii, in quo jurisdictionem exercent, & ex quo pupillus, vel adolescens oriundus est, municipem, vel incolam: & municipi, vel incolæ, qui ibi domicilium habeat. Ac similiter Præses provinciæ non potest tutorem dare ex alia provincia, vel curatorem, sed dare debet ejusdem provinciæ, quam administrat, provincialem, id est, subjectum jurisdictioni suæ, & subjecto jurisdictioni suæ, *l. 5. hoc tit. l. 3. sup. qui pet. tut. l. 1. in fin. & l. 3. D. de tut. & cur. dat. l. 13. §. consequens, §. ult. de excusat. tut.* Quia etsi tutoris datio non sit jurisdictionis, *l. muto, §. tutoris, D. de tutel.* tamen, quia jus dicentis officium consistit etiam in tutore dando, si lex ei dederit jus dandi tutoris, *l. 1. D. de jurisd. omn. jud.* Ideo & in tutore dando magistratus municipalis, vel provincialis debet servare jurisdictionem territorii sui: & in hac re distant decreto dati tutores, vel curatores a datis testamento: Nam testamento recte dantur tutores, etiam non municipes, id est, qui non sunt ejusdem municipii, vel civitatis, cujus est testator, vel pupillus, modo sint cives Romani. Sunt enim tutelarum jura civium Romanorum propria, sicut hereditatum, modo detur pupillo municipi. Denique recte testamento tutor datur non civis civi a cive, qui pupillum habeat in suis heredibus. Et ita est accipienda *l. etiam, D. de tut. Etiam non municeps tutor dari potest* (nempe testamento) *modo municipi detur, & l. quæro, in princip. D. de testam. tut.* quia, ut intelligatur ratio differentiæ, nullis finibus circumscripta est patria potestas, & ideo municipi tantum ejusdem municipii datur testamento tutor, quia si pupillus non sit ejusdem municipii, cujus est pater, qui ei tutorem dedit, desiit esse in ejus potestate & familia. Et constat, patrem ei tantum filio testamento tutorem legitime dare, qui in ejus potestate est, & in eadem familia, & consequenter, qui idem cum patre forum, idemque municipium habet commune. Intelligimus etiam ex hoc titulo, curatorem dari puberi posse, imo vero dandum esse necessario, etiam invito ad litem, si non habeat generalem curatorem. Denique dari specialem ad litem deficiente generali, *l. 11. & 12. hoc. tit.* Quia minor

A indefensus, qui non habet defensorem, id est, curatorem, non est litigator legitimus, *l. 1. & 2. sup. qui leg. pers. habent.* Nec omittendum est, quod dicitur, vocatum ad munus civile, qualis est tutela, & cura, liberari, si nominet potiorem se ad tutelam, vel curam administrandam periculo suo, ex tit. *de pot. ad munera nominand. inf. lib. 10.* Hoc ita verum esse, si res sit integra. Nam curator datus ad litem, post litem contestatam sero nominat potiorem, & frustra, quia res non est integra. Ceterum ante litem contestatam, etiamsi ordinatus sit curator ad litem, absolvitur, nominato, producto, & probato potiore. Et ita explicatur *l. 12. hoc t.* Etiam ex hoc titulo intelligimus, tutorem, vel curatorem recte dari ei, qui patitur controversiam libertatis .i. quem adversarius asserit in servitutem, quia interim pro libero habetur, *l. 1. hoc t.* & libero tantum homini, id est, sui juris

B tutor, vel curator constituitur, non ei, qui est in manu, vel potestate, vel mancipio alterius, interim autem pro libero habetur; quia jus civile vetustissimum hoc est, quod semper mansit integrum, ut vindiciæ dentur secundum libertatem, si probetur eum hominem, de quo agitur tempore litis de statu ordinando, fuisse in libertatis possessione, & vixisse, & egisse omnia, quasi liberum hominem, *l. lite, inf. de lib. caus. l. ordinata, D. eod. l. 2. §. initium, D. de orig. jur.* Et Livius libro 3. & Dionys. Halycarn. lib. 11. Nam si tempore litis motæ, & ordinatæ de statu, in servitute fuerit, vindiciæ dantur secundum servitutem, & pendente lite habebitur pro servo, nisi quis per vim liberum hominem rapuerit, & in servitute habuerit, *l. vis ejus, sup. de prob. l. si quis liberum, D. eod.* Et ita in vindicatione singularum rerum judex initio litis dat vindicias

C secundum possessorem, ut interim habeatur pro domino, nisi eam rem, qua de agitur, a petitore vi possideat, *dict. l. si quis liberum*, quæ est etiam vetus lex Zaleuci apud Polybium lib. 12. Et hæc de illa quæstione, cui tutores, vel curatores dari possint, aut non possint. Quoniam quo loco quæritur, quis dare, & quis dari possit, simul & id quæritur cui dari, & quis accipere possit, vel non, *l. naturali, §. ult. D. de conf. tut.* Sunt enim, ut initio dixi, hæ quæstiones inter se jugatæ & connexæ. Et ita magistratum municipalem, vel provincialem diximus dare subjectum tantum jurisdictioni suæ, & simul æque subjecto jurisdictioni suæ. Et addamus ex *l. 6. hoc t.* plerumquæ magistratum municipalem tutorem dare jussu, monitu, præcepto Præsidis, non delegatum. Nam tutoris datio cum lege concedatur, nec competat jure magi-

D stratus, non potest delegari, *l. nec mandante, D. de tut. & cur. l. 1. D. de officio ejus, cui mand.* Igitur magistratum municipalem tutorem dare monitu Præsidis sæpenumero, sed suo jure tantum, quod ei scilicet leges tutelares impertiverunt. Et hominem ex eodem municipio, vel ex agro ejusdem municipii, *l. Lucius, §. tutores, ff. de admin. tut. l. 1. §. magistratibus, ff. de magist. conv. §. sed hodie, Instit. de Attil. tut.* Vel si desiit in eo municipio, cui præest, qui videatur idoneus, jussu etiam præsidis magistratus municipalis ex vicino municipio non jam dat (nec enim potest) ex alieno municipio: sed mittit ipsi Præsidi nomina quædam electa idoneorum, & honestorum virorum, ut ipse præses eligat unum ex eis, atque decernat, qui modo sit ejus provinciæ, *l. divus, D. de tut. & cur. l. 1. §. si quando, D. de magist. conven.*

E *§. sed hoc, Instit. de Attil. tut.* Et hæc est omnino sententia *l. 6. hoc t.* Et restat tantum tertia & ultima quæstio, qui dari tutores, vel curatores possint, aut non possint: certe non cœcus utroque lumine, *l. 3. hoc t.* sicut nec mutus, aut surdus, *l. 1. §. ult. D. de tutel.* non maritus uxori dari potest curator, ne conjunctio matrimonii cohibeat causam reddendæ rationis, quia nec curator adultam uxorem ducere potest, & retro uxori eadem ratione curator vir non fit, *l. 2. hoc tit. l. utrum, D. de curat. fur.* Non potest etiam ullo modo dari miles, *l. 4. hoc tit.* non minor vigintiquinque annis, ut jam supra didicimus, *l. ultim. de leg. tut.* non servus, *l. 7. hoc t.* non patrimonialis colonus, id est, qui adscriptus est, & addictus (licet sit liber homo) agris patrimonialibus principis,

l. ult. hoc tit. Quæ etiam generaliter ait, non jure dari quemquam tutorem, vel curatorem, qui habeat vacationis privilegium, quale habent clerici, ut tutores non dentur, *l. generaliter, sup. de episc. & cler. & in Novella Leonis* 68. quam Harmenop. facit 36. quæ patitur quidem clericos fieri dispensatores, & exequutores testamentorum, non etiam tutores, vel curatores. Non datur etiam recte curator, vel tutor creditor debitori, vel contra, ex *Novella* 77. abrogata *l.* 8. *hoc tit.* Ac postremo, ut apparet ex *titulo* 35. maxime ex *l.* 1. *& l. quo tutela, D. de reg. jur.* mulier tutor dari non potest, quia tutela virile est officium, nisi specialiter a Principe impetraverit tutelam filiorum suorum, *l. ult. D. de tut.* forte hoc colore, quod pater moriens voluerit eam administrare negotia filiorum suorum, *l. qui negotia, §. pen. D. de negot. gest. l.* 2. *§. quod si pater, D. ad Tertull.* freta voluntate mariti defuncti facilius impetrabit a Principe tutelam filiorum suorum, sed necesse est adire Principem. Hoc unum est ex iis, quæ sunt reservata Principibus. Et hoc jure veteri. Hodie ex *l.* 2. *&* 3. *hoc tit.* matri, deficientibus tutoribus testamentariis & legitimis, vel si privilegio a tutela excusentur, vel suspecti genere summoveantur, potest deferri a magistratu tutela filiorum suorum, tam naturalium, quam quæsitorum ex justis nuptiis, si modo juraverit se iterum non nupturam, & renuntiaverit Senatusconsulto Vellejano, quo mulieres liberantur intercessionibus, quas fecere pro aliis: nam tutela est species intercessionis. Sed si contra fidem jurisjurandi mater nubat iterum, non redditis rationibus, non petito alio tutore, filii ex eo tempore habent tacitam hypothecam tam in bonis matris, quam in bonis vitrici, quem eis mater superinduxit, quia præsumitur vitricus fraudem participasse cum matre. Ac præterea ex constitutione Severi, quia non petiit alium tutorem, amittit jus successionis filiorum, ut in *l. omnem, inf. ad Tertull. l. sciant, inf. de leg. her. l. si mater, inf. in quibus causis pig. & in Novella Theod. de tutor. & Novella Justiniani* 22. *&* 115. Hodie vero ex novissimis Novellis ejusdem Justiniani mater non jurat se iterum non nupturam, ne aperiatur via perjurio, sed tantum apud acta protestatur, & confirmat se iterum non nupturam, *Novella* 94. Ac præterea præfertur mater legitimis tutoribus, non testamentariis ex *Novella* 118. quæ ex *l.* 2. *hoc tit.* non admittitur ad tutelam filiorum, nisi deficientibus legitimis. Ac præterea non prohibetur mater, quod etiam porrectum est ad aviam, tutelam filiorum, aut nepotum suscipere, si ei sit creditrix, aut debitrix, *d. Nov.* 94. Et hic solus casus excipitur in *Novella* 32. ut creditor debitori, vel contra, non sit tutor, vel curator, abrogata *lege* 8. *hujus tit.* ut dixi, nisi mater, aut avia. Et ii vero omnes, qui tutores, aut curatores dari non possunt, si forte dati sint, non necesse habent se excusare, quia datio ipso jure inutilis est, & periculum cessationis non agnoscunt, *l.* 5. *&* 9. *hoc. tit.* Ac præterea quidam nec volentes admittuntur ad tutelam, vel curam, *§. item major, & §. seq. Instit. de excusat. tut.*

AD TITULUM XXXVI.

IN QUIBUS CAUSIS TUTOREM, VEL CURATOREM HABENTI, TUTOR, VEL CURATOR DETUR.

INTELLEXIMUS ex *l.* 9. *sup.* qui dare tutores, & curatores, & qui dari non possunt, & ex *l.* 9. *sup. qui pet. tut.* tutorem habenti tutorem dari non posse. Hac sententia etiam utitur *l. idem fiet, D. test. tut. & §. interdum, Instit. de cur.* Et in specie admodum singulari Paulus *lib.* 4. *Sent. tit. de fideicomm. lib.* Et dicitur regula juris in *l. ventri, D. de tut. & cur. dat.* Quamvis ea lex ait non pertinere etiam ad curatorem, non porrigi ad curatorem: curatorem enim habenti jure curatorem dari. Et quo magis clareat ea in re esse differentiam inter tutorem, & curatorem, observa *d. l. ventri* esse ex *lib.* 7. *differ. Modestin.* & in ea proponi duas differentias inter tutorem & curatorem, quod ventri curator datur, non tutor, & quod curatorem habenti curator detur recte, non tutorem habenti tutor: regulam illam superiorem esse de tutore tantum, non de curatore. Et ex eodem libro Modestini adde tertiam differentiam in *l.* 1. *D. qui pet. tut.* matrem scilicet puniri, si non petierit tutorem filio impuberi, non puniri, si non petierit curatorem filio puberi. Possunt addi & aliæ differentiæ inter tutorem & curatorem, quod tutor detur testam. non curator: quod tutor detur invito, non curator: quod tutor detur impuberi tantum, curator puberi & impuberi: quæ differentiæ sunt notissimæ: item quod ad hereditatem adeundam, vel nuptias contrahendas tutor intervenire, & auctoritatem suam interponere debeat, nec sufficit auctoritas curatoris, *l. cum in una, §. ult. D. de appel. l.* 1. *l. in copulandis, sup. de nupt.* ut olim etiam ad arrogationem pupilli, *l.* 8. *ff. de adopt.* Et generaliter ad ea omnia, quæ juris solemnitatem desiderabant tutore opus erat, nec sufficiebat curator, *l. curatorem, ff. de auct. tut. l. ult. inf. de in lit. dand.* Et summa differentia hæc est, quod tutor personæ detur, curator rebus, bonis, patrimonio, ut recte est scriptum in *§. item tria, Inst. de excus. tut.* tutela pupillorum, & cura bonorum. Hæc est scilicet summa differentia inter tutelam & curam: Nam etsi tutor dicatur etiam dari in bona, *l. ult. inf. qui pet. tut. l. propter litem, §. licet, D. de excusat. tut.* tamen principaliter datur personæ, vel in personam, id est, in caput liberum potius, quam in rem, & aliquando in rem potius, quam in personam, ut cum mater dat tutorem filio heredi instituto, vel pater filio naturali, cui aliquid dedit vel reliquit, *l.* 4. *ff. de test. tut. l. naturali, D. de conf. tut.* Sed nunquam tutor non datur in personam, & quasi ad pædagogandum puerum. Curator semper datur in rem, non in personam. At ut ad regulam initio propositam revertar, cujus inspectio propria est hujus tituli. Quæro cur tutorem habenti tutor non detur, curatorem habenti jure detur curator? Et cur regula, quæ est de tutore, non sit impedimento, quo minus curatorem habenti curator detur, ut ait dicta *lex ventri, D. de tutor. & curat. datis.* An quia datio tutoris est actus legitimus & solemnis, ut superioribus diebus docebam plures nominari, plures advocari agnatos, affines, amicos, & eorum arbitrio, consiliove ex nominatis eligi unum (alioquin non esset electio, nisi exhiberentur plures, & nominarentur) & fit inquisitio in mores, ætatem, & facultates tutoris dandi, & solemne decretum interponitur, ut *l.* 1. *sup. de tut. & cur. illustr.* Denique tutoris datio est actus legitimus, & fit ex inquisitione, & decreto prætoris, aut præsidis, *l. actus, D. de reg. jur.* Actus autem legitimi non iterantur, optio servi, aditio hereditatis, manumissio servi justa, sunt actus legitimi. Et legata optione servi, semel tantum optare licet, *l.* 5. *in princ D. de leg.* 1. Semel licet adire hereditatem, *l. si solus, §. ult. D. de adquir. hered.* semel manumittere, *l.* 2. *inf. de manumiss. vind.* Ergo & semel tutorem dare sic dici potest. An vero, quia pupillus est in tutoris potestate, & nemo potest esse in duorum potestate? sic potius dicamus. Nam cum plures tutores conjunctim dantur, omnes pro uno habentur, ut *l. plane in princ. D. de leg.* 1. *§. hoc tam varie, inf. de cad. toll.* quæ datio utilis est, *l. simul plures, D. de tutor. & curat. dat.* Cum autem separatim dantur, pro uno habentur, & posterior datio inutilis est, sicut cum dominus eandem rem duobus vendit, aut donat simul & conjunctim, unius personæ potestate funguntur, & dominium ejus rei pro indiviso adipiscuntur. Cum vero duobus separatim vendit & tradit, jam duo sunt, & potior est is, cui priori res tradita est, *l. quoties, sup. de rei vind.* nec apud utrumque potest esse possessio vel dominium in solidum, *l. si ut certo, §. ult. D. commod.* Pupillus est in potestate tutoris, & nemo potest esse in potestate duorum, ita ut duorum potestas sit in solidum: curatoris

autem nulla est potestas in puberem vel impuberem, atque adeo tutor pupillum suum dicit, ut *in l. cum quis*, §. *Seja*, *ff. de leg. 3. l. 11. inf. de furt.* Cornutus in illum locum Persii: *Magni pupille Pericli: tutores*, inquit, *dicunt pupillos suos, quorum tutelam gerunt, quod tutela sit potestas in pupillos auctore Servio Sulpitio.* Et inde etiam apud Cornelium Tacitum, initio 14. exprobatio Popeæ vocantis Neronem pupillum, *qui jussis alienis obnoxius, non modo imperii, sed libertatis etiam indigeret.* Regula igitur illa, quæ est de tutore, ut habenti tutorem non detur tutor, non extenditur ad curatorem, longeque distat hac in re, ut & in aliis multis tutor a curatore. Posset enim tentari curatorem habenti curatorem dari non posse, ex verbis hujus rubricæ, sicut vulgo sunt concepta. Nam hæc verba supponunt regulam illam procedere tam in curatore, quam in tutore. Et sub hac rubrica poni exceptiones illius regulæ, & casus, quibus contra regulam tutor tutorem habenti, & curator curatorem habenti detur. Sed auctores sunt omnes libri antiqui, male concepta esse verba hujus rubricæ, & sic esse restituenda, *in quibus causis*, non *casibus* (ut in hoc tit.) *tutorem habenti*, circumscriptis illis verbis, vel *curatorem*, hoc igitur modo, *in quibus causis tutorem habenti tutor, vel curator detur:* Nam & nulla sub eo titulo est lex, quæ loquatur de curatore dato curatorem habenti, sed omnes sunt de tutore, vel de curatore dato tutorem habenti. Possis & idem tentare ex *l. 10. sup. qui dare tut. vel cur. poss.* quæ dicit (ut vulgo scripta est) curatorem habenti alium adjungi, vel in locum ejus alium substitui non posse. Ergo eadem regula valet in tutore & curatore. Et ponit etiam exemplum *d. l.* 10. in curatore, qui absuturus erat sui negotii causa, ut in locum ejus alius creari non possit, cum absens curator maneat, & periculo medii temporis obstringatur, si quid interim dum abest damni contigerit rebus pupillaribus, ut ait, qui & absuturus debuit suo periculo actorem constituere interposito decreto prætoris, *l. decreto, D. de adm. tut.* Sed ut notavit Glossa recte duplex est lectio *d. l.* 10. Alii codices habent, *curatorem habenti*, quæ vulgo est recepta, & eandem regulam statuit in curatore, quam statuimus in tutore: Falso: glossa notat alios codices habere, *tutorem habenti*: Et hæc est plus quam vera, quam suadent etiam illa verba, *negotiis pupillaribus*: & loquitur ea lex de eo tutore, qui absuturus erat sui negotii causa, non Reipub. causa. Et in inscriptione *d. l.* 10. est delenda vox *militi*, quia nec volens miles admittetur ad tutelam, vel curam, *l. 4. eod. sup.* §. *idem & in milite, Inst. de excusat. tut.* Et absens Reipublicæ causa non obstringeretur periculo medii temporis, *l. 1. inf. si tut. vel. cur. Reipub. cau.* Et in locum absentis Reipub. causa, licet non desinat esse tutor, daretur alius tutor tutorem habenti, hoc casu *l. 3.* §. *si quis absuturus, D. de susp. tut. l. si tutor Reipub. ff. de tut. & rationibus distr. l. quæsitum, D. de tut. & l. 1. hoc tit.* quæ est accipienda de tutore, non de curatore dato in locum tutoris, non curatoris absentis Reipub. causa. Et si potest tutor dari in locum absentis Reipub. causa, & multo magis curator, ut in *l. in omnem rem, D. de tut. & cur. dat.* §. *idem qui Reipub. Instit. de excus. tut.* Denique in locum tutoris absentis Reipub. causa, vel tutor, vel curator datur: in locum autem absentis ex alia causa, neque tutor datur, ut *d. l.* 10. neque etiam curator, *l. curator, D. de tut. & cur. dat.* Ubi inquit, *curator pupillæ, vel pupillo non datur, si tutor eorum affuerit*: sic solent scribere Pan. Flor. & omnes veteres libri, pro *abfuerit*, ut in *d. l. in omnem rem:* si Reipub. causa abfuerit, *& d.* §. *si quis absuturus*, & in solemni cautione, dolum malum abesse absuturumque esse. Ergo male in *d. l.* 10. vulgo curator adfuerit, imo afuerit, quod est abfuerit. Et hæc igitur una est causa, in qua tutorem habenti tutor detur, videlicet si tutor absit Reipub. causa. Hæc una est exceptio superioris regulæ. Nam & *d. l.* 10. quæ incipit, *Tutorem habenti*, ut exposui, ostendit eam regulam vitiari causa cognita, ut in hac rubrica. *In quibus causis*, & nominatim *d. l.* 10. etiam ostendit in locum suspecti, convicti, & remoti tutoris alium dari, ut in *l. 4. hoc tit.* quæ est conjungenda cum *l. 2. inf. de tut. vel cum qui non satisd.* Ergo in locum remoti tutoris dabitur alius tutor, etiamsi pupillus habeat alios tutores. Et sic tutorem habenti, sive solus testamento datus fuerit is, qui remotus est, & præsto sit legitimus tutor. Nam & in locum remoti dabitur alius tutor ex inquisitione. Et sic hæc est altera causa, in qua tutorem habenti datur alius tutor. Addamus tertiam ex *d. l. 4. hoc tit. & d. l. 2.* quam cum ea conjungendam dixi, ut in locum defuncti tutoris detur alius tutor, licet pupillus habeat alios tutores superstites, & tutorem habenti dabitur alius tutor: ergo sic etiam in locum excusati tutoris datur alius tutor: nam & excusatus ipso jure tutor est, *d. l. 4. hoc tit.* Itemque in locum deportati, qui desinit esse civis per deportationem, datur alius tutor, licet pupillus alios tutores habeat: quandoquidem tutor deportatus omnino desinit esse tutor, sed in locum ejus datur tutor alius, licet pupillo suppetant alii tutores, *l. si quis sub conditione, D. de test. tut.* Item in locum relegati tutoris in perpetuum, licet non desinat esse civis, & tutelam retineat, *l. 4. hoc tit. l. 3. sup. qui pet. tut.* Item in locum furiosi tutoris, id est, qui post susceptam tutelam incidit in furorem, vel in locum muti, aut surdi, etiamsi pupillus alios habeat tutores, *l. pen. ff. de tut.* Multæ igitur sunt exceptiones superioris regulæ: sic sane & omnes inductæ ex Senatusconsultis, *d. l. pen. & d. l. si quis sub conditione, & Ulp. libr. reg. de tut.* Neque iis, quæ dixi de relegato, ut in ejus locum alius tutor detur quicquam obstat, quod dicitur in locum exulis, qualis est relegatus curatorem dari, *l. quod si forte*, §. *quid ergo, D. de solut.* vel actorem, ut in *l. sine herede*, §. *ult. D. de adm. tut.* Non exemplo absentis Reipub. causa, quod legimus in locum relegati dari tutorem, recte dices, non ideo sequi & in locum relegati non posse dari tutorem. Potest in locum relegati esse promiscua datio tutoris, vel curatoris, vel in locum absentis Reipub. causa, imo ut etiam in locum furiosi tutoris, cui dicitur substitui tutor, *d. l. pen.* ex Senatusconsulto, & curator in *l. 12. ff. de exc. tut.* Idemque fit in locum excusati. Et id proponitur in *l. 12. hoc tit.* in locum excusati tutoris datum curatorem. Cum tamen, ut ait, potuerit, & debuerit dari tutor, *l. 4. hoc tit.* Et inde quæstio legis secundæ, quæ ita explicanda est. Si curator ita datus sit, num sit curator? id est, an perseveret ultra pubertatem? Et ait perseverare tantum usque ad pubertatem, & exemplum sustinere tutoris, cum & in locum excusati ex Senatusconsulto potuerit dari, & vero debuerit tutor, non curator. Et ita est omnino legendum, ut legebatur vulgo in hac *l. 2. in locum excusati tutoris, licet pupillus alios quoscunque haberet tutores*: potuit dare, tutorem scilicet. Et sequitur deinde: Quamvis autem curatorem dederit exemplo tutoris, finitur hæc curatio pubertate. Et hæ quidem sunt causæ, in quibus tutorem habenti tutor datur ex Senatusconsultis, qui alioquin non posset dari propter regulam juris, de quibus est *l. 1. 2. 4. hoc tit.* In aliis legibus 1. 3. 5. (sunt enim, quinquæ tantum in hoc titulo) exprimuntur causæ, in quibus tutorem habenti curator adjungitur, vel quod solus tutor non sufficiat administrationi, vel quod auctæ sunt facultates pupilli, aut late diffusæ, ut in *l. 11. inf. de excus. tut. l. 9.* §. *ult. ff. de administr. tut.* Qua ex causa non male tutor datur tutorem habenti, videlicet aliarum rerum, non earundem, si pupilli patrimonium sit late diffusum, atque dispersum, ut in *l. propter litem, D. de exc. tut. & l. pupillo, D. de tut. & cur. dat.*

AD TITULUM XXXVII.

DE ADMINISTRATIONE TUTORUM, VEL CURATORUM, ET PECUNIA PUPILLARI FŒNERANDA, ET DEPONENDA.

DIXIT supra de variis tutorum generibus, de testamentariis, legitimis, & iis, qui ex inquisitione a magistratu dantur, cui & qui dari possunt, a quibus peti debeant, vel possint, & ubi, & a quibus magistratibus dari possint: sequitur nunc ut dicatur de contractu ipso, id est, ut ad rem B veniat: illæ enim quasi præfationes fuerunt. Dicet igitus posthac de ipsa administratione tutelæ, vel curæ, ex qua proculdubio est nasci, quasi ex contractu actionem ultro citroque directam, vel contrariam tutelæ inter pupillum, & tutorem, utilem negotiorum gestorum inter adolescentem, & curatorem, eoque nomine omnia bona tutorum, vel curatorum tacito jure esse obligata pupillo, vel adolescenti, vel furioso, vel aliis, quibus curatores dati sunt, *l. 20. hoc tit. §. & ut plenius, sup. de rei ux. act. l. ult. sup. de leg. tut.* Neque tamen, quod notandum est, ea tacita obligatio, sive hypotheca bonorum omnium tutoris, vel curatoris impedimento est, quo minus possit interim res suas vendere, donare, aut testamento relinquere. Neque enim alienabuntur nisi cum sua causa, id est, salvo jure tacitæ hypothecæ. Ceterum C ipsa tacita hypotheca non tanti est momenti, vel tantarum virium, ut possit libero homini auferre testamenti factionem, vel commercium testamenti, aut liberalitatis exercendæ causam, *l. 17. h.t. l.1. sup. rem al. ger. non interd.* Ergo ex hoc contractu, id est, ex causa administrationis tutelæ, vel curæ, non tantum tenentur personæ eorum, qui administrant, id est, personæ tutorum, vel curatorum, sed etiam bona omnia eorum tenentur, & non tantum tenentur, si id fecerunt, quod facere non debent, sed etiam si non fecere, quod facere debent, *l. 1. in pr. ff. de tut. & ration. dist.* Nam & qui non facit, quod facere debet, videtur adversa facere, & contumacia ejus in non faciendo, vel negligentia, cessatio, cunctatio, dolus, vel culpa pro facto, pro contractu, pro gestione, pro administratione est: sicut dicitur dolum ejus, qui non pos- D sidet, id est, qui desiit possidere dolo malo, pro possessore esse, *l. qui dolo, ff. de reg. jur.* Denique qui non facit, etiam facere, & contrahere intelligitur, ut teneri possit. Nam qui non facit, & hoc facit, quod non faciat, & ut Philosophi dicunt, privatio actionis, actio est. Et sic e contrario, qui facit quod facere non debet, etiam non facere intelligitur, id est, mala administratio pro cessatione est, *l. qui non, ff. de reg. jur.* Ergo tutores, vel curatores præstant utramque culpam. Duplex est culpa, una in faciendo, altera in non faciendo, *l. si servum, D. de verb. obl.* Prima pars administrationis est inventarii confectio bonorum pupilli, & instrumentorum *de tous les papiers*, *l. tutor qui repertorium*, *D. eod.* secunda pars administrationis est depositio pecuniæ inventæ in bonis pupilli, vel adulti, aut refectæ ex venditione fructuum, vel re- E rum mobilium. Depositio, inquam, ejus pecuniæ ad prædiorum comparationem, & si nulla bona conditio se offerat comparandorum prædiorum, ejus pecuniæ collocatio, & fœneratio. Summa autem & præcipua pars administrationis est defensio pupillorum, adolescentium, furiosorum, ceterarumque personarum, quibus curatores dari solent. Et de iis partibus administrationis, deque aliis plerisque dicendum erit. Sed tamen hæ tres sunt insigniores, & excellentiores administrationis partes, ac de his nunc agamus, quam poterit fieri brevissime. Incipere debent tutores, & curatores administrationem a confectione inventarii, sive repertorii. Nam statim quidem atque intellexerunt se tutores, vel curatores datos (igno-

A rantibus parcemus) debent suscipere administrationem tutelæ, vel curæ. Quod si cessaverit, nec excusationem, si quam habuerint, allegaverint intra tempora constituta, periculum omne cessationis, id est, damnum omne, quod interim contigerit negotiis pupilli, vel adolescentis ad eos pertinet, *l. 8. & 19. hoc t.* Ac præterea extra ordinem compelli possunt ad administrationem, *l. 1. in pr. ff. eod. l. 4. §. 1. ff. rem pup. salu.* Quid est *extra ordinem*? Quia scilicet nulla in eam rem est prodita actio civilis, vel prætoria, nulla actio ordinaria, qua compellatur ad administrationem: sed per prætorem, aut præsidem, si cessent, coercentur pignoribus captis, vel indicta mulcta, & nonnunquam compelluntur manu militari, manu ministrorum prætoris, vel præsidis. Et aggredi protinus debent confectionem inventarii bonorum, & instrumentorum pupilli, adhibitis publicis personis, id est, tabulariis, & scriba viro clarissimo, qui erat veluti quidam arbiter, & interpres, observatorque rerum pertinentium ad minorem, nec sine dignitate, cum diceretur clarissimus, de quo est *l. ult. inf. de mag. conv. & Novella 72. & Novella Constantini, de consuetud. scrib.* id est, de sportulis. Et ita Novella 72. ait inventarium confici publice, id est, præsente illo scriba, & ministris ejus. Et ita accipiatur *lex 24. hoc tit.* adhibita *Nov. 72.* Et si hoc omiserit, si non fecerit inventarium, primum damnatur quanti actor juraverit sua interesse, id est, damnatur arbitrio adversarii jurati, quod grave est, *l. 7. D. eod. l. ult. & pen. inf. de in lit. jur.* Deinde removetur cum infamia, quod dolo malo omiserit confectionem inventarii, nisi pater prohibuerit, & vetuerit confici inventarium. Hæc enim prohibitio conficiendi inventarii valet, quod notandum est ex *l. ult. inf. arbit. tut.* Potest pater remittere tutori inventarii confectionem, alioqui, *ut ait l. 24.* mox deberet conficere inventarium bonorum, & instrumentorum, id est, ut constat ex *Cod. Theod.* eodem momento, quo creatus est tutor, & cœpit tutelam attingere, idem jus est: licet dentur tres menses ex sententia glossæ, & exemplo heredis conficientis inventarium bonorum defuncti, *l. ult. inf. de jur. delib.* Porro magna est utilitas inventarii. Nam inter cetera, amissis chirographis debitorum, incendio, vel casu alio, vel amissis aliis instrumentis, ut emptionum, vel donationum, amissis titulis, ut dicunt, sive auctoritatibus rerum suarum, & specialiter amissis chirographis, possunt conveniri debitores ex inventario ad solutionem, vel novationem faciendam, id est, ad facienda nova chirographa, puta si pecuniæ dies nondum venerit, *l. chirographis, ff. eod.* Hic igitur est primus actus tutoris, vel curatoris, nempe repertorium. Secundus actus significatur his verbis rubricæ nostræ: *Et de pecunia pupillari fœneranda, & deponenda.* Nam debet tutor (& idem est in curatore) pecuniam pupillarem deponere, id est, tuto loco collocare in arcam, vel horreum, alioquin culparetur si eam deponeret in loco non tuto. Deponere inquam, debet, ad prædiorum comparationem, cum se offeret bona conditio prædii comparandi idonei, vel si idonea prædia non inveniantur, debet eam pecuniam fœnori occupare, *l. 4. 5. 24. hoc tit.* quod explicandum, & distinguendum erit secundum *Novel. 72.* Et hoc quidem ex ea pecunia scilicet comparare prædia, aut eam occupare fœnori, non debet facere confestim, ut de inventario diximus, quia non posset, nec enim inveniuntur statim idonea prædia, aut idonea nomina, sed intra sex menses primos a suscepta administratione, debet ex ea pecunia pupillari, quam depositam habet, prædia comparare, vel facere nomina, *l. si tutor constitutus, ff. eod.* Et ne hoc videatur obstare post susceptam administrationem, & pecuniam collocatam fœnori, datur ei singulis annis (si singulis annis exactionem faciat pecuniarum fœnori occupatarum, vel eo anno, quo exigit eas pecunias) ad eas rursum elocandas datur ei laxamentum duorum mensium ad faciendum nova nomina. Hi duo menses sunt immunes ab usuris, *l. tutor qui repertorium, §. usuræ, ff. eod.* Præcipua autem & magis necessaria pars administrationis (ut ait *l. ult. hoc tit. &*

l. 30.

*l.*30. *ff.eod.*) eſt defenſio pupilli, id eſt, ut in judiciis pupillum, vel minorem 25. annis, vel ſimilem perſonam, cui curator datur, indefenſam non relinquat: ab hac etiam parte adminiſtrationis, quaſi præcipua, appellantur paſſim defenſores, quoniam præcipuum officium eorum in defenſione conſiſtit, licet ſint plus quam defenſores: nam ſunt loco dominorum, quorum res gerunt, & adminiſtrant, & quaſi domini rem in judicium deducunt, & actiones inferunt ſine mandato, non præſtita cautione de rato, vel judicatum ſolvi, quam tamen cavent alii defenſores conſtituti ex mandato. Nec igitur in tutoribus, vel curatoribus valet illa regula juris: *Neminem rei alienæ ſine ſatiſdatione idoneum defenſorem eſſe: ſine ſatiſdatione*, ſcilicet de rato, & judicato ſolvendo. Nam ea regula pertinet tantum ad mandatarios, ſive procuratores, non ad tutores, vel curatores, quod ſatis eſt modo caveant judicio ſiſti, ſuo, & pupilli nomine, ſicut Græci dicunt caveant περὶ προεδρίας, id eſt, ſe, pupillumve ſuum perſeveraturum aſſidue in exſequenda lite, & peracturum judicium, ſe in ea re utilitatem pupilli non deſerturum, quæ præcipue officio ejus incumbunt. Et hoc oſtendit *l.* 13. *h. ult.* §. *defenſionem, hoc tit.* quæ tota lex eſt de defenſionibus, ut intelligamus quam debeat curæ eſſe ea defenſio in litibus curatorib. & tutoribus. Hæ ſunt tres maximæ partes adminiſtrationis, ſunt autem ſeptem particulæ complures: nam ad adminiſtrationem etiam pertinet exactio nominum, & ſolutio. Nam creditores pupillares tutori, vel curatori ſolvunt recte, vel etiam pupillo tutore auctore: reditus ſolvunt recte, vel penſiones, vel vecturas navium, aut jumentorum, aut annonas civiles, ſi quæ debentur pupillo, etiam uſuras ſecundum modum, *l.*27. *hoc tit.* Sortes autem fœneratitiæ pecuniæ non ſatis eſt ſi ſolvantur pupillis tutore auctore, ſed requiritur etiam, & neceſſaria eſt auctoritas judicis, ut debitori fœneratitio obtingat pleniſſima liberatio, ut excludatur omnis ſpes reſtitutionis in integrum adverſus ſolutionem pupillo factam, *l.*25.*hoc tit.* quæ lata eſt in gratiam debitorum pupillarium, ut tutius ſolvant, & liberentur ſolvendo, nec extimeſcant reſtitutionem in integrum adverſus ſolutionem a ſe factam, quæ lex facilius explicatur in *Inſtit. quib. alie. lic. vel non.* Adminiſtrationis eſt etiam dotare puellam, & impendia facere ad nuptias, *l.9. hoc tit. l. curator, ff. eod.* & alios quoſcunque ſumptus facere neceſſarios ex honeſtis & juſtis cauſis, *l.* 3. *hoc tit.* & auctoritatem præſtare pupillo in rebus gerendis, veluti in adeunda hereditate locuplete, nec damnoſa, *l.* 26. *hoc tit.* quæ auctoritas eleganter appellatur interceſſio, *l.*15. *hoc t.* Et vero apparet auctoritatem tutoris, vel curatoris interceſſionem eſſe, ex eo, quod mater non aliter admittitur ad tutelam filiorum, quam ſi renuntiaverit SC. Vellejano, quod eſt de interceſſionib. feminarum diſſolvendis, *l.* 3. *ſupr. quand. mul.* Inde recte *d. l.* 25. ait in contractu pupilli, ſi ſubſcripſerit curator, vel tutor ut fidejuſſor, eum teneri etiam poſt finitam curam: ſed ſi ſubſcripſerit, & ſignaverit ut curator, id eſt, ut auctor rei gerendæ, poſt finitam curam, redditaſque rationes, ex ea interceſſione, ſeu auctoritate, ab eo, qui contraxit cum pupillo, non poterit conveniri, quia non ut fidejuſſor interceſſerit, ſed ut auctor. Ac ſimiliter, qui intercedit ut teſtis, & ſubſcribit, non tenetur, *l. ſi pater, inf. de fidejuſſ.* Ac poſtremo pertinet hoc quoque ad adminiſtrationem, ut tutor in judicio ſuperato pupillo, ſi bona cauſa pupilli videatur eſſe, omnino appellet, & provocet, & appellationem perſequatur, alioquin tutelæ judicio indemnitatem pupillo præſtabit, *l.*11.*hoc tit.* Nam ſi mala cauſa fuerit, neceſſe non habet appellare, ſed ipſemet ſibi verum denuntiare debet, ut ait *l.9. §. ſicut, ff. eod. tit.* Ac ſi quis diceret non eſſe quemquam monendum ſui officii, nec adeundum eſſe quemquam judicem, vel arbitrum, ſed unumquemque ſibi debere denuntiare, quod verum eſt, id eſt, æquum, & honeſtum, & unumquemque eſſe ſibi debere monitorem, & judicem. Adminiſtratio ergo curæ, vel tu-

A telæ partes habet infinitas, & ſpecies, quia & negotia hominum ſunt infinita, & adminiſtratio negotiorum adminiſtratio eſt, & in eas partes adminiſtrationis, qui committit tutor, vel curator, damnum omne fert, quod ex ea re contigerit pupillo, vel adoleſcenti, & plerumque ſuſpecti infamia, vel nota, vel ſi non ſufficiat damno præſtando, ſi non ſit ſolvendo, extra ordinem punitur. Grave enim eſt pupillum fallere, vel pupillo ſimilem perſonam noſtræ fideicommiſſam. Ex iis vero partibus adminiſtrationis in hoc tit. denotantur multæ, & præter eas, quas indicavi, licet alias addere ex *l.* 21. 23. 26. *hoc tit.* Una tantum mihi ſupereſſe videtur, quæ deſiderat operam meam: ea eſt de poteſtate tutorum, vel curatorum in alienandis rebus minorum. In ea igitur parte nos hodie exercebimus, non quantum poteſt,
B ſed quantum exigit edictum Conſtantini, quod eſt in *l. lex, quæ tutores* 22. *hoc t.* Cetera reſervabimus in proprio *tit. inf. de præd. min. non al.* Nam hic titulus eſt generalis, & reſpicit inſequentes fere omnes, atque adeo pleraque reſervat ſpecialibus titulis ſeqq. de diverſis adminiſtrationis partibus. Aliud eſt quid generaliter tractare, aliud ſpecialiter, quamvis qui tractat quid generaliter, non poſſit non attingere etiam ſpecies. Res minorum, aut ſunt mobiles, aut immobiles: & rurſus immobiles, aut ſunt urbanæ, aut ruſticæ: & jus, quod de iis alienandis conſtitutum eſt, aut vetus, aut novum: utrumque vero jus noſſe oportet, niſi ex neutro nihil ſcire velimus. Et excluſa imprimis ab hoc tractatu, ſeu quæſtione ea alienationis ſpecie, quæ fit per donationem ſimplicem, quæ neque tutoribus, neque curatoribus,
C neque minoribus unquam permiſſa fuit, *l.* 16. *hoc t.* jure veteri .i. ex SC. & oratione D. Severi, tutor, vel curator publico confecto inventario bonorum, & inſtrumentorum pupilli, debet etiam conficere auctionales tabulas, ut in *l.* 1. §. *de ſervis, ff. de tut. & rat. diſtr.* quandoquidem neceſſe habet omnia pupilli, vel adoleſcentis bona auctionari, exceptis tantum prædiis, & mancipiis ruſticis, vel ſuburbanis. Nam non poteſt ea tutor auctionari, niſi ex cauſa, & ex decreto prætoris, vel præſidis. Cetera omnia poteſt, imo debet auctione conſtituta vendere, & pecuniam redactam ex venditione deponere ad comparationem prædiorum ruſticorum, vel fœnori occupare, ſalva tamen ubique, vel ſervata voluntate parentis, qui bona reliquit, quod & oratione Severi fuit expreſſum, & exceptum nominatim, *l.*1.*ff.*
D *de reb. eor. qui ſub tut.* ubi ponuntur verba orationis. Et conſequenter ſervata etiam forma, & lege alienandi, quam ſcripſit parens in teſtamento, vel codicillis, ut in *l.*17. *hoc t.* Ergo excipimus prædia, & mancipia ruſtica ex oratione Severi, vel ſuburbana. Excipimus etiam ex eadem oratione, ſi quid parens, de alienandis rebus, quas reliquit minori, decreverit, & conſtituerit in teſtamento, ac codicillis. Detractis iis exceptionibus, dicimus ex neceſſitate officii tutores, vel curatores debere protinus auctionari omnia bona minorum. Ergo, ut incipiam explicare res, quæ enumerantur hac l. 22. ſive edicto Conſtantini, poſſunt auctione conſtituta vendere aurum, & argentum minoris, quo nomine non ſignificantur nummi, ne quis fallatur, ſed vaſa aurea, vel argentea, quod dicitur aurum, vel argentum factum, *qui*
E *eſt mis en œuure.* Vel ſignificatur materia auri, vel argenti rudis, quod dicitur aurum, vel argentum infectum, *l. cum aurum, ff. de aur. & arg. leg.* Et addit initio hujus legis, etiam gemmas, & veſtes, & cetera mobilia pretioſa: veſtes igitur pretioſas, veluti ſericas, nam *l. emptori*, §.1. *ff. de evict.* veſtes ſericas adnumerat rebus pretioſis, quoniam ſcilicet olim libra auri, libra ſerici erat, & pro ſerico aurum appendebatur ad ſacoma, *au contrepoids*, ut Vopiſcus ſcribit in Aureliano. Unde, quod eſt notandum, poſſis rem pretioſam definire, quæ auro contra veneat, vel auro ſupra. Et licet res mancipi ſint, & dicantur tantum prædia, & jura prædiorum, & res animales, quædam tamen aliæ res mobiles pretioſæ etiam in mancipatum veniunt, ſicut prædia, ut nominatim de

marga-

margaritis ſcribit Plinius, lib. 9. cap. 35. *& 8. & ita etiam d. l. emptori*, §. 1. margaritas adnumerat rebus pretioſis, & infra etiam ſubjicit margaritas, & ſeparat eas a gemmis. Conſtat enim margaritas, neque gemmas eſſe, neque lapillos, ſed habere propriam ſpeciem, & partus, ſcilicet, ſive ova animalis eſſe, *d. l. cum aurum*, *§. ult.* Et addit etiam inf. in hac *l.* vaſcula, ut veneant ſub haſta in foro, & cetera ſupellex. Qua in parte Conſtantinus (quod tamen glo. tentat) non abutitur ſupellectilis nomine. Nam cum certum ſit vaſa eſcaria, vel potoria ineſſe ſupellectili, recte poſitis vaſculis, ſubintulit & cetera ſupellex, & addit etiam initio h. l. mancipia etiam urbana: nam ſic omnino legendum eſt, urbana mancipia, & non urbana prædia: & mancipia, quoniam prædia urbana ſtatim ſubjicit, dum ait domos, balnea, horrea. Ergo hæc omnia tutores, vel curatores neceſſe habent vendere publica auctione conſtituta, nec debent ea ſervare minoribus: denique ea omnia debent in pecuniam redigere, & ex ea pecunia rem augere pupilli: Prædia autem, vel mancipia ruſtica, vel ſuburbana non poſſunt vendere ſine decreto. Illa ſcilicet debent vendere ſtatim, etiam ſine decreto, vel auctoritate magiſtratus. Atque ita hac in re erat olim differentia inter prædia urbana & prædia ruſtica, & inter ſervos urbanos & ruſticos. Et ratio differentiæ inter prædia urbana, & ruſtica hæc fuit, quia prædia ruſtica ſunt proventus, & fructus majores, certiores, & neceſſarii magis, nec ſunt tot caſibus obnoxia, quot prædia urbana. Et urbana ſæpius plus ſumptus requirunt, quam reddunt emolumenti. Et inde in *l. verum*, *§. ſi locupletem*, *ff. de minor.* minor, ſi adierit locupletem hereditatem, in qua ſint prædia ruſtica, non poteſt reſtitui in integrum, licet ea prædia poſtea caſu majore deperierint, veluti terræ fragore: ſed ſi adierit hereditatem opulentam, & locupletem, in qua erant multæ res mortales, vel prædia urbana, reſtitui poteſt in integrum, quod demonſtrat aperte differentia inter urbana, & ruſtica prædia, inducta oratione Severi, & Senatuſconſulti. Ratio autem differentiæ inter ſervos urbanos, & ruſticos hæc eſt, quia urbani ſervi pejores ſunt, & aſtutiores, ut utilius ſit eis carere minores, nec ſunt admodum neceſſarii, maxime venditis prædiis urbanis: Servi autem ruſtici ſimpliciores ſunt, & utiliores, & neceſſarii omnino, quaſi pars prædiorum ruſticorum, ut ait Julianus *in Novella Juſtiniani 7.* Et hoc quidem fuit jus vetus. Hæc diſtinctio rerum introducta fuit jure veteri, illo ſcilicet ſenatuſconſulto, & oratione Severi. Hodie ex edicto nono Conſtantini, id eſt, ex hac lege 22. quod confirmat etiam *l.* 24. & aurum, & argentum, & gemmæ, vel lapilli, vel margaritæ, & veſtes, & ceteræ res mobiles prætioſæ minorum, & vaſcula, & cetera ſupellex, & ſervi urbani, & prædia urbana, eodem jure ſunt, quo ſunt prædia, & mancipia ruſtica, vel ſuburbana ex oratione Severi, ut ſcilicet, non poſſint alienari, vel obligari, vel in donationem propter nuptias, vel in dotem dari, niſi per inquiſitionem cauſis probatis, & interpoſito decreto prætoris, *d. l.* 22. §. 1. quam in hanc rem ſpecialem deſtinavit Conſtantinus, cujus ſpecialiter hanc cognitionem demandavit, atque adeo appellavit illum de ſuo nomine Prætorem Conſtantinianum in *l. ult. inf. de præd. min. l. 25. C. Th. de prætor.* Ad prætorem Conſtantinianum in urbe pertinet, & hac in re, & in aliis omnibus interpoſitio decretorum, ut *l. 1. ſup. de off. prætor.* quæ in provinciis pertinet ad præſides. Dixi in donationem propter nuptias, vel in dotem ex hac *l.* 22. ut nullæ res minorum, nulla prædia dentur in donationem propter nuptias, vel in dotem citra decretum prætoris, vel præſidis. Ergo hæ donationes etiam ruſticorum prædiorum valent ex decreto, donationes autem ſimplices quæ hic non exprimuntur, nec cum decreto valent. Neque huic definitioni quicquam obſtat *l. 1. ſup. ſi adv. don.* quæ eſt accipienda de rebus mobilibus, dum ſignificat earum donationem valere etiam ſine decreto, ſed reſtitui poſſe minorem adverſus eam. Non eſt autem accipienda de prædiis ruſticis, de quibus non loquitur, ſed de mobilibus, ut dixi, donatis propter nuptias, vel in dotem. Nihil etiam obſtat *l. prædia, inf. de præd. min.* quæ potius oſtendit, nec prædia ruſtica donari poſſe propter nuptias ſine decreto: ergo etiam poſſe ex decreto. Nec etiam obſtat *l. ult. inf. ſi major. fac. al.* quæ dum excipit donationem propter nuptias, ſatis oſtendit, eam valere ex decreto, non valere ſine decreto, ſed confirmari poſt legitimam completam ætatem ſilentio quinquennii. Donationem autem ſimplicem, nec cum decreto valere, nec confirmari poſt completam legitimam ætatem, niſi præſcriptione longi temporis, quæ eſt ſententia *l. ult.* Ac præterea non obſtat etiam *l. ob æs alienum, inf. de præd. min.* quæ dicit, prædia ruſtica alienari poſſe ex decreto ob æs alienum tantum. Et ſimiliter *l. ult. ejuſd. tit.* ob æs alienum duntaxat: taxatio illa videtur excludere donationem propter nuptias, vel dotem, ut ſcilicet nec poſſint ex decreto alienari prædia ruſtica. Sed leve eſt argumentum plerunque in jure, quod illis taxationibus ducitur, id eſt, ex illis articulis, *ſolum*, *duntaxat*. Et id, quod proprie pertinet ad hunc locum aperiam, ſi reſpicias ad illa verba orationis Severi: verum eſt, ob æs alienum tantum cum decreto alienari prædia ruſtica. Sed ex ſententia ejus orationis, vel ex productione rationis, & ex interpretatione ampliore manifeſtum eſt, etiam ob aliam cauſam juſtam, veluti ob nuptias ex decreto permitti alienationem prædiorum ruſticorum. Ergo intelligimus (ut rem omnem concludamus) ex hac lege hodie eodem jure eſſe mancipia urbana, quo ruſtica, ut non temere alienentur, vel pignorentur, vel dentur in dotem, aut donationem propter nuptias, ſed ex decreto. Et utitur Conſtantinus hac ratione: quia pupillo, vel adoleſcenti, etiam ſervi urbani ſervire poſſunt utiliter, & aliquando etiam vitam domini protegere, ac vindicare, & uſui eſſe domino, vel propter notitiam rerum familiarium, qua inſtruere poſſunt tutores, vel curatores, vel ad detegendas fraudes tutorum, aut prædas, quod ſervi boni, inquit, ultro facturi ſunt, mali, adhibitis tormentis. Vel etiam utiles ſunt ſervi urbani propter perfectæ alicujus artis peritiam, vel propter operas, operarumve mercedes, quibus partim ſe tueri poſſunt, vitamque ſuam, partim, ut ait, ex taxatione alimentorum, id eſt, ex demenſo ſuo, ex diariis, & juſtis præbitis, ut Græci interpretantur hoc loco, quæ domini debent ſervis. Et his rationibus cenſet Conſtantinus, neque vendendos eſſe ſervos urbanos magis, quam ruſticos ſine decreto, ſed retinendos in familia, & conſervandos minoribus. Dices, periculum eſt ne moriantur, melius eſt igitur citius eos diſtrahere, etiamſi nulla res cogat: Reſpondet Conſtantinus, melius eſſe eos mori dominis, quam extraneis. Rurſus dices periculum eſſe ne fugiant, ideo melius eſſe ex iis refici nummum. Reſpondet Conſtantinus, ſi fugiant, plerunque fugam imputari tutori, puta, quod eis cauſam dederit tutor, vel curator, per neglectum diſciplinæ, vel cuſtodiæ, vel per ſævitiam, aut avaritiam ſuam. Ac poſtremo dices: Quot ſervi, tot hoſtes, quo etiam proverbio noſter Theophilus uſus eſt in *tit. de his qui ſunt ſui, vel al. jur.* Sed Conſtantinus huic proverbio derogat fidem, dum ait, eos non execrari, ſed eos magis diligere dominos, a quibus ſcilicet tractantur benigne, & temperate, ut Seneca ait recte: *Non habemus eos hoſtes, ſed facimus, dum in eis ſuperbiſſimi, contumelioſiſſimi & crudeliſſimi ſumus*. Et ita Conſtantinus removet omnes objectiones juris veteris inter mancipia ruſtica & urbana. Omnia autem vult promiſcue ſervari minoribus, nec diſtrahi, niſi urgente neceſſitate, & cauſa cognita, & auctoritate ſive decreto magiſtratus. Oſtendit etiam ſumma ratione, ſe velle omnino, ut eodem jure ſint prædia urbana, quo ruſtica, quia luctuoſum eſt, inquit, & lugubre vendere domum eam, in qua deceſſit pater. Et ſane ſolet etiam malis moribus depravatis adſcribi, ſi quis vendat domum paternam, & in qua ipſe minor fortaſſe crevit, & in qua majorum imagines

non

non videre fixas, aut revulsas videre, satis lugubre est, nam hæ imagines sequebantur emptorem domus. Et eodem modo loquitur Corn. Tacitus Hist. 3. *ambustasque Capitolii fores penetrassent, ni Sabinus revulsas undique statuas, decora majorum, in ipso aditu vice muri objecisset*. Ergo nec domum talem, nec ullam domum, ullumve ædificium urbanum ex hoc edicto tutores, vel curatores vendere possunt sine decreto: sed debent tutores, & legatarius, cui legatus est ususfructus, & heres initio administrationis in testatum redigere, qualia invenerint ædificia, ut appareat quod eorum causa deterius factum sit, ut in *l.* 1. §. *recte, ff. usufruct. quemad. cau.* Et ita debent sarta tecta tueri, aut reficere, si sit refectio necessaria. Eleganter subjicit, minoribus sicut subventum est constitutionibus tit. *de sec. nupt.* adversus matres, quæ novis maritis plerunque, & res, & vitam filiorum prioris mariti addicunt, ita æquum esse minoribus subveniri adversus tutores, vel curatores, ne quid temere obligent, vel alienent. Veteres malebant omnia bona, exceptis rusticis, ut dixi, in pecuniam redigi, quia antiqui omne robur patrimoniorum in pecunia ponebant: cum scilicet, dicerent, ut ait Demosthenes, & Æschines, pecuniam esse nervos negotiorum, *νεῦρα τῶν πραγμάτων*, sed se arbitrari tutius esse, si bona qualiacunque rustica, vel urbana minorum eis conserventur, quam si ex eis redacta pecunia fœnori occupetur, quia sæpe pecunia abortum facit, & nomina sæpe fiunt deteriora. Quid fieret lapsis & perditis nominibus, si cetera omnia bona in nummos redigerentur fœnerandos? Tutius igitur & melius est bona conservari, & ita Constantinus censuit, & excipit tamen vestes usu detritas, & generaliter res omnes, quæ facile corrumpi possunt, quæ tempore depereunt, quæ servando servari non possunt, ut fructus prædiorum, *l. ult. §. ult. inf. quan. decr. opus non est.* Excipit idem animalia supervacua, hæc sola vendere tutores, & curatores possunt sine decreto, & nulla alia.

AD TITULUM XXXVIII.

DE PERICULO TUTORUM, ET CURATORUM.

ADMINISTRATIONI conjunctum est periculum. Nam si quid per causam administrationis neglectæ, aut gestæ perperam minor amiserit, vel non acquisierit, *l. quicquid, inf. arbit. tut.* vel tutor, vel curator eo nomine minorem indemnem damno præstat, id est, omne damni periculum agnoscit secundum regulam *l.* 10. *sup. tit. prox.* ut resarciat damnum, qui dedit, quod & aliæ *ll.* multæ *tit. prox.* demonstrant, *l.* 8. 11. 18. 21. 23. & recte post titulum *de administratione* datur hic tit. *de periculo*, quod, ut supra dixi, administrationi conjunctum est semper, ut id repetamus, quod habuimus *tit. super.* Sed ut intelligatur non semper ad tutores, vel curatores periculum redundare, aut pertinere: hæc proponuntur in *hoc t.* veluti exceptiones quædam ad tit. sup. quo multis locis ostendetur periculum administrationis non pertinere ad tutores, vel curatores, qui administrarunt. Nam in hoc tit. primum ostenditur, non pertinere ad eos periculum administrationis collegæ, id est, contutoris, vel concuratoris, qui non in eadem, sed in alia provincia administrat, cum esset inter eos distributa administratio per provincias, *l. 2. hoc tit.* Non pertinere etiam ad eos periculum damni, quod contigit negotiis pupillaribus casu fortuito, sine dolo & culpa tutoris, vel curatoris, *l. 3. & 4. hoc t.* quia nullus hominum consilium potuit prævidere casus fortuitos, & damna fatalia, nullus etiam iis obsistere. Et ideo si res pupilli subito latronum incursu pereat, hic casus non imputatur tutori. Non pertinet etiam ad eos administrationis periculum ejus temporis, quo nesciunt se tutores, vel curatores datos, *l. 5. hoc tit.* si modo justam ignorationis causam & allegare & probare possunt. Et postremo non pertinet etiam ad eos periculum futuri temporis, post finitam tutelam, vel curam *l. ult. hoc tit. l. tutores, §. 1. ff. eod.* Sicut ad eos etiam non spectat periculum præteriti temporis, veluti ad curatorem, qui tutori successit, post susceptam curam non pertinet periculum præteriti temporis, id est, tutelæ temporis, *l. 1. sup. tit. prox.* Ergo post *tit. de administratione tut.* qui sane est etiam de periculo (semper enim cum administratione periculum ambulat) datur hic tit. specialis, *de periculo*, ut exponantur causæ, ex quibus a tutore periculum avertitur. Et præterea, ut intelligamus, non eos tantum tutores, vel curatores obstringi periculo administrationis, qui dati sunt administrandi causa, quod satis docuit titul. superior, sed etiam, quod non docuit, tutores datos notitiæ causa, id est, ut alios tutores, vel curatores instruant de fortunis pupilli, vel adolescentis, quales plerunque solent dari liberti, qui actores fuerunt rerum domini, vel dispensatores, & qui novere totius familiæ rationes, negotia, bona, supellectilem. Et hæc est sententia *l. 2. h. t.*

AD TITULUM XXXIX.

QUANDO EX FACTO TUTORIS, VEL CURATORIS MINORES AGERE, VEL CONVENIRI POSSUNT.

HIC titulus est etiam de administratione tutorum, vel curatorum. Nam docet hic titulus, ex lite, quam intendit tutor, vel curator minoris nomine, si condemnetur, minorem conveniri utili actione judicati, non tutorem, vel curatorem, *l. 1. hoc tit.* Actio judicati est executio sententiæ, quæ fit tum in personam damnati, tum in bona, captis pignoribus, scilicet in causa judicati. Æquum autem est, ne officium tutoris ei sit damnosum, vel curatoris, qui litigaverit nomine pupilli non suo, & non fieri executionem in bona tutoris, vel curatoris, quod etiam obtinet in procuratore, qui se liti non obtulit ultro sine mandato. Nam actio judicati datur domino litis, & in dominum litis, non procuratori, vel in procuratorem, qui alieno nomine litigavit, *l. 6. ff. de re jud.* Item ex mutuo pupillus potest conveniri actione creditæ pecuniæ, si tutor pecuniam mutuam sumpserit nomine pupilli, & converterit in rem pupilli, *l. 3. hoc tit.* Ergo ex his duobus casibus minor convenitur ex facto tutoris, vel curatoris. Et ex diverso docet etiam hic titulus, minores agere ex stipulatione creditæ pecuniæ suæ interposita a tutore, vel curatore, vel etiam sine stipulatione ex mutuo suæ pecuniæ, quod contraxit tutor actione si certum petatur, *l. 2. hoc tit.* Item potest agere minor ex locatione prædiorum suorum facta a tutore, vel curatore (*qui a baille a rente son bien*, ut dicunt Galli) *l. 4. h. tit.* quæ omnia facta continentur nomine administrationis. Et sic in summa duo ponuntur casus in hoc titulo, quibus minor convenitur ex facto tutoris, vel curatoris: & duo, ex quibus agit ex contractu, quem habuit cum alio tutor, vel curator, ex rebus pupillaribus. Dices, ergo per tutorem pupillo adquiritur actio, quod est contra regulam juris: nam per liberum hominem alteri non adquiritur actio, & tutor est liber homo, in cujus potestate pupillus potius videtur esse, quam ipse in pupilli. Et sane regulariter per tutorem pupillo non acquiritur actio, *l. ult. h. tit.* ubi ponitur regula *l. solutum, §. per liberum, ff. de pign. act.* quæ nominatim loquitur de tutore. Sed ex his causis, quas retuli, per tutorem pupillo adquiritur actio utilis non directa, *l. 2. h. tit. l. 2. ff. eod.* Cur utilis? Quia pecunia, quam tutor credidit, fuit pupilli, quia prædia, quæ locavit pupilli fuerunt. Cur non competit directa? quia tutor suo nomine credidit pecuniam pupillarem, vel locavit ejus prædia, non nomine pupilli, alioquin frustra locasset nomine pupilli. Nemo enim contrahit alteri, nec paciscitur, sed sibi, nemo alteri stipulatur, hoc est tritum, sed obtinet in omnibus contractibus. Credidisset

disset autem tutor suo nomine pecuniam non inutiliter, non tantum pupillarem, sed etiam suam, & adquisivisset utilem actionem creditæ pecuniæ minori, quia & quilibet alius extraneus credendo suam, vel pupilli pecuniam nomine pupilli, ei adquirit utilem actionem, quia hoc jure singulari receptum est in pecunia credita, ut etiamsi regulariter non recte contrahamus alteri, recte tamen credamus pecuniam, recte contrahamus mutuum alteri, id est, nomine alterius, ac si pecunia esset alterius, *l. 2. sup. per quas pers. nob. adquir.* Ergo quisquis nomine pupilli suam, vel pupilli pecuniam credit, pupillo adquirit utilem condictionem. Qui autem suo nomine pecuniam pupilli credit, non adquirit ei utilem condictionem, nisi sit tutor, vel curator. At quibus ex causis convenitur pupillus ex facto tutoris, directo judicio convenitur, non utili, quia scilicet tutor litigavit, vel pecuniam mutuam sumpsit nomine pupilli, *l. 1. & 3.* Possum alium obligare suo nomine contrahendo, vel quasi contrahendo, veluti judicio accepto lite contestata. Nam contestatio litis est quasi contractus. Non possum tamen alii adquirere actionem, vel obligationem: nec etiam unquam adquiro directam, sed certis tantum ex causis utilem ex bono & æquo.

AD TITULUM XL.

SI EX PLURIBUS TUTORIBUS, VEL CURATORIBUS OMNES, VEL UNUS AGERE PRO MINORE, VEL CONVENIRI POSSIT.

SCIRE nos convenit, cum inter tutores, vel curatores non divisa est administratio tutelæ, vel curæ, ratum esse debet quodcumque per unum gestum est, nec quicquid geritur, necesse est geri per omnes, vel administrari, etiam quod unus gessit ratum est, *l. 3. in prin. ff. de adm. tut.* Ergo rata etiam est causæ defensio, quam cessantib. aliis unus exequutus est, *l. 1. h. t.* quod est præcipuum munus administrationis, *l. 30. ff. eod.* Sin autem divisa sit administratio, puta per provincias, tu regis bona illius provinciæ, ego bona istius provinciæ, quæ divisio fit auctoritate magistratus, tunc in sua quisque provincia causam pupillarem agere debet, non in aliena, nullus debet se immiscere negotiis alii adscriptis contra divisionem & distributionem factam a magistratu, quia divisio tutelæ est jurisdictionis, *l. inter, ff. eod.* Et ideo tutor rerum hujus provinciæ non potest agere ex contractu pertinente ad aliam provinciam; vel si agat, repelletur exceptione divisionis, *l. 4. ff. eod.* Sed notandum est maxime, quod ait *l. inter*, divisionem tutelæ valere inter tutores ipsos tantum, ne quis alterius munus usurpet, sed suum tantum exequatur, nec tamen eam divisionem posse adferre præjudicium creditoribus pupilli, non posse obstare creditoribus suum repetentibus a pupillo, vel hujus, vel illius provinciæ tutore auctore, vel ab hoc, vel ab illo. Et ideo, si tutor rerum hujus provinciæ agat ex contractu suæ provinciæ, debitor, cum quo agit, potest ei opponere compensationem ex contractu alterius provinciæ. Quæ est sententia *d. l. inter*. Igitur & si cum tutore hujus provinciæ agat creditor provinciæ alterius, non excludetur exceptione divisionis, quia res inter alios acta non debet ei officere. Et quia licet sint plures tutores, unus est pupillus, qui debet, & unum patrimonium: Nam unius hominis non possunt duo esse patrimonia, nisi militis peculium paganum & castrense, *l. jurisperitos, ff. de exc. tut.* Unus est ergo pupillus debitor, unum patrimonium, licet administratio ejus sit inter tutores divisa. Et hoc ostenditur in *l. Titium, §. ult. ff. eod.* Videtur tamen cum hac sententia pugnare *lex 2. hujus tit.* dum ait, divisa administratione, iis tantum omnibus litem insinuari, litem denuntiari, id est, hos tantum omnes tutores in jus vocari convenit, ad quos pertinet administratio rerum ejus provinciæ, ex qua manat contractus, ex cujus causa agitur. Ergo creditor non potest agere cum tutore alterius provinciæ. Sic resp. lex 2. dicit, *iis tantum omnib. insiuari litem convenit, &c.* Sane convenit iis tantum denuntiari, ad quos pertinet administratio rerum ejus provinciæ, sed non male etiam cum aliis tutoribus alterius provinciæ creditor experietur sui servandi causa, quia non alligatur legibus divisionis. Et consequenter etiam alii tutores ei solvent recte, ut tutor rerum urbanarum solvet recte, si conveniatur a creditore provinciali, *d. l. Titium, §. ult.* quanquam esset convenientius quemvis creditorum adire suæ provinciæ tutores. Illud vero expeditum est & certum, litem tantum inferre posse tutores ex contractibus, qui pertinent ad provinciam suam, quod in hac lege sequitur. Et quod ait *omnibus*, est verum, omnes tutores, ad quos pertinet administratio rerum illius provinciæ, in judicium vocari, omnibus litem insinuari, & condici. Ceterum, vel ab uno causam defendi posse, etiam verum est in *l. 1.* Divisio administrationis tutelæ inter ipsos tutores duntaxat locum habet, nec quod inter eos actum est, jus ceterorum, cum quibus nihil actum est, lædere potest. Non potest igitur efficere ea divisio, ut creditor pupillaris non agat cum quo voluerit ex tutoribus: nam res inter alios acta, vel judicata aliis non nocet. Et hoc etsi non probaretur *l. inter, & l. Titium, §. ult. ff. de admin. tut.* tamen habet naturalem intellectum. Et tamen aliud cavetur *l. 2. h. t.* Nam si divisa administratio fuerit, inquit, per provincias, iis tantum, & ab iis tantum litem inferri, vel insinuari convenit, qui in ea provincia, unde res, qua de agitur, originem duxit, officium tutelæ, vel curæ sustinent. Non ergo aget creditor pupillaris cum quo volet ex tutoribus, & divisio inter eos facta, tenebit etiam creditores pupillares, quod iniquum est, & jam ante satis reprobatum. Ideo dicebam verbum, *convenit*, non importare necessitatem. Sed concedamus importare necessitatem, quod & verius est, & rem omnem nunc ita explicemus luculenter. *In hac l. 2.* insinuatio litis significat denuntiationem solemnem futuræ litis, quæ olim erat in usu, & fiebat olim apud acta. Igitur hæc *l. 2.* est accipienda de solemni denuntiatione illa veteri litis futuræ. Idemque aperte demonstrat *l. 1. C. Th. de denunt. vel ed. resc.* Unde sumpta est hæc lex 2. quod notandum est, ut plane inde appareat hanc legem 2. esse referendam ad solemnem illam denuntiationem futuræ litis, postquam utrique parti erant constituta certa tempora ad litem exsequendam, & contestandam, post quæ agenti obstabat præscriptio temporis, & exceptæ erant tantum certæ causæ & actiones, in quibus ille ordo solemnis juris antiqui non observabatur, ut causæ ecclesiasticæ, & causæ, quæ non excederent summam 100. aureorum, & etiam momenti, id est, de possessione restituenda, vel recuperanda, & actio tutelæ, & negotiorum gestorum, & querela inofficiosi testamenti, & actio creditæ pecuniæ, *l. 3. & 6. eod. tit.* Ubi autem observatur ille ordo solemnis, denuntiationem fieri oportet solemni more iis, vel ab iis tutoribus tantum, qui in ea provincia tutelæ onus sustinent, *& iis omnibus*, ut ait: nec enim alias current tempora post denuntiationem constituta ad litem contestandam, quam si iis omnibus ea lis intimata, denuntiata, insinuata fuerit. Ceterum causam agi, & etiam contestari ab uno ex iis posse, nemo negabit, quia unus tutor facilius exercet & excipit actiones, *l. 3. §. apparet, ff. de adm. tut.* Ubi autem illa denuntiationis, & temporum observatio cessat, ut in actione creditæ pecuniæ, sicut dixi, si ad eam pecuniam solvendam minor, vel tutor, vel curator ejus convenietur evidenti chirographo, vel si quæ alia actio sit, quæ non excedat summam centum aureorum, tunc protinus creditor agit cum quibus est commodum, etiam cum eis, qui in alia provincia tutelæ officium administrant, quia legibus divisionis factis inter tutores, creditor non alligatur. Ergo apparet *l. 2.* esse restrigendam tantum ad solemnem illum ordinem juris, id est, solemnem denuntiationem, solemnem observationem temporum, ut ea solemnitas peragatur secundum formam divisionis tutelæ. Ubi ei so-

lemnitati locus est, non ubi locus non est, sicut hodie nusquam ei solemnitati locus est, sublatis illis ambagibus, ut ait *l. ult. inf. de interd.* Et ita liquet mihi hodie hunc nodum satis difficilem solvendum esse, alioquin est inextricabilis, nisi scilicet d. legem ult. interpreteris secundum jus vetus, & secundum locum unde sumpta est.

AD TITULUM XLI.

NE TUTOR, VEL CURATOR VECTIGALIA CONDUCAT.

QUO expeditior sit tutelæ, vel curæ administratio, nec oneretur ex alia causa graviori, cavetur in h. tit. ne tutores, vel curatores fiant publicani, *peagers*, ne conducant vectigalia fisci, antequam paria cum suis minoribus fecerint, id est, ante redditas rationes tutelæ, & reliqua. Quod etiam ostenditur in *l.* 1. §. *ex illa*, *ff. ad l. Corn. de fal.* & *l. οἱ ἐπίτροποι*, *ff. loc.* Quæ leges etiam docent id juris esse ex constitutione Severi & Antonini, & non tantum inhibere conductionem vectigalium, sed etiam quemlibet alium contractum fiscalem, & non tantum conductionem vectigalium fisci, sed etiam conductionem prædiorum Cæsaris. Hujus prohibitionis duæ sunt rationes. Una respicit pupillum, ne tutelæ administratio, & obligatio oneretur ex causa fiscali, ut in *l. locatio*, §. *debitoris*, *ff. de publ.* dicitur debitores fisci, vel Reipub. non posse conducere vectigalia fisci, ne ex alia causa, inquit (eadem enim ratione utitur) eorum debita onerentur: altera ratio respicit fiscum, qui ut pupillus tacitam habet hypothecam in omnibus bonis debitoris sui, uterque habet tacitam hypothecam, *l. aufertur*, §. *fiscus*, *ff. de jur. fisc.* ne scilicet privilegio temporis in hypothecis prælato pupillo, quod tutela sit vetustior conductione vectigalium, nihil fisco supersit ex bonis publicani, quo suum sibi servare possit. Denique constitutio Severi & Antonini excludit fraudem fisci, & eodem modo providit fisco suo plurimum, & adjecit pœnam, si tutor, vel curator fuerit publicanus: Ut si dolo malo versatus tutor in celanda priore hypotheca, quæ ex causa tutelæ, vel curæ descenderit, accedat ad conductionem vectigalium fisci, vel alium contractum habeat cum fisco, qui si id scisset, cum eo non contraxisset, teneatur lege Cor. de falsis, quia obrepsit, & imposuit fisco. Obreptio illa, & impostura, & reticentia, sive suppressio veritatis, & tutelæ, qua nondum solutus erat, falso comparavit, & tenetur crimine falsi, non quidem ex ipsa lege Cornelia, sed ex constitutione illa, quæ legem produxit ad hunc casum. Sed ut cavetur in constitutione hujus tituli, tutor, qui semel incidit in hanc pœnam falsi ex hac causa per subreptionem, & *συναρπαγὴν*, ut vocant, conducto vectigali fisci, si postea satisfaciat utrique in solidum, pupillo & fisco, facile impetrabit veniam criminis a Principe. Tutius est veniam petere, ut in *l. Divus*, §. *plane*, *D. de lege Corn. de fals.* quia satisfactio sola non purgat crimen, nec liberat pœna eum, qui semel commisit in legem, *l. qui ea mente*, *D. de furt. l. ult. ff. vi. bonor. rap.* Et ideo recte Imperator ait in hac lege, *quoniam me ultro adisti*, veniam scilicet petens admissi falsi, & satisfecisti utrique, ita ut nihil amiserint, remittimus tibi pœnam falsi. Et hoc quidem, quod dixi hactenus, locum habet, si tutela fuerit vetustior conductione vectigalium. Non enim qui tutelæ tenebatur, potuit postea publica conducere, & publicanus fieri. Quid si vectigalium conductio vetustior sit tutela, an incidet in crimen falsi, quod susceperit tutelam postea, ita ut idem inveniatur esse & tutor & publicanus? Minime. Et hoc est quod ait hæc eadem lex in fine, eum se posse excusare periculo, id est, periculo falsi, ut Basilic. accipiunt recte, in quibus loco illorum verborum, *poteris te periculo excusare*: ita est, *ἀπήλλακται τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος* .i. *liberatur crimine falsi*, & additur ratio in *d. l.* 1. §. *ex illa*, *ff. ad leg. Corn. de fals.* quia illa constitutio Severi & Antonini, de qua tractamus, fraudem fisci excludere voluit, & amovere, quæ nulla est, cum fiscus prior est hypothecis, quia prior contraxit. Nec etiam constitutio illa admisit excusationem tutelæ delatæ ei, qui ante cum fisco contraxerat: Nam illa constitutio non loquebatur specialiter de conductore vectigalium fisci, licet hæc de eo loqueretur specialiter: sed generaliter loquebatur de eo, qui contrahit cum fisco, ut ne contrahat, si tutelam ante gesserit, nec dum rationes reddiderit: sed ex diverso contraxerit cum fisco, ne etiam excusetur a tutela, quæ nunc ei defertur, quia scilicet non quicunque contraxit cum fisco, non quicunque obligatus est fisco, a tutela excusatur, neque enim id justum est & æquum. Conductor vectigalium fisci excusatur a tutela, quia illa negotiatio est operosa, & implicita nimis, anxia nimis, & solicita, *l. in honoribus*, §. *non alias*, *ff. de vacat. muner. l.* 1. *inf. de conduct. vectig. fis. lib.* 10. Conductor etiam prædiorum fisci vel Cæsaris excusatur a tutela, ut sit magis idoneus prædiis exercendis, *l. pen.* §. *coloni*, *ff. de jure immunit.* nisi scilicet videatur utrunque posse tractare & administrare sine damno fisci vel Cæsaris, *l. ult.* §. 1. *ff. ad municip.* secundum quam nobis est interpretanda *lex coloni*, *inf. de excusat. tutor.* Procurator etiam fisci excusatur a tutela, vel cura, §. *item D. Marcus*, *Institut. de excus. tutor.* Hi excusantur, sed generaliter quicunque contraxit cum fisco, & ei obligatus est, ejus excusatio non admittitur a tutela, vel cura, nec admissa illa constitutione Severi & Antonini, sed fraus tantum exclusa, ne qua fieret publico, & fisco. Et ita hoc est explicandum, quod tamen erat difficile. Illud adnotandum est præterea, ne tutor, vel curator conducat vectigalia fisci, sic esse accipiendum, ut illa verba satis indicant; *Cum autem fisco te jam obstrictum, postea tutorem*, &c. Nam aliud est in vectigalibus civitatum. Tutor enim non prohibetur conducere vectigalia civitatum, non excusatur a tutela, *l. σπάδοντα*, §. *ὁ τέλη*, *ff. de excusat. tutor.* Et ratio differentiæ est evidens, quia civitates ceteræ præter urbem sunt privatorum instar, *l. eum qui*, *ff. de verb. signific.* & non habent tacitam hypothecam, sicut fiscus in bonis debitorum suorum, in *l.* 2. *inf. de jure Reipub. lib.* 11. ita ut sine civitatum fraude, sine fraude hypothecæ, quæ nulla competit civitati, recte conducat vectigal, qui ex causa tutelæ obligatus est, & etiam bona sua omnia eadem ex causa obligata habet. Et notandum est iis, quæ diximus, nihil obstare *l.* 1. *sup. rem. alien. ger.* dum ait, tutorem posse fundum suum obligare fisco cum suo onere, id est, cum causa generalis hypothecæ, quam habet pupillus in omnibus bonis suis. Ergo tutor non prohibetur contrahere cum fisco. Respondeo ibi fundum specialiter obligari, quia casus de speciali hypotheca non continetur constitutione Severi & Antonini: sed is casus, quo fisco competit generalis tacita hypotheca, quam non habet fiscus in ceteris bonis debitoris, si eis res certa obligata sit specialiter, quia lex dedit tacitam hypothecam, & non solet lex cavere ei, qui sibi præcavit. Denique non dat lex generalem tacitam hypothecam fisco, qui fuit contentus speciali. Et hujus rei argumentum præbet *lex ult. sup. de pact. conv.* Et hoc est quod dicunt doctores, provisionem hominis tollere provisionem legis. Eademque ratione nihil obstat iis, quæ diximus, si dicis tutorem, qui conducit vectigal fisci, vel alias cum fisco contrahit, quod celaverit, fiscum de onere tutelæ, teneri crimine stellionatus: ergo non teneri crimine falsi. Nam stellionatus crimen est subsidiarium, id est, ei locus est tantum, cum aliud nomen criminis deficit, *l.* 3. *ff. de crim. stell.* Nam respondeo, eum teneri crimine stellionatus, qui rem eamdem duobus in solidum separatim obligat pignori, posteriori scilicet creditori dissimulata obligatione prima. Crimini igitur stellionatus locum esse in speciali hypotheca ejusdem rei, quam quis duobus in solidum nexit, vel opposuit, *l. tutor*, §. *contrarium*, *l. si quis in pignore*, §. *ult.*

ult. ff. de pign. act. l. ult. inf. de crim. stell. Sed nos hic non agimus de speciali hypotheca, id est, de eo, qui rem eandem obligaverit specialiter pupillo & fisco: sed loquimur de eo, cujus bona omnia generaliter pupillo erant obligata tacito jure, ut scilicet in fraudem fisci celans generalem illam hypothecam priorem, cum fisco non contrahat. Et hunc tantum, qui celat generalem hypothecam, dicimus teneri falsi, non etiam crimine stellionatus. Et hoc est ex constitutione Severi & Antonini: alioquin nec hoc casu esset crimen falsi. Et ut sit crimen falsi re obligata duobus specialiter fraudulenter, opus est constitutione, quæ deficit tamen. Et ne id sit impunitum, superest crimen stellionatus. Sed & in speciali hypotheca contracta cum duobus in solidum & separatim, potest esse locus crimini falsi, puta si obligans eandem rem posteriori creditori, mentitus est palam, eam rem alii obligatam esse, exemplo creditoris, *l. qui duos, D. ad leg. Corn. de fals.* Mendacium est species falsi; sed si tacuerit tamen, si dissimulaverit priorem obligationem, cessat crimen falsi, & locus est subsidiario crimini, nempe stellionatus. Postremo non omittam, quod competentem judicem (quæ sunt prima verba hujus legis) Basilica interpretantur καθολικὸν, id est, procuratorem Cæsaris, quem posteriores dixere Catholicum quasi generalem procuratorem. Laudo hanc interpretationem, quia hujus rei cura atque ultio pertinet ad procuratorem Cæsaris, si qui tutela nondum liberatus est, ad conductionem vectigalis fisci accesserit. Etiam illud non pætermittam, quod glossa tentat, huic constitutioni Severi & Antonini locum esse, & crimini falsi ex ea causa, si vivat pupillus vel adolescens, cujus tutela vel cura gesta est: quoniam habet priorem tacitam hypothecam in omnibus bonis tutoris. Non si mortuus sit pupillus, & nondum redditæ sint rationes tutelæ. Nam si post mortem pupilli, etiamsi tutor nondum liberatus sit tutela, licita est conductio vectigalium, quia nulla intervenit fraus fisci. Cur ita? quia privilegium tacitæ hypothecæ, & privilegium personale, id est, quod vertitur inter actiones personales, solus pupillus habet, utrumque privilegium cohæret soli personæ pupilli, nec transfertur in heredem ejus, quod est maxime notandum, *l. 1. §. idem Principes, D. ad leg. Cornel. de fals. l. pluribus, D. de adm. tut. l. dabimusque, §. 1. de reb. auct. jud. poss.* Ergo cum morte pupilli finita sit tacita hypotheca, evidens est sine fraude fisci sequi conductionem vectigalium, quia solus fiscus est habiturus tacitam hypothecam in universis bonis.

AD TITULUM XLII.

DE TUTORE, VEL CURATORE, QUI SATIS NON DEDIT.

EX hoc titulo intelligimus non habere potestatem administrandi (nam & hic titulus est de administratione) tutorem, vel curatorem legitimum, aut petitum, & datum sine inquisitione facultatum, & morum, nisi pro tutelari officio satisdederit, nempe tutelam scilicet minorum salvam fore: & quicquid gessit, qui satisdare debuit, nec satisdederit, vel litigando, vel alienando, vel bonorum possessionem agnoscendo nomine pupilli, vel alio quocumque modo, id ipso jure nullum est, quia non est legitimus administrator, qui non satisdedit, cum satisdare debuit, *l. 3. & l. ult. hoc tit.* quæ l. 3. repetita est in *l. 4. sup. in quibus causis in integ.* Legis ultimæ hujus tit. inscriptio ita est corrigenda: *Impp. Costantius & Maximianus AA. & Severus & Maximianus Cæsares*, non *Severo & Maximo*, quod plurimum conducit ad notitiam historiæ illorum Impp. Est similis inscriptio in *l. 1. sup. de feriis*, & in antiquo lapide urbis Romæ: *Costantius & Maximianus invicti AA. & Severus & Maximianus Cæsares thermas ornarunt, & ornamentis suis dedicaverunt.* Sed pergamus. Legitimi, vel dati

A sine inquisitione non sunt justi administratores sine satisdatione rem pupilli, vel adolescentis salvam fore. Satisdatio est fidejussorum datio, qui pro tutore se obligant minoribus. Non eadem est conditio tutoris jure dati testamento, vel etiam non jure dati, sed confirmati decreto prætoris, aut præsidis: hic enim non satisdat rem pupilli salvam fore, etiamsi confirmatus sit sine inquisitione, *l. 4. hoc tit.* ut puta, cum datus esset tutor a patre filio emancipato, hic non datus est jure, sed confirmatur sine inquisitione, *l. 4. ff. de test. tut. l. 1. ff. de conf. tut.* nec tamen oneratur satisdatione, quia fides ejus, & diligentia a patre approbata est. Approbatio patris pro satisdatione est. Eadem est etiam conditio tutoris dati, & petiti ex inquisitione, quia idoneus est electus, & non tantum electus, sed etiam pronuntiatus idoneus B esse, *l. 5. ff. de conf. tut. & Instit. tit. de satisdat. tut.* Et generaliter quicumque curator bonorum, curator calendarii civitatis, nullus curator, qui ex inquisitione eligitur, satisdat, *l. bonorum, ff. de cur. fur. l. ultim. §. item rescripserunt a curatore, ff. de adm. rer. ad civit. pert.* Inquisitio est idonei, per inquisitionem electio, pronuntiatioque pro satisdatione est. Sed si sunt plures tutores dati testamento, vel ex inquisitione, quos diximus non onerari satisdatione de tutela, vel cura, ex edicto Prætoris, qui ex eis ultro obtulerit satisdationem, rem minoris vel pupilli salvam fore, causa cognita solus suscipiet administrationem tutelæ, ceteri erunt honorarii tutores, *l. 4. hoc tit. l. qui injuria, §. ult. ff. de furt. l. dativus, D. rem pup. salv. §. si ex testamento, Instit. de satisdat. tut.* Et si forte plures sint satisdare parati, si plures C offerant satisdationem, vel satisacceptionem (nam non satis est si dicam, satisdabo, nisi etiam dicam, vel tu satisda, & administra, ego sum paratus vel satisdare, vel satisaccipere) Si igitur plures hoc idem offerant, causa cognita, & æstimata persona tutorum, vel fidejussorum, qui offerunt, idoneior præfertur, & administrat solus, *l. 18. D. de test. tut.* Male autem *glossa in l. 1. hoc tit.* scribit ex constitutione Græca, quæ refertur in *§. pen. Instit. de Attil. tut.* hodie etiam eos satisdare, qui petiti, & dati sunt ex inquisitione. Est enim falsum omnino id caveri ea constitutione; imo in ea nulla fit prorsus mentio ejus inquisitionis: sed ut defensores civitatum, adhibito episcopo, vel magistratus municipalis consilio, id est, duumviris, in provinciis, in municipiis dent tutores, vel curatores exacta satisdatione. Nec tamen mens est hujus constitutionis, D ut ea satisdatio exigatur, si inquisitio præcesserit. Et exstat ea integra constitutio hodie in *l. 30. sup. de episc. aud.* Et hac brevi comprehensione hujus tituli intelligimus in causa satisdationis rem minoris salvam fore, non eandem esse conditionem omnium tutorum, vel curatorum, alios onerari satisdatione, alios exonerari.

AD TITULUM XLIII.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS, ET CURATORIB.

RECTE superiori titulo applicitus est hic titulus de *suspectis tutoribus, & curatoribus.* Nam tutor, E vel curator, qui cum satisdare debet, non satisdat, vel compellitur ad satisdationem captis pignoribus, & distractis, ut in *§. pen. Instit. de satisd. tut.* vel removetur tanquam suspectus sine infamia, id est, salva existimatione, si gratia inopiæ hoc faciat, *par faute de credit:* vel removetur cum infamia, si dolo malo hoc faciat, & contumaciter, sive maligne, *l. 1. & 2. tit. sup.* Et quod prætermisi, id nimirum consulta opera rejiciens in hunc tit. in *l. 1. sup. tit.* nesciunt vulgo ponere speciem, & est satis difficilis positu, quam liquido sic possis exponere. Finge, litem habet adolescens ex causa creditæ pecuniæ cum eo, qui ei curatorem dedit minus idoneum, cum fungeretur magistratu in suo municipio, non exacta satisdatione: quo genere dupliciter peccavit, quod dederit minus ido-

neum, & satisdationem non exegerit. Ceterum ea de re nondum agit adolescens cum eo, sed ex quadam alia causa, verbi gratia, creditæ pecuniæ, nondum etiam potest cum eo agere, quod minus idoneum dederit, & quod non satis exegerit, videlicet actione in factum, quæ competit in magistratus municipales, qui minus idoneos tutores dederint, vel pupillis satisdatione non prospexerint. Ea actio competit ex senatuscons. sive oratione Trajani, *l. pen. inf. de magistr. conv.* Eo, inquam nomine nondum competit adolescenti actio illa in factum, quia est actio subsidiaria, & nondum est finita cura, nondum excussus curator, qui utique excutiendus est, priusquam veniatur ad magistratum, vel eum, qui magistratum gessit, & cum eum gereret minus idoneum tutorem dedit, vel satisdari non caverit. Ergo ex ea causa adolescens non dum potest queri, vel agere ex oratione Trajani: sed ex alia causa agit, & cum male habet, quod agat cum eo, qui ei curatorem dedit, eodemque curatore auctore, quia minor 25. annis non habet legitimam personam standi in judicio sine curatore. Verum lex ait in promptu esse, quo se ea anxietudine liberet, nimirum compellendo curatorem ad satisdationem, vel eo removendo, & repellendo tanquam suspectum decreto prætoris, quo remoto alius dabitur. Sicut etiam tutor, ex quo scivit se esse tutorem datum, si cessat administrare, vel extra ordinem compellitur administrare, vel removetur tanquam suspectus, *l. 2. & 4. hoc tit.* Et ita est explicanda species *l. 1.* Placet etiam vicinitas *tit. sup.* quod ex ea apparet non exigi quidem satisdationem a tutore dato testamento patris, ut dixi, sed tamen suspectum posse postulari, qui a patre testamento datus est, si res pupilli fraudulenter administrare coarguatur, *l. 4. hoc tit.* Et quod diximus cessantem in administratione, cessare primum suo periculo, deinde compelli posse ad administrationem, vel si in eadem contumacia perseveraverit, removeri posse tamquam suspectum: hoc sic accipiendum est, non quasi suspectus haberi debeat, qui simpliciter non gerit tutelam, nam ob id solum specialiter, quod non gerat, suspectus postulari non potest, *l. 4. §. ult. ff. eod.* Quid enim si sit honorarius tutor? quid si notitiæ causa datus? Ergo non gerere specialiter non est vitium, sed non gerere, cum gerere debemus, cum administratio nobis incumbit, & cessamus ob ignaviam, vel negligentiam, vel dolum: hoc enim casu rejicimur decreto prætoris tanquam suspecti, & malæ fidei. Sciendum autem est postulationem suspecti, crimen, & accusationem esse ex duodecim tabulis, quæ patet omnibus, etiam extraneis, & quasi publica actio est, *l. 6. hoc tit. l. 1. §. consequens, l. 3. §. liberti, ff. eod. tit.* Et patet etiam mulieribus, licet alias mulieres non admittantur ad accusationem, *l. qui accusare ff. de accusation.* Ac similiter jure singulari, licet regulariter nemo damnetur sine accusatore, tamen removetur tanquam suspectus sine accusatore, si prætori liqueat argumentis rerum evidentissimis, suspectum eum esse, & male versari in tutela, vel cura, *l. 3. §. præterea, ff. eod. tit.* hoc exigit favor pupillorum, & publica utilitas, ut quilibet possit tutorem arguere suspecti, & probare, & convincere, & inde removere elicito decreto prætoris, vel præsidis, ut etiam mulieri suspecti accusare liceat, ut etiam sine accusatore removeri possit tanquam suspectus officio prætoris, & ut hoc solo casu sit suspecti actio. Nam nullus est alius casus extra tutelam, & curam, in quo locum habeat similis actio: Hæc sunt admissa favore pupillorum, & nomine publicæ utilitatis, quoniam negotia pupillaria pertinent ad publicam curam, *l. 20. §. ult. D. de test. tut. l. 1. ff. de excusat. tutor. l. 2. ff. qui pet. tut. l. 2. §. tractari, ff. ad Tertull. l. 19. Cod. Theod. de curator.* Et sciendum etiam est, hanc accusationem, seu postulationem suspecti irrogare infamiam, si tutoris, vel curatoris dolus malus & fraus arguatur & probetur: non irrogat autem infamiam, si negligentia ejus tantum arguatur, vel ignavia, vel rusticitas, *l. ult. hoc tit.* Qua de causa necesse erat in decreto prætoris, quo removebatur tutor, tanquam suspectus, exprimi causam remotionis, *l. 3. §. ult. l. 4. ff. eod.* puta hoc modo: *Quando Lucius Titius tutelam C. Seji ob ignaviam gerere non potest, eum ob eam rem tutela abire placet*, hoc decretum non irrogat infamiam. Sed si ita dixerit: *quando Lucium Titium tutorem C. Seji paret in ea tutela fraudulenter versatum esse, eum ob eam rem tutela abire placet*: hæc sententia irrogat infamiam. Ergo removetur tutor ob dolum & fraudem, vel ob culpam & negligentiam; segnitiem, simplicitatem; nunquam propter paupertatem. Fraus, aut negligentia vitio vertitur, non paupertas, *pauvretè n'est pas vice, comme l'on, dicta l. 5. & 6. hoc tit. l. suspectum, ff. eod.* Postremo notandum est, tutorem postulatum suspecti, pendente litis cognitione abstinere debere administratione tutelæ, & interim ei adjungi curatorem ad administrandum, *l. 7. hoc tit.* non tutorem, quia tutorem habenti tutor non datur. Et postulatio suspecti non finit tutelam, sed damnatio. Igitur huic actioni suspecti locus est manente tutela, hæc postulatio desinente esse tutore, cum tamen actio tutelæ non habeat locum manente tutela, sed finita tantum tutela, *l. 1. & pen. hoc tit.* Ergo actio suspecti locum habet durante tutela, non finita tutela: actio autem tutelæ, finita, non durante tutela.

AD TITULUM XLIV.

DE IN LITEM DANDO TUTORE, VEL CURATORE.

HIC titulus est de tutore, vel curatore, ad quem non omnium rerum pupillarium administratio pertinet, sed unius rei tantum, unius litis defensio, nempe ejus, quam pupillus ex alia causa, quam ex tutela habet (quoniam tutelæ non agitur, nisi finita tutela) ejus ergo litis, quam pupillus ex alia causa, quam tutelæ intendit tutori, vel tutor pupillo suo, nec enim pupilli persona est legitima in judicio sine tutore, vel curatore, & hic tutor, qui acturus est cum pupillo, vel excepturus actionem pupilli in rem litemve suam, pupillo litem inferenti, vel excipienti auctor esse non potest, secundum regulam juris civilis, *ut tutor non sit auctor in rem suam, l. 1. ff. de auct. tut.* & non potest etiam semper tutor, si qua ei res sit cum pupillo, vel pupilla cum tutore, sibi solvere, vel a se exigere, ut in *l. quotiens, §. item si, & §. sicut, ff. de adm. tut.* Non si actio fuerit in rem, id est, si fuerit quæstio dominii cujusdam rei, non etiam si fuerit actio in personam, de qua non admodum liqueat, non etiam si fuerit tutori actio in personam, & in bonis pupilli non sit pecunia, unde sibi solvat, *d. §. sicut, & l. divortio, ff. de neg. gest.* tunc sane necesse est adire judicem, necesse est litigare. Ergo moribus receptum est, ut ait Ulpianus *lib. reg. tit. de tut.* ut tutorem justum habenti, sive ipse sit pupillum provocaturus ad judicium, sive pupillus ipsum, in eam litem specialis tutor detur, quo auctore pupillus experiatur, atque contendat cum justo tutore suo: Et hic specialis tutor ad eam litem dicitur tutor prætorius, quia hoc solo casu datur a prætore sine lege, alias dat tutorem ex lege Attilia, vel præses ex lege Julia & Titia. Hoc casu etiam sine lege invaluit mos iste, ut ad litem futuram cum justo tutore prætor det specialem tutorem. Hodie tamen in extraordinariis judiciis non tutor, sed curator datur, quo auctore lis peragatur cum justo tutore, & ea peracta lite curator esse desinit, *§. ult. Instit. de auct. tut. l. 3. §. pen. & ult. & l. 5. ff. de tutel.* More igitur antiquo ad litem datur specialis tutor, jure novo curator ordinario, & solemni tutor, jure extraordinario curator, *l. 3. hoc tit.* dum ait, tutor vel curator, utrumque jus notat, ut scilicet tutor detur ad litem, si jure ordinario agatur, quod est solemniter: ut vero curator detur si agatur extra ordinem detractis solemnitatibus & formulis juris. Et sane verius est, pro-

miscuam

miſcuam fuiſſe hac in re dationem tutoris, jure ordinario; vel curatoris extra ordinem, ſicut in ceteris cauſis, in quibus dicitur, tutorem habenti tutorem dari, invenies etiam curatorem dari videlicet extra ordinem. Et e contrario, ut memini me oſtendere *ſup. in tit.36.* Quinimo *lex 4. hoc tit.* abſciſe ait, ad litem tutorem dari, reſpiciens ſcilicet ad jus ordinarium, tutorem igitur prætorium. Ac præterea *l. ult. hoc tit.* fatetur quidem ex ſolemnitate juris dandum eſſe tutorem ad litem, quam pupillus habet cum juſto tutore ſuo. Idque juxta regulam juris, ut in omnibus, quæ ſolemni & legitimo ordine expediuntur per formulas certas, atque ſolemnes, quæ ſolemnitatem juris deſiderant tutor adhibeatur non curator pupillis, *l. curatorem, ff. de auct. tut. l. cum in una, D. de appell.* Sed quia plerunque hodie agitur extra ordinem omiſſis ſolemnitatibus, *l. actio, D. de neg. geſt. l. pen. infr. de interd.* hodie efficere curatorem, & ita demum tutorem exigi ſpecialem, ſi agatur ſolemni, legitimo, & ordinario jure. Et ita ſunt explicanda verba legis ultimæ, *curatore ad litem conſtituto, & ſolemnitati juris, ubi tutor exigitur, proſpici poſſit*, quia ea ſolemnitas juris hodie ſcrupuloſius non obſervatur, niſi quis eam obſervari velit. Ut licet tibi codicillos facere, & idem codicillis cavere, quod teſtamento, ubi ſolemnitas non exigitur, ſed interim tamen ſi vis condere teſtamentum ſolemniter vide quid agas. Nam ſi vel minimum in ſolemnitate peccaveris, irritum erit teſtamentum, & injuſtum, id eſt, non ſolemne. Et ita omnino explicandus eſt hic titulus, quod tamen non patet omnibus. Verum nondum ſatis eſt: nam etiam exponere debeo ſpeciem *l. 2.* quæ eſt admodum difficilis. Sciendum eſt, venditorem emptori non teneri evictionis nomine, neque actione ex empto, in id quod intereſt, id eſt, in ſimplum, neque ex ſtipulatione duplæ, quam plerumque venditor emptori promittit. Et dupla eſt altero tanto pretio amplius. Promittit igitur duplam, id eſt, ſi res empta ſit 100. & evicta ſit emptori, promittit reddere emptori 200. vice ejus, quod intereſt. At neque hac actione utetur emptor, niſi illa mota quæſtione dominii ſtatim denuntiaverit venditori, vel heredi ejus, ut liti aſſiſtat, eamque defendat, *S'il ne l'appelle à garand pour le defendre en ceſte cauſe*, quod eſt laudare auctorem, id eſt, nominare venditorem. Illaudatus venditor, *qui n'a pas eſté appellé à garand*, vel heres ejus non tenetur de evictione, ne ex ſtipulatione quidem, *l. 1. ſup. de peric. & com. rei vend. l. 7. 8. 20. 21. & aliæ multæ, inf. de evict. & ff. eod.* Sciendum rurſum eſt, poſſe laudari pupillum ſine tutoris auctoritate, ſi tutor non appareat, *l. ſi dictum, §. ult. ff. de evict.* Ceterum lis defendi debet tutore auctore: denuntiabitur pupillo, laudabitur pupillus, quaſi venditor, vel quaſi heres venditoris, ſine tutore, non male, ſed liti non aſſiſtet ſine tutore. His cognitis: Finge: quæ eſt ſpecies *l. 2.* Frater fundum paternum, quem communem habebat cum fratre, vendidit in ſolidum, non conſentiente fratre, & vendidit Lucio Titio, & ei promiſit duplam ob evictionem, ſi quando forte ei fundus evinceretur, aut pars ejus. Poſtea vita deceſſit, relicto herede filio impubere, cujus tutelam ſuſcepit frater ſuperſtes, patruus pupilli, & vindicat partem fundi paterni a Lucio Titio emptore, quam non jure ei vendidit defunctus frater. Lucius Titius laudat pupillum, *l'appelle à garand*, quaſi heredem auctoris, id eſt venditoris. Quæritur an vindicatio impediatur, videlicet, quod idem ſit actor, & defenſor pupilli, qui liti ſubſiſtat. Lex ait, tutorem acturum recte, & vindicaturum partem fundi, ſi laudatum pupillum non defendat ipſe, quoniam res ejus agitur, ſed ſpecialis curator detur ad defendendam eam litem: ſic recte judicium peragetur, & ſine ullo ſcrupulo, alioquin ſi non fuerit datus curator ad eam rem defendendam, & evicerit tutor partem, quam vindicavit, atque ita pro parte promiſſa fuerit ſtipulatio duplæ adverſus pupillum, evidens erit, pupillum oneratum fuiſſe dupla facto tutoris, quod non convenit officio tutoris, & poterit ei imputari judicio tutelæ id, quod ultra ſimplum, id eſt, ultra pretii quan-

A titatem, pupillus emptori ſolvere coactus eſt. Igitur tutor ne jus ſuum impediatur, id eſt, ne ejus rei, quam reicerit, pretium, quod ſupra ſimplum pupillus præſtitit, pupillo refundere cogatur, & ita quodammodo rem ſuam emere, rectius fecerit ſi curaverit curatorem ad eam litem ſpecialiter dari pupillo, vel etiam, ut lex oſtendit, ſi omnino non vindicaverit ab emptore partem fundi paterni, quam frater pupilli vendidit Lucio Titio, quia ex ea cauſa pupillus ei obligatus eſt hereditario nomine, actione negotiorum geſtorum, vel familiæ erciſcundæ, ut pretium partis venditæ a patre, reſtituat, *l. 1. ſup. de rebus alienis non alienandis, l. 1. ſup. de rer. comm. alienat.* Et finita tutela, id quod debuit ei pupillus actione illa negotiorum geſtorum, vel familiæ erciſcundæ, poterit ab eo conſequi contraria actione tutelæ, B ratam habendo venditionem partis, nec infringendo eam, vel etiam ſi tutor conveniatur directa actione tutelæ, poterit id reputare pupillo jure compenſationis, *l. 1. §. præterea, & §. ſeq. de contr. jud. tut.* Et ita eſt explicanda lex 2. quod valde notandum eſt, alioquin per ſe eſt obſcuriſſima.

AD TITULUM XLV.

DE EO, QUI PRO TUTORE NEGOTIUM GESSIT.

BREVITER oſtenditur in hoc titulo non tantum juſtum tutorem, vel curatorem teneri ex adminiC ſtratione, ſed etiam eum, qui quaſi tutor, vel curator aliquid adminiſtravit, cum non eſſet tutor, vel eſſe non poſſet; ut puta miles, vel mulier, vel datus a muliere, quaſi tutor, ex adminiſtratione tenetur actione protutelæ prætoria: alia eſt actio tutelæ, quæ eſt civilis, alia protutelæ, quæ eſt prætoria, ut alia eſt condictio ex mutuo, alia ex promutuo. Tenebitur, inquam, actione protutelæ, ſi adminiſtravit, quaſi ex neceſſitate officii, ut tutor, puta, exiſtimans ſe eſſe tutorem: Nam ſi ſponte ſua, ut geſtor amicus, & voluntarius acceſſerit ad negotia pupillaria, non tenetur protutelæ, quia ut geſtor geſſit, non ut tutor, ut voluntarius procurator, non ut tutor, ſed tenetur actione negotiorum geſtorum, *l. 4. ſup. de teſt. tutel.* quaſi curator autem tenetur utili actione negotiorum geſtorum, *l. 4. ſup. qui da-* D *ritur. vel cur. poſſ.* Quæ actiones privilegiariæ ſunt, quoniam in eis vertitur utilitas pupilli, perinde atque actio tutelæ, vel negotiorum geſtorum, qua tenetur verus curator. Porro non eſt omittendum, quod ait *l. 2. hoc tit.* his agentibus nomine pupilli, qui ſunt quaſi tutores, vel curatores, poſſe opponi exceptionem, *ſi tutor non eſt, ſi curator non eſt:* quæ verba accipienda ſunt pro formula exceptionis.

AD TITULUM XLVI.

SI MATER INDEMNITATEM PROMISIT.

E HIc titulus eſt de periculo adminiſtrationis, quod aliquando mater ſuſcipit promittendo indemnitatem, & ſecuritatem pupillo filio ſuo, vel tutori ejus ex cauſa tutelæ, vel curæ: & quidem ſi pupillo pro tutore, vel tutori pro pupillo indemnitatem promiſerit: Nam inter tutorem, & pupillum ex cauſa tutelæ ſunt mutuæ actiones, directa tutelæ pupillo finita tutela, & contraria tutelæ tutori. Si, inquam, mater vel pro tutore pupillo, vel pro pupillo tutori ſua ſponte indemnitatem promiſerit; interceſſio eſt, quæ infirmatur Senatuſconſ. Vellejano de interceſſionibus mulierum: Intercedit enim mulier, quæ ſe alii pro alio obligat ſua ſponte, tutori pro pupillo, vel pupillo pro tutore. Et ideo ſi conveniatur ex ea interceſſione, tuetur

tur

tur se Senatusconsulti Vellejani exceptione, & beneficio, quo infirmantur intercessiones mulierum, *l. 1. hoc tit.* Et hoc verum est, eum hac exceptione, quæ proponitur in *l. 3. hoc tit.* nisi decreto prætoris, aut præsidis tutorem dantis nominatim comprehensum sit, periculo matris, quæ tutorem petiit, tutorem dari: quod aliquando decreto comprehendit prætor, dum arbitratur non admodum idoneum esse eum tutorem, quem pater petiit. Hoc casu intercessio matris non rescinditur Senatusc. Vellejano, *d. l. 3.* Unde valde notandum, Senatusc. Vellejanum iis tantum mulieribus opitulari, quæ se pro aliis ultro obligarunt, non si decreto prætoris: Nam decreta prætorum senatusconsulta non infirmant. Nec igitur intercessiones mulierum interpositas decreto prætorum, vel præsidis. Sed si mater tutori pro tutore ipso, non pro pupillo, vel pro alio indemnitatem promiserit, puta dum cupit tutorem sibi permittere administrationem rerum filii sui pupilli, vel partem administrationis: hoc vero non est intercedere, quia alii se pro alio non obligat; sed ipsa facit hanc obligationem, & ideo non juvatur Senatusc. Vellejano, quæ est sententia *l. 2. hoc tit. & l. si mater, sup. ad Vell. l. tutor, l. quamvis, ff. ad Senatusc. Vell.* Et ideo si finita tutela pupillus tutorem elegerit, exacta ratione administrationis, mulier, quæ tutori promisit indemnitatem, indemnem tutorem damno præstare debet. Dico si tutorem elegerit: nam & pupillo liberum est cum matre, quæ bona sua administravit tutore concedente, agere actione negotiorum gestorum, *l. si mater, sup. de usur. l. fidejussor, ff. de neg. gest.* Ergo mater tenetur tutori ex stipulatione, quia ei promisit indemnitatem, pupillo non tenetur ex stipulatu, quia ei non promisit, *l. tutorem, inf. arb. tut.* sed tenetur negotiorum gestorum, & electio est pupilli, utrum agat tutelæ cum tutore, an negotiorum gestorum cum matre, quæ negotia gessit, quæ electio etiam in *l. 2. hoc tit.* significatur verbo *malunt*. Et secundum hanc leg. 2. est accipiendum, quod ita Paulus scribit *lib. 2. Sent. tit. ad Vell. Mater, quæ pro tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, ad beneficium senatusconsulti non pertinet*. Hæc sententia est vera, si pro tutoribus pupillis promisit indemnitatem: hoc est intercedera, & pertinet ad SC. Vell. Sed si tutoribus pro ipsis tutoribus indemnitatem promiserit, intercessio non est, ut in specie *l. 2.* Nam intercedere est alii pro alio obligare, non eidem pro eodem ipso se obligare.

AD TITULUM XLVII.

SI CONTRA MATRIS VOLUNTATEM TUTOR DATUS SIT.

HIC titulus respicit ad *titul. 43. De suspectis tutoribus*, a quo propius abest. Et in hoc *tit. voluntas* est ult. voluntas, & hoc docet tantum, a tutela removeri eum, qui datus est tutor filio impuberi contra matris ultimam voluntatem, id est, quem filio impuberi heredi instituto moriens mater vetuit tutorem dari. Prætor enim servat voluntatem matris (aut servare debet) quæ bona reliquit pupillo. Nam etiamsi mater filio impuberi heredi instituto tutorem dederit, quæ datio ipso jure non valet, prætor solet servare, & confirmare voluntatem matris, habita tamen inquisitione, *l. 4. sup. de test. tut.* Et is quidem, quem mater noluit dari, si sit datus ignorante forte prætore tenorem ultimæ voluntatis matris, removetur sine infamia, si hac sola ratione removetur, quod datus sit contra voluntatem matris, quod patet ex rescripto Severi & Antonini, posito sub hoc titulo. Et observandum ad hoc rescriptum in extremo, compositores Codicis addidisse hæc verba: *quæ rescriptio, si in fraude convictus fuerit*, id est, superiori rescripto non est locus, & ut sine infamia removeatur, id est, salva existimatione, qui datus est contra prohibitionem matris, nisi idem jam in tutela fraudem commisisse convictus fuerit, tunc enim removetur cum infamia; dolus & fraus infamat eum, qui ob fraudem rejicitur, & tutela abire jubetur, *l. ult. sup. de susp. tutorib. l. 2. sup. de tut. vel curat. qui satis non dedit.*

AD TITULUM XLVIII.

UT CAUSÆ POST PUBERTATEM ADSIT TUTOR.

EST constitutio facillima, modo ita explicetur: Tutela finitur pubertate. An etiam periculum administrationis finitur pubertate, sicut tutela? Non utique. Nec enim, etiamsi finita sit tutela, periculum administrationis finitur antequam tutor rationes reddiderit, ac restituerit omnem tutelam curatori, & antequam liberatus etiam fuerit sententia prætoris, aut præsidis *l. ult. sup. de peric. tut.* Is autem non videtur restituisse tutelam, qui adhuc retinet instrumenta litis, vel causæ pupillaris a se inchoatæ. Igitur periculo administrationis obstringitur: sed liberatur omnino, nec debet persequi litem suo consilio cœptam, si omnem tutelam restituerit curatoribus, quod hodie est certissimum ex constitutione Severi & Antonini, *l. 1. inf. si pend. appell.*

AD TITULUM XLIX.

UBI PUPILLI EDUCARI DEBEANT.

PRÆCIPUA pars administrationis, si spectes negotia pupillaria, est defensio causæ pupillaris, *l. 30. ff. de administr. tut.* Sed si personam ipsius pupilli spectes, præcipua pars administrationis educatio est, quo nomine non tantum significatur victus, sed etiam vestiarium, & habitatio, & institutio morum, & liberalium artium, *l. 2. tit. seq.* Educatio ingenii, ut in Comœdia, *bene & pudice doctum, atque eductum ingenium*. Plerumque autem educatur pupillus apud matrem, si modo ei non superduxerit vitricum, id est, si iterum non nupsit, *l. 1. hoc tit. & Nov. 22.* Vel si de ea re sit controversia inter tutores, & cognatos, & matrem, ea dirimetur arbitrio prætoris, vel præsidis, qui statuet apud quem pupillus potius educari, vel institui debeat, & quem is elegerit, non poterit effugere istam operam, *d. l. 1.* Observare autem debet prætor, qui ejus rei arbiter est, & censor, ne temere pupillus detur educandus ei, qui sperat pupilli successionem: posset enim ejus vitæ insidiari. Nec eadem est ratio in jure tutoris, & educatoris: Nam ii quidem, qui sperant successionem pupilli intestati, fiunt legitimi tutores, ut quæ sperant bona tueantur, ne dilapidentur, *l. 1. ff. de leg. tut.* Et hoc est, quod dicitur, *quo hereditas pupilli, eo etiam legitima tutela redit*. Neque tamen temere etiam apud tutorem educabitur pupillus, qui sperat successionem, sed apud matrem, vel alium cognatum, quæ est sententia *leg. 2. hujus tit.* Hoc autem distat hic titulus a titulo vigesimoquarto, *sup. divort. facto, apud qu. lib. ed.* quod hic titulus est de iis, qui patrem non habent, qui ætate sunt parvi, & orbi patre, aut patrem quidem habent, sed sunt emancipati. Non idem est in jure pupillus, & impubes. Nam impuberis nomen significat tantum ætatem, pupilli nomen significat & ætatem, & conditionem, id est, eum, qui est sui juris sive liberum caput: parvæ ætatis, qui est in potestate patris, necdum pervenit ad annum decimumquartum, est impubes, non etiam pupillus: Galli *il n' est pas orphelin.* Ergo hic titulus est de iis, qui patrem non habent, vel qui in patris familia esse desierunt: ille autem est de iis, qui patrem habent, & in patris familia sunt.

AD TITULUM L.

DE ALIMENTIS PUPILLO PRÆSTANDIS.

CONSEQUENS erat docere, qui præbeant alimenta pupillis, & quatenus, quæ utique præbenda ſunt ſine mora, ſine cunctatione ulla, juxta illud, *ventrem non habere aures*. Etiam omni die, etiam feriato conſtituuntur alimenta ſive taxantur poſtulantibus pupillis, *l. 2. ff. de fer. l. 2. ff. de rer. jud.* Alimenta igitur confeſtim præbentur, & conſtituuntur pupillo arbitrio tutoris, vel ſi ceſſet tutor, aut cunctetur, arbitrio prætoris, vel præſidis, pro modo facultatum pupilli. Nam honeſtum eſt quemque ex ſuis facultatibus ſuæ impenſæ facere modum. Nec eſt inhoneſtum, ſi quis auctus ſit facultatibus, augeat etiam impendia familiæ ſuæ, *l. 1. hoc tit. l. Lucius, inf. ff. fam. erciſc.* Et ait *dicta lex* 1. protinus conſtitui alimenta pupillis, etiamſi eis fiat controverſia de ſtatu, & de bonis paternis, ut ſi negentur eſſe defuncti filii. Nam interim quamdiu ſunt pupilli, habentur pro filiis defuncti juſta præſumptione, & agnoſcunt bonorum poſſeſſionem ex edicto Carboniano, dilata quæſtione ſtatus, dilato præjudicio, dilata petitione in tempus pubertatis. Ergo & interim ex eis bonis alendus eſt. Et placet omnino, ut legamus, ſicut habent quidam codices: alii in hac *l. 1. partibus ſuis fungetur*. *Id eſt*, non autem, *idem eſt*, *etſi de ſtatu pupilli*, hæc enim cauſa dubitandi fuit. Alimenta igitur conſtituuntur vel arbitrio tutoris, vel magiſtratus. Aliquando eſt tutius ea conſtitui arbitrio tutoris ſine decreto magiſtratus: quod aliquando fit melius non aperiri ſecreta patrimonii pupillaris, & ſuſpectum æs alienum, id eſt, quod creditores pupilli ſuſpicantur non eſſe idoneum nomen, dum tenues ſuſpicantur eſſe facultates pupilli. Et ſolet prætor dum hac de re aditur excutere modum facultatum pupilli, & aperire, quod intereſt pupilli non fieri ſæpiſſime, non publicari bona ſua apud acta magiſtratus. Et ita *l. 2. hoc tit.* dicit aliquando tutius eſſe alimoniorum taxationem permitti tutoris arbitrio, non adhibito decreto magiſtratus. Nec, inquam, ſumptus omnes a tutore facti bona fide ex juſtis vel honeſtis cauſis, vel neceſſariis in alimoniam pupilli, in mercedem præceptorum, in inſtitutionem pupilli, quæ omnia educationis verbum complectitur, & in educationem etiam miniſtrorum pupilli, ut ii, inquam, omnes ſumptus bona fide facti in pupillum, etiamſi facti ſint ſine decreto prætoris, tutori accepto ferri debeant, *l. 3. ſup. de adminiſtr. tut.* nec poſſit eos recuſare pupillus in accipiendis tutelæ adminiſtrationibus, niſi probet eos ſumptus factos eſſe in eam rem ab alio, non a tutore. Alioqui pupillus præſens præſumitur educatus, eductus, edoctus, a tutore de ſuo, de bonis propriis, niſi probet alios ſuppeditaſſe eos ſumptus, debet igitur eos agnoſcere etiam factos in mercedem præceptorum, ut in *l. cum plures*, *§. penult. D. de adminiſtr. tut.* quoniam ejus intereſt maxime, ne educetur illiberaliter. Nec præſumitur vento vixiſſe, quod eſt proverbiale, non more lupi, ut gloſſa ait, qui eſt voraciſſimus, ſed ut veteres dicebant more Siluri. Silurus eſt piſcis, *σιλῦρος* vel *γλάνιος* Græcis, qui dicitus *eſturgeon*: ſturio enim nomen barbarum eſt: & hoc eſt certiſſimum. Nam inter peritos diu fuit agitatum de nomine Siluri, quod primus docuit Paulus Jovius libro de piſcibus v. cap. IX. & libro IX. cap. XV. Sed valde fallitur dum de Siluro locum unum Ambroſii interpretatur, ex lib. v. Hexam. cap. v. dum ſcilicet vult Ambroſius demonſtrare Silurum, quod habeat os anguſtum ſub roſtro, nutriri tantum ſuctionibus piſcium minutiſſimorum, & quod etiam habeat ventriculum anguſtiſſimum. In quo ſi quæratur unde nutriatur Silurus, nunquam invenietur, ſed piſciculi, ſed ſuccus, qui ingreditur in ventrem: dum ſcilicet ita refert Ambroſium ita ſcribere, inveniri, ut ait, inutilem prædam in ventriculo Siluri, vivere Silurum aliorum piſcium vermibus. Sed ſic ſcribit, *vivere minorum piſcium viſceribus*, & dum etiam male hæc interpretatur: *Captus eſt Silurus, & inutilis præda detecta.* Putat ille Ambroſium dicere, Silurum eſſe inutilem prædam piſcantium. Non eſt inutilis præda Siluri, dum in ejus ventriculo nulla invenitur præda, ut pene vento vivat, & ideo dicamus, præſumi pupillum non vixiſſe vento, more Siluri, ſed de bonis propriis, ſumptus ſuppeditante, & moderante tutore, vel curatore. Igitur eos ſumptus improbe recuſat, niſi prohibet ab alio factos.

AD TITULUM LI.

ARBITRIUM TUTELÆ.

SATIS jam dixit de ipſo contractu, id eſt, de officio, & adminiſtratione tutelæ, nunc venit ad actionem, quæ ex eo contractu naſcitur, quam vocat *arbitrium tutelæ*, modo judicium, modo arbitrium, & arbitrium, quod hujus judicii poteſtas omnis ſit in arbitrio judicantis, qui excuſſis rationibus tutelæ, æſtimat quantum pupilli tutorem præſtare, aut reputare, & penſare oporteat ex fide bona: eſt etiam judicium, ſive arbitrium bonæ fidei. Huic autem judicio locus non eſt, niſi finita tutela, *l. 4. in pr. D. de tut. & rat. diſtr.* Imo nec actioni ex ſtipulatu locus eſt, niſi finita tutela, qua quidem tenetur tutoris fidejuſſor, qui cavit tutelam ſalvam fore, vel rem pupilli, *l. 4. §. hanc, & §. penult. ff. rem pup. ſalv.* Diverſum eſt in actione utili negotiorum geſtorum, qua curator tenetur d. l. 4. Quæ eſt alia differentia inter tutorem, & curatorem, quæ non fuit expoſita in *tit. 36.* ubi alias differentias expoſuimus inter tutorem, vel curatorem. Diverſum eſt etiam in actione ex ſtipulatu, qua fidejuſſor curatoris tenetur, qui cavit rem adoleſcentis ſalvam fore, vel furioſi, vel prodigi. Aliud eſt etiam in actione protutelæ. Nam hæ omnes actiones competunt ſtatim, ut quæque res minoris ſalva eſſe deſinit, etiam nondum finita adminiſtratione, *l. cum curatore, D. de adminiſtr. tut. l. 1. §. ſed etſi, D. de eo, qui protut. neg. geſſ. l. 16. §. ult. ff. de tut. & rat. diſtr.* Videamus quæ ſit ratio differentiæ, cur in tutorem, vel fidejuſſorem ejus agitur finita demum tutela, in curatorem, vel fidejuſſorem ejus, vel in protutorem etiam manente adminiſtratione. Paulus in *l. 4. §. ult. D. de tut. & rat. diſtr.* ſatis habet hanc rationem reddere, quod mirum eſt: Quia non idem in actione negotiorum geſtorum conſtitutum eſt, *quod in actione tutelæ, dum impubes eſt, cujus tutela geritur*, quod perinde eſt, ac ſi diceret id, quod eſt in *l. 16. non omnium, ff. de legib. non omnium, quæ a majoribus conſtituta ſunt ratio reddi poteſt*. Et accommodate ad *leg. non omnium* ſumetur exemplum ex *d. l. 4. §. ult.* atque etiam ex *l. liberum, de relig.* Sed tentemus tamen aliquem reddere differentiæ rationem: licet uti eadem, qua ſumus uſi in tit. 36. quærentes cur tutorem habenti regulariter tutor non detur, ſed curatorem habenti curator detur: nam utrobique eſt eadem ratio. Differentiam enim facit ratio poteſtatis, quam tutor habet in caput pupilli, quam non habet curator: Non ago cum patre, in cujus ſum poteſtate, hoc non patitur poteſtas, non ago etiam cum tutore, in cujus ſum poteſtate, videlicet ex cauſa tutelæ, actione tutelæ, vel actione legitima de rationibus diſtrahendis ex duodecim tabulis, quæ datur in duplum adverſus tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem, qui furatus eſt, imo nec ex alia ulla cauſa nondum finita tutela pupillo in tutorem datur actio, quæ cœperit tempore tutelæ, non furti, non legis Aquiliæ, ſi quid culpa tutoris deperierit, non condictio furtiva, *l. 9. §. ult.* adhibita *l. ſeq. D. de tut. & rat. diſtr.* Et omnino pupillo non eſt actio cum tutore ſuo ulla, niſi ex cauſa præcedente tutelam, ex contractu tutela vetuſtiore, quam in rem ei datur ſpe-

cialis

cialis tutor, vel curator, de quo actum eſt in *tit. de in lit. dand. tut. ſup.* Sic igitur ratio poteſtatis vetat agi cum tutore, cujus poteſtati liberum caput commiſſum eſt, quæ ratio poteſtatis ceſſat in curatore, & in protutore. Poſſet quis contendere idem eſſe in tutore, & curatore, ut nec cauſa poteſtatis agi poſſit cum curatore negotiorum geſtorum, niſi finita demum cura, fortiter ex *l. 2. & l. 12. ſup. de admin. tut.* In quibus oſtenditur, rationes curationis adminiſtratæ non jure expoſci manente adminiſtratione .i. non agi utili negotiorum geſtorum adverſus curatorem; & ſi duo ſint curatores, non poſſe alterum cum altero agere negotiorum geſtorum, quamdiu communis adminiſtratio durat: Sed ſi quis eorum non ex fide curam gerat, ab altero eſt poſtulandus ſuſpectus, & removendus, ac deinde agetur cum remoto negotiorum geſtorum, non ante remotionem, ut in *l. actus, D. de adm. tut.* Ergo videtur nulla eſſe differentia inter tutorem, & curatorem. Sed recte Accurſ. notavit, nullam etiam eſſe differentiam inter tutores, & curatores, videlicet ſi a curatore exigetur ratio totius adminiſtrationis, quaſi curatione finita, quæ durat. Nam ut de tutore dicitur in *l. 9. §. & generaliter, D. de tut. & rat. diſtr.* ideo non agit tutelæ, niſi tutela finita ſit, quod abſurdum ſit adminiſtrationis rationem negotiorum pupilli a tutore expoſci, in qua adhuc perſeverat. Hæc utilitatis ratio exigit, ut tutelæ actio differatur in tempus pubertatis, *l. 16. ff. eod. tit.* vel in aliud tempus finitæ tutelæ. Finitur autem variis modis. Hæc autem ratio obtinet etiam in curatore, quod abſurdum ſit a curatore exigi rationem adminiſtrationis, in qua adhuc perſeverat, quandoquidem objicit, nondum peregi adminiſtrationem, nondum implevi officium meum, nimis feſtinas agere, & repoſcere rationes negotiorum nondum peractorum. Ergo ita dicamus, certa de re, quæ ſalva eſſe deſierit dolo, aut culpa curatoris, poſſe agi etiam manente adminiſtratione, ſed non generali judicio. Et ita loquitur manifeſte *d. l. 2. & l. 12. ſup. de adm. tut. & d. l. actus.* Et ut hoc dicam apertius, hac in re nihil diſtat tutor a curatore, ſi agatur generali judicio tutelæ, vel generali judicio negotiorum geſtorum. Nam utraque actio eſt generalis, id eſt, non negotii certi, ſed negotiorum complurium, *l. pro ſocio arbiter, ff. pro ſoc.* Et hoc tantum diſtat, quod tutelæ judicium ſemper eſt generale, quod tantundem eſt, ac cum dicis, tutelæ judicio agi finita demum tutela; judicium negotiorum geſtorum etiam ſpeciale eſſe poteſt, *l. 3. §. negotia, ff. de neg. geſt.* dum ait, *negotia ſic accipe, ſive unum, ſive plura.* Ergo de uno negotio recte agam cum curatore, manente adminiſtratione, non de adminiſtratione univerſa, quia intempeſtiva & immatura actio eſt, quæ generaliter inſtituitur. Et hæc omnia valde notanda ſunt. His addamus obſervata *l. 3. hoc tit.* arbitrium tutelæ dari non tantum in tutorem finita tutela, ut dixi, ſed etiam in curatorem pupilli. Nam omnino *d. lex. 3.* ſignificat, tutelæ conveniri curatorem pupilli, quod eſt valde novum. Et ſane hoc olim fuit controverſum inter prudentes, an curator pupilli teneretur actione tutelæ, vel ſaltem protutelæ, quia curator pupilli inſtar eſt tutoris, & ut tutela finitur pubertate, ita etiam curatio, quæ imitatur tutelam, *l. 2. & 3. in quibus cauſ. tut. ſup. l. curatorem, D. de tut. vel cur.* Sed Ulpian. *in l. 1. §. ſi curator, ff. de eo qui pro tut. neg.* verius eſſe ait, in re nimirum controverſa, ut pupilli curator non conveniatur pro tutelæ judicio, quia nulla alia ſignificatio horum verborum eſt, *qua officio curatoris functus eſt*, quam ut teneatur actione negotiorum geſtorum. Sed tamen controverſiæ veteris veſtigium exſtat in hac *l. 3.* quæ in curatorem pupilli dat judicium tutelæ. Et hoc ita annotavit Thalelæus in hac l. 3. dum ſcribit in hanc ſententiam. *Erat ſententia quorumdam Juriſc. qui exiſtimabant curatorem pupilli tutelæ teneri exemplo tutoris, quæ nunc non obtinet.* Ceterum etiamſi titulus nobis exponat tantum actionem tutelæ illis verbis, *arbitrium tutelæ*, tamen ſub hoc titulo tractatur etiam de arbitrio negotiorum geſtorum, id eſt

A de utili actione negotiorum geſtorum, qua tenetur curator, non directa, qua tenetur geſtor voluntarius, id eſt, qui ultro acceſſerit ad negotia aliena, utili autem tenetur, qui coactus ſuſcepit negotia aliena, veluti curator. Nam etiam tutela, & cura invito deferuntur quaſi munus civile, & publicum: ut ſæpe quæ ſunt ſcripta de tutore ad curatorem trahuntur, ita quæ ſunt ſcripta de actione tutelæ, trahuntur ad utilem actionem negotiorum geſtorum, quæ competit adminiſtrationis, ſive curationis cauſa, de qua in hoc tit. eſt *l. 7. & l. ult.* Quæ quam affines ſint, ut intelligatis, notandum in hoc titulo, in utramque venire id quod intereſt, ut in *l. 4.* ut ſcilicet reddant rationes adminiſtrationis, & quicquid reliquorum nomine debent, qui negotia geſſerunt in *l. 9. h. t.* Nam & rationum ipſum nomen continet etiam re-

B liqua, *l. cum ſervus, ff. de cond. & dem.* Et rurſum quicquid dolo, vel culpa lata, aut levi, eorum ſcilicet tutorum, & curatorum, qui negotia geſſerunt, minores amiſerunt, vel non acquiſierunt, *d. l. 7.* Nam & minores reſtituuntur in integrum, non tantum ſi quid amiſerint, ſed etiam ſi quid non acquiſierint, *l. penult. ſup. de in integr. reſt.* Hæc veniunt in utramque actionem. Denique tutor, vel curator præſtat dolum, culpam latam, & levem, & quantam in rebus ſuis diligentiam, *l. 1. in princ. D. de tut. & rat. diſtr. l. a tutoribus, D. de adm. tut.* Uno caſu latam culpam tantum, videlicet in exigendis nominibus, non quæ ipſe tutor fecit, vel curator minoris nomine, ſed in nominibus paternis, & vetuſtioribus contractis ante tutelam: in iis exigendis arguitur tantum tutor ob latam culpam, id eſt, nimiam ceſſationem, re-

C miſſionem, negligentiam. Et ita eſt explicanda *l. 2. h. t.* Altero etiam caſu præſtat tantum latam culpam, diſſolutam culpam, manifeſtiſſimam negligentiam, videlicet ſi emerit pupillo prædium bona fide, nihilque egerit in ea re, dolo malo forte majoris emendo, quam fuerit æquum, in gratiam venditoris: ſed ſi, ut dixi, bona fide emerit, verum minus bonam conditionem elegerit, *ſi la terre n'eſt pas forte bonne*, in ea re ſatis erit ſi præſtet latam culpam, id eſt, ſi nimis negligens videatur fuiſſe in eligenda conditione prædii, ut hoc ſolo caſu teneatur, nec in eo arguatur levis negligentia. Et utraque etiam actio eſt bonæ fidei, & utraque eſt privilegiaria, *l. dabimus, ff. de reb. auct. jud. poſſ.* Et in utramque veniunt uſuræ, & utrique actioni datur tacita hypotheca, *l. 20. ſup. de adminiſtrat. tut.* Et ſi ſint plures tutores, vel

D curatores, & agatur de ſumma adminiſtrationis, omnes ſunt conveniendi apud eundem judicem, *l. 5. h. t. l. 2. ff. de quibus reb. ad eund.* Et rurſus ſi ſint plures tutores, vel curatores, prius convenietur, qui adminiſtravit, nec enim plerunque omnes adminiſtrant, ſed conſtituitur unus ex multis, qui ſolus adminiſtrat, præſtita ſatiſdatione: ut igitur prius conveniatur, qui adminiſtravit, *l. 6. h. t. l. 2. inf. de hered. tut.* deinde is, qui non adminiſtravit, ut conveniatur culpæ nomine, quod adminiſtratorem non admonuerit officii ſui, vel quod mala fide verſantem in adminiſtratione non ſuſpectum poſtulaverit. Ac præterea ex pluribus, qui geſſerunt, unus poteſt eligi, a quo minor ſuum repetat, ceſſis eidem actionibus adverſus collegas, ut in *l. 6. hoc tit.* Item utraque actio eſt perpetua, id eſt, non finitur, niſi ſilentio 30. annorum,

E *l. adverſus, ſup. de neg. geſt. l. 8. hoc tit.* In qua corrigendus eſt unus locus, ille ſcilicet, *novatione, aut acceptilatione*: nam pro disjunctione eſt ponenda conjunctio, ut in veteribus quibuſdam, & in Baſilicis: *novatione, atque acceptilatione*: nam & ita res ſolet geri: quod debetur ex cauſa tutelæ, novatur in verborum obligationem, deinde verborum obligatio tollitur acceptilatione, quia verbis non tollitur, niſi quod verbis contractum eſt. Et ideo *lex* 8. dicit vel tutorem liberari tranſactione, quod fit per exceptionem pacti, vel novatione, atque acceptilatione, quod fit ipſo jure. Utraque etiam actio datur heredi, & in heredem *l. 12. hoc tit.* Quod dicitur ad differentiam actionis de rationibus diſtrahendis *ex 12. tab.* quæ non datur in heredem, quia eſt pœnalis, id eſt,

est, in duplum, *l.9.§.pen.ff.de tut. & rat.distr.* Ac postremo in utramque venit etiam id, quod gestum est post finitam administrationem, si connexum fuerit tutelæ negotium, vel curæ: & connexa dicuntur, sine quibus negotium perfecte expediri non potest, & quæ separari vel disjungi non possunt, *l.11.h.t. l.ita autem, §.si tutor, & §.ult.ff.de adm.tut. l.13. D.de tut. & rat.distr. l.quid ergo, §.pen.de contr.tut. l.cum actum, D.de neg. gest.* Hi omnes loci sunt de connexis, in quæ actiones veniant. Etiam illud non omittam, quod Justinianus notat in *l.ult. h.t.* in reddendis rationibus, cum quæritur de modo bonorum pupilli, de quantitate bonorum pupilli, stari inventario publice confecto, etiamsi ampliorem quantitatem contineat, etiamsi falsam quantitatem contineat, & ex eo damnari tutorem, qui ei subscripsit, quique id publice fieri curavit. Itaque cautione maxime opus est in conficiendo inventario. Non tenebitur tutor ex nudo sermone, si forte laudans pupillum, locupletiorem eum esse dixerit, quam sit, *d. l. ult.* sicut etiam non attendimus æstimationem patris defuncti, quam fecit moriens: sæpe errant patresfam. in æstimandis suis bonis. Idcirco non attendimus eorum æstimationem, *l.1.h.t.* Et ultimo valde notandum censeo, quod est in *l.10.h.t.* propterea quod hodie invenio sæpe promotis ad munus publicum, seu honorem, & sua industria forte, vel parsimonia factis ditioribus, qui ante inopes erant, objici eis suspicionem deprædati fisci, suspicionem sordium, aut gratiæ, denique suspicionem malæ partarum divitiarum. Nam ita legimus Avidium Cassium dicere apud Volcatium Gallicanum: *Audisti præfectum prætorii nostri philosophi ante triduum, quam fieret mendicum, & pauperem, sed subito divitem factum, unde quæso, nisi de visceribus Reip. provincialiumque fortunis?* Et judicium istud si adjuvetur aliis adminiculis, & probationibus, utique non est contemnendum: Sed non ex eo solo est argumentandum temere, quod hæc verba *l.10.* demonstrant elegantissime: *Nam quod, &c.*

AD TITULUM LII.

DE DIVIDENDA TUTELA, ET PRO QUA PARTE QUISQUE TUTORUM CONVENIATUR.

HIC titulus est de divisione administrationis, & actionis tutelæ, & docet pro qua parte actio tutelæ dividatur inter tutores. Dividere trahit secum etiam non dividere, ut facere non facere, id est, ubi de uno tractatur, necesse est, etiam de altero tractari: sicut solet contrariorum esse eadem disciplina. Igitur hæc omnis quæstio, quæ est celeberrima, & admodum necessaria, eo pertinet, ut sciamus, cum plures sint tutores, vel curatores: nam & tutores ad se pertrahunt curatores, pro qua parte in singulos agi possit, & quando in unum ex pluribus in solidum: dividere est agere pro parte in singulos: non dividere est agere in solidum in unum e multis: Quid vero hac de re statuendum sit, paucis dabo. Aut divisa est administratio tutelæ in partes, vel in regiones, vel in provincias, aut indivisa. Si divisa est, aut a testatore, aut a judice divisa est & distributa, aut a tutoribus ipsis inter se. Si divisa est a testatore, vel a judice, actio etiam tutelæ dividetur, ut pro ea tantum parte quisque conveniatur, quæ ei attributa est, non pro parte collegarum, id est, contutorum, nisi dolus ejus, aut culpa arguatur, quod collegam, vel collegas, id est, contutores suspectos non fecerit, eversis jam eorum facultatibus, vel quod lusorie suspectos fecerit, id est, per collusionem prodita causa pupillorum. Hoc enim casu convenietur in solidum, *l.2. §.in divisionem, h.t. l.si duos, D.de adm.tut.* Julianus Antecessor in collectione quadam, quam fecit hac de re, & edita est, sic scribit: *Si divisa sit tutela a testatore, vel judice, unusquisque pro sua administratione tenetur, nisi*

A *forte, cum oportebat contutorem removere ut suspectum, omnino non removit, aut tardius removit.* Sic est legendum apud Julianum. Et hoc si divisa sit tutela a testatore, vel a judice, ut dixi: Sed si ipsi tutores sine judice, & sine præcepto testatoris tutelam inter se diviserint, singuli actione tutelæ in solidum tenentur, perinde atque si inter se administrationem non divisissent, sed tutelam gessissent communiter & indivise, *l.2.h.t.* Quia conventio tutorum non potest dividere officium tutelæ, quod est individuum, nisi id diviserit testator, aut judex. Conventio tutorum non potest dividere administrationis periculum, quod est commune omnium tutorum, *l.3.h.t.* Et generaliter conventio non potest lædere jus alterius, *l.3.ff.de transact.* Ergo & in fraudem pupilli inutilis est divisio administrationis, quam fecere invicem tutores sine judice.
B Et breviter, etiamsi tutores ipsi inter se administrationem diviserint, perinde omnia servantur, atque si communiter tutelam gessissent pro indiviso. Qua de re nunc est dicendum plenius. Satis dictum est de tutela divisa. Dicamus igitur de indivisa. Si indivisa sit tutelæ administratio, vel quod idem est, ut dixi, si ipsi tutores soli inter se divisionem fecerint, quoniam ea divisio non lædit jus pupilli, & quantum ad pupillum irrita inutilisque habetur pro non facta. Hoc ita distinguimus: Aut omnes gesserunt communiter tutelam, aut nulli gesserunt: aut quidam gesserunt, quidam cessarunt. Si omnes gesserunt communiter pro indiviso, vel etiam pro diviso, ut dixi, facta privatim tantum inter eos divisione sine judice, vel si nulli gesserunt, & administrarunt tutelam (nihil interest) singuli actione
C tutelæ tenentur in solidum, & eligere potest pupillus, cum quo experiatur in solidum, cum hac conditione tamen, ut is, quem elegerit, condemnaverit, exegerit, cedat actionibus suis adversus alios, *l.6. §.1.sup.arb.tut. l.2.in pr.h.t.* In hac leg.2. studiosis est omne operæ pretium quæstionis hujus. Hoc autem, ut possit eligere pupillus ex eis, quem conveniat in solidum, omissis ceteris, ita verum est, nisi omnes tutores solvendo fuerint tempore litis contestatæ, quod & Julianus notat in supradicta collectione. Hoc enim casu is, quem elegit pupillus, & convenit in solidum, opposita exceptione potest desiderare, quod omnes collegæ sint solvendo, actionem dividi inter omnes pro virilibus portionibus, vel pro rata ejus, quod quisque gessit, *l.1. §.nunc tractemus, D.de tut. & rat.distr.* Exemplo scilicet fidejussorum plu-
D rium, vel mandatorum, qui ex epistola Adriani notissima etiam omnibus tabellionibus, si omnes solvendo sint tempore litis contestatæ, dividunt inter se actionem pro viribus portionibus, nisi renuntiatum sit beneficio Epistolæ D. Adriani, id est, beneficio divisionis in ipso contractu, quod beneficium divisionis porrexit etiam Justinianus ad omnes correos debendi, *Nov. de duobus reis 99.* Vel etiam si pupillus non eligat unum ex tutoribus, sed cum omnibus agat, & condemnet omnes, periculum sententiæ dividitur inter eos pro virilibus portionibus, id est, actio judicati, *l.2.inf.si plures un.sen. cond.* Et hoc, ubi omnes fuerint solvendo litis contestatæ tempore. Quid si omnes eo tempore solvendo non sint, vel non sufficiant indemnitati pupillo præstandæ? Hoc casu ii, qui non sunt solvendo, onerant idoneos
E tutores, & locupletes, qui sunt pares solvendo. Igitur, si unus tutor sit solvendo, ceteri non solvendo litis contestatæ tempore, ille, qui solvendo est, convenitur in solidum, nec poterit uti beneficio divisionis, *l.2. ff.ex quibus causis ad eund.jud.* Ceterum pupillus ei cedat actionem adversus collegas, *l.ex pluribus, D.de adm.tut.* vel sine cessione dabuntur utiles ex constitutionibus, *d. l.1. §.nunc tract. D.de tut. & rat.dist. l.2. inf.de contr.jud.* Et hoc ita procedit si conveniatur unus in solidum ex communi culpa, vel ex culpa eorum, qui solvendo non sunt: Nam si conveniatur ex dolo communi omnium, vel contumacia omnium, id est, ex cessione omnium improba, ei neque ceduntur actiones directæ convento in solidum, neque dantur utiles adversus collegas, *d. l.1.§. pla-*

plane, *D.de tut.& rat.distr. l.si pluribus*, *D. de adm. tut.* Optima ratione, quia proprii doli, proprii delicti, propriæ contumaciæ pœnam tulit, quæ res indignum eum facit, ut quidquam consequatur a ceteris doli ejusdem, aut contumaciæ participibus, quia nulla est societas maleficiorum, nulla justa communicatio damni ex delicto. Ad hæc notandum est, non statim onerari tutorem idoneum propter non idoneum, quoniam prius excutiendus est is, qui dicitur non idoneus, vel heres ejus, & fidejussor ejus, & tandem magistratus municipalis, qui eum dedit non exacta satisdatione, *l.Luc. §.penult. D.de adm. tut.* Et si ab iis personis pupillus suum servare non possit: tum demum venit ad contutorem idoneum, eumque exigit in solidum. Et unus tantum casus est, quo contutor idoneus statim convenitur in solidum propter non idoneum, excusso magistratu municipali, si tutor idoneus ob hoc conveniatur, quod collegam suspectum facere, vel ab eo satisdationem exigere supersederit, *l.2. & 5. D.de mag.con.* Et hæc est sententia *l.1. §.usque adeo*, *D.de tut.& rat.distr.* Ubi potius est legendum, *si non sint solvendo contutores*. Et ita vulgo legunt Latini Græcique perspicue, rectius quam sit scriptum in Florentinis, & in illa collectione Juliani detracta negatione: Nam in Florent. est manifesta trajectio negationis e suo loco in alium, quandoquidem in eo *§.usque adeo*, vulgo omnes Græci, & Latini, & Julianus ipse legunt, *si contutor ob hoc conveniatur, quod suspectum facere, aut satis exigere noluit*, ut scilicet hoc casu prius conveniatur, quam magistratus municipalis. Et hanc sententiam asserit etiam fortiter Hugolinus, ut cum in Florent. sit scriptum, *si non contutor ob hoc*, *&c.* appareat eo loco abundare negationem, quæ in eodem exemplari paulo ante desideratur, illo loco; *si sint solvendo contutores*, manifesta trajectione negationis; Nunc videamus quoniam ille articulus explicitus est, si omnes gesserunt pro diviso ex privata conventione, vel si nulli gesserunt: videamus & quæramus quid sit dicendum de altero articulo, si quidam gesserint tutelam, & quidam cessaverint. Et jus ita est, ut conveniantur prius, qui gesserint, si solvendo fuerint tempore finitæ tutelæ, *l.6. sup.titul.proxim. l.3. h.t. l.2. inf.de hered.tut. l.1. inf.si tut. vel cur.reip. causa abs.* Satis est si tempore finitæ tutelæ, qui eam gesserunt, solvendo fuerint, ut ceteri, qui non gesserunt omnino liberentur: nam si post finitam tutelam fiunt non solvendo, hoc non onerat ceteros, qui nihil gesserunt, sed cedit periculo minoris ipsius, aut curatoris, qui tutelæ rationes in tempore non exegerunt, *l.1. h.t.* Si vero solvendo non sint, qui gesserunt tutelam tempore finitæ tutelæ, neque fidejussores eorum, neque magistratus municipales, qui eos dederunt non exacta satisdatione, tum conveniuntur utili actione tutelæ qui non gesserunt, quia suo periculo cessaverunt, *l.4. §.1. D.rem pupil. sal. for. l. tres tutores*, *D.de adm.tut.* Verum hic ordo conveniendi tutoris non servatur in eo, quod ex communi dolo periit pupillo: ex hac enim causa cum quo libuerit pupillo congredi licet, *l.2. inf.si tutor*, *vel cur. non gess. l. tutores*, *§.in eum*, *D.de adm.tut.* Servatur tamen is ordo si quid periit culpa levi omnium, ut etiam Julianus scribit in illa collectione. Et placet etiam, quod ibidem Julianus notat, etiam eum videri non administrasse tutelam, qui rem aliquam, aut partem, de qua agitur, non attigit, etiamsi alias res attigerit, quia quantum ad eam rem verum est eum non gessisse, non se miscuisse administrationi. Et hoc etiam comprobat lex 2. *D.de magist. conveniendis.*

AD TITULUM LIII.
DE IN LITEM JURANDO.

HIC titulus 53. *est de jurejurando in litem*, quod in arbitrio tutelæ defertur adolescenti, vel curatori ejus, & curatori volenti, non invito, *l.1. & 2. h.t.* Et nihil aliud est jusjurandum

A in litem, quam æstimatio religiosa ejus rei, de qua agit adolescens, vel pupilli, adolescentisve tutor, aut curator adversus tutorem, aut curatorem, aut brevius, jusjurandum in litem est pretium, quod juratus rei suæ ponit atque constituit is, qui agit tutelæ, vel utili negotiorum gestorum ex curationis causa. *Litem* enim dicimus rem in judicium deductam, vel id quod interest. Est igitur jusjurandum in rem æstimandam, qua de agitur. Dubitabant veteres *rem*, an *litem* dici oporteret: hodie promiscue dicimus *rem*, vel *litem*, ut in 12.*tab.* rei, vel litis arbitros tres danto; jusjurandum ergo in litem est, quo æstimatur lis, id est, id quod interest, sive res de qua agitur, quod idem est. Hæc vero res, quæ in judicium deducta est, aut æstimatur a judice vero & justo pretio, videlicet si dolus, & contumacia, vel lata culpa ejus unde petitur B nulla arguatur, *l.2. in fi. h.t.* cum judex æstimat rem in judicium deductam, vero pretio æstimat id quod interest, vel ea res æstimatur ab actore jurato, si dolo adversarii, vel lata culpa res, qua de agitur, non restituatur, vel non exhibeatur: utroque genere, id est, sive æstimet rem judex, sive petitor juratus, fit vera venditio rei, sive litis. Litis æstimatio venditio est, sed priore genere, id est, æstimante judice, fit justo pretio: posteriore genere, id est, æstimante domino litis, fit etiam injusto & immenso coercendi adversarii gratia ob dolum ejus, vel latam culpam, quæ vulgo præsumitur esse dolo proxima, ac pene dolus, vel ob ejus contumaciam, id est, cessationem in administranda tutela, quæ etiam nihil aliud est, quam dolus malus, & fraus, *l.si plures*, *D.de admin.tut. l.2. h.t.* in qua, ut hoc admoneam, illo loco, C *dolo*, *vel circumveniendi pupilli gratia*, omnino delendus est ille articulus, *vel*, ut sit, *dolo circumveniendi pupilli gratia*, quod est perspicue verum. Igitur judex æstimandæ litis gratia, ei, qui agit tutelæ, vel utili negotiorum gestorum, defert jusjurandum ob dolum tantum, vel latam culpam tutoris, aut curatoris. Et quantum actor juratus rem, sive litem æstimaverit, in tantum judex plerunque condemnat reum, *l.1. 2. & 3. h.t.* Id vero nunquam defertur ob levem culpam tutoris, vel curatoris, sed ipse judex facit pretium verum & justum, quod probat apertissime *l.videamus*, *in fi.* quæ tota est de actione tutelæ, *ff.de in lit.jur.* Et vehementer errant vulgo qui æstimant ob levem culpam in tutorem deferri jusjurandum in litem, hoc enim nullo modo probat *lex 4. h.t.* ex quo duxerunt istum errorem, ac si diceret, alio jure esse tutoD rem, alio heredem tutoris, quod etiam ob levem culpam in tutorem juretur in litem, in heredem autem tutoris ob dolum tantum, vel latam culpam. Quæ differentia falsissima est, & longe alia mens hujus *l.4.* videlicet in tutorem jurari in litem, si inventarium, ceteraque instrumenta pupillaria non exhibeat. Item si inventarium nolit facere, *l.tutor 7. ff.de administ.tut.* Item si rem pupilli restituere nolit finita tutela, *l.tutor*, *D.de in lit.jur.* quia hæc omnia dolo malo facit, & fraudulenter. Ex dolo igitur tutoris, vel lata culpa, quæ & ipsa dolus est, in tutorem actori deferri jusjurandum in litem: In heredem autem tutoris conventum actione tutelæ, ex dolo, vel lata culpa tutoris non deferri jusjurandum in litem, nisi lis fuerit contestata cum defuncto, sed ex dolo proprio tantum ipsius heredis, vel ex lata culpa ipsius heredis E propria, *l.1.2. & 5. h.t. l.4. §.1. D.de fidejus.tut.* Et hæc est elegantissima sententia *l.4. h.t.* non illa, quam referunt: Et notandum quod dixi, contra heredem tutoris conventum actione tutelæ ex dolo tutoris non jurari in litem, non dixi, heredem non teneri actione tutelæ ex dolo, vel lata culpa tutoris: sed in eum non jurari in litem, nisi ex proprio dolo, non ex defuncti dolo. Nam certum est, heredem ex dolo, vel lata culpa tutoris teneri actione tutelæ in solidum, id est, etiamsi ex dolo defuncti nihil ad eum pervenerit, *l.ex depositi*, *& l.ex contractibus*, *ff.de obligat. l.ult. ff.de fidejussor.tut.* Et generaliter heres quicunque, ut ex illis locis apparet, tenetur ex delicto defuncti, id est, ex dolo, actione ex contractu, non actione ex delicto: & si heres defuncti tutoris tenetur actio-

actione tutelæ ex dolo defuncti, vel lata culpa, id est ex delicto, & multo magis ex levi culpa, id est, ex cessatione, & negligentia qualibet tutoris, ut *l. 2. & 4. tit. seq. l.4. de magist. conven.* in quo etiam peccant vulgo, dum existimant heredem teneri ex dolo, vel lata culpa defuncti tutoris, non ex levi, quod est absurdum. Hoc enim est perinde ac si diceres, heredem non teneri ex contractu defuncti, nisi ex causa doli, aut latæ culpæ, non si dolus, aut lata culpa abfuerit. Notantur ergo a me duo vulgares errores. Unus, ut in tutorem juretur in litem ob levem culpam, male percepta *l.4. hoc tit.* Alius ut heres tutoris non teneatur ex levi culpa defuncti, qui tenetur ex delicto defuncti. Qui duo errores sunt maximi. Sed notandum ad hæc maxime, heredem tutoris (quod de herede cujuscumque dici potest) non teneri ex omni dolo, vel lata culpa tutoris, ut declarat *l. 1. tit. seq.* sed ex eo tantum dolo, qui damnum, & deminutionem attulit rebus pupilli, qui deminuit patrimonium pupilli, qui spoliavit pupillum, ut inquit *l. 1. tit. seq.* si quid tutor lucratus sit ex damno pupilli, si intercepit pecuniam pupilli, si quid deprædatus est, si grassatus est in re pupillari, licet ex eo dolo nihil ad heredem pervenerit tutoris, tamen id damnum debere præstare pupillo in solidum. Idem etiam erit, si quid alter lucratus sit ex damno pupilli, per gratiam tutoris, *par la faveur du tuteur*, veluti re pupilli alteri vendita viliore pretio, ut in *l. 6. sup. arb.tut.* quæ gratia adscribitur latæ culpæ, *l. si procuratorem*, §. *ult. D. mand.* Et lata culpa præsumitur semper esse dolus: lata culpa est dolus præsumptus, non omnino evidens, *l. quod Nerva, ff. depos.* Ex iis igitur causis, quibus minuitur res pupilli, aut deterior fit dolo, vel lata culpa tutoris: heres ejus tenetur actione tutelæ in solidum, etiamsi nihil ad eum pervenerit, non temere ex aliis caussis, aut ex quolibet alio dolo. Et rectissime, ut memini me docere obser. 13. Græci in *Basil. in l. 1. tit. seq.* detracta negatione affirmate legunt hoc modo: *heredes tutorum ob negligentiam, quæ latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet:* denique Basilica manifeste ostendunt esse legendum in *l. 1. h. tit. quæ latæ culpæ*, detracta negatione, ut sit hæc sententia, heredem tutelæ teneri in solidum ex dolo, vel lata culpa tutoris, qua deminuta est res pupilli, vel deterior effecta in lucrum tutoris, vel alterius per gratiam tutoris: non teneri ex alio quocunque dolo, nisi lis fuerit cum defuncto contestata. Qui existimabant heredem tutoris non teneri ex levi culpa tutoris (quod est iniquum) junxerunt negationem in illa *l. 1.* & etiam in *l. 2. inf. de magn. con.* Et ita hæc interpretatio, fidaque correctio *l. 1. tit. seq.* quam summe notandam censeo, atque retinendam, patefacit perspicue jam quid sit, quod ait Justinian. *in §. aliquando, Instit. de perpet. & temp. act.* aliquando actionem ex contractibus non dari in heredem, ut puta si defunctus dolose versatus sit, & nihil ex eo dolo ad heredem pervenerit. Sciendum est duas esse regulas juris. Actione ex delicto pœnali ob dolum defuncti non teneri heredem, nisi quatenus ad eum pervenerit ex delicto defuncti. Altera regula hæc est: Ex dolo defuncti, ex actione ex contractu defuncti, licet in eo versetur dolus, ob dolum defuncti, vel latam culpam heredem teneri, etiam si nihil ad eum pervenerit ex eo dolo defuncti. Sed posteriori additur exceptio in *d. §. aliquando*, dum ait: Aliquando ex contractu in heredem non dari actionem, si nihil ad eum pervenerit ob dolum malum defuncti. Quando vero hoc fiat, docet *l. 1. tit. seq.* Si dolus defuncti rebus actoris diminutionem non attulerit, heres non tenetur ob eum defuncti dolum, damno tantum sarciendo obnoxius est, quod intulit defunctus alteri dolo malo, vel lata culpa: Nam ut refutemus aliorum interpretationes *ad §. aliquando*, & probabiles tantum (nam aliæ sunt solo contemptu & silentio dignæ, ut explicent hunc §. *aliquando*) putant excipi in illo §. interdictum de precario, propterea quod in *l. quæsitum in fin. D. de prec.* dicitur, interdicto de precario ex dolo defuncti heredem teneri hactenus, quatenus ad eum pervenit. Ergo non teneri si nihil pervenit. Et interim non afferunt rationem, cur hoc sit speciale in precario, nec possunt adferre. Sed facile nimis capti sunt illis verbis *leg. quæsitum*, heredem teneri, ex dolo scilicet defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit. Nam ideo non sequitur, quin etiam teneatur ultra id, quod pervenit, id est, in id, quod non pervenit ad se, sed ad alium dolo defuncti, si quid lucratus sit reus, vel alter ejus beneficio & gratia ex damno actoris: etenim *l. 4. inf. tit. seq.* dicitur, heredem tutoris teneri in id, quod pervenit. Unde jam patefit vitiose colligi, non teneri etiam eum in id, quod non pervenit, si dolus defuncti rem actoris diminuerit, vel dilapidaverit malo more & improbato. Alii vero etiam male existimant *in eo §. aliquando* excipi actionem specialem depositi, de eo, quod depositum est in tumultu, aut ruina ædium, aut incendio, aut naufragio, in trepidatione quadam, & consternatione mentis. Nam & actio depositi ex his quatuor causis, tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, est pœnalis actio in duplum, in quam venit dolus depositarii, vel heredis ejus proprius dolus. Nam ex hac causa, ex dolo defuncti heres non tenetur in duplum actione depositi. Hoc etiam exemplum non est accommodatum ad §. *aliquando*, neque conveniens. Nam actio depositi potius videtur esse ex delicto, quam ex contractu, cum & sit pœnalis in duplum. Et idcirco secundum priorem regulam, hac actione non tenetur heres ex dolo defuncti, sed ex dolo proprio tantum, ut in §. *plane si, Instit. de action.*

AD TITULUM LIV.

DE HEREDIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

QUOD dixit supra tit. generali, scilicet arbitrium tutelæ, id est, tutelæ actionem dari heredi, & in heredem, *l. pen.* id specialiter exsequitur in hoc tit. Cur specialiter? Quia alio jure est actio tutelæ, quæ datur heredi, & in heredem, & alio jure actio tutelæ, quæ datur tutori, & in tutorem. Ac primum occupavit in tit. superiori *l. 4.* indicare unam differentiam, quod scilicet ex dolo adversus tutorem juretur in litem, sed non adversus heredem, nisi lis fuerit contestata cum defuncto. Addantur etiam aliæ duæ differentiæ. Actio tutelæ, quæ heredi pupilli competit, non est privilegiaria; pupillus habet privilegium personale, & privilegium tacitæ hypothecæ, heres ejus non habet, *l. ex pluribus, de adm. tut. l. dabimus, D. de reb. auct. jud. poss. l. 1. §. idem principes, D. ad leg. Cor. de fals.* Ergo non est eadem actio tutelæ, nec eodem jure est, qua pupillus agit: & actio tutelæ, qua heres pupilli agit: altera est privilegiaria, altera non est privilegiaria. Et rursum actio tutelæ, quæ in tutorem datur, famosa est, non qua agitur in heredem tutoris, *l. furti, §. si quis alieno, & §. penult. D. de his qui not. inf.* In hoc autem proposito heredem, vel heredes accipimus in infinitum, ut contineantur etiam heredes heredum, quod in tit. sup. ostendit l. 2.

AD TITULUM LV.

SI TUTOR, VEL CURATOR NON GESSERIT.

DAT tit. *Si tut. non gess.* ut resumat quod dixit in tit. generali *arb. tut. l. 6.* etiam eum, qui non gessit tutelam teneri arbitrio tutelæ, utili scilicet non directo, & excusso eo prius atque convento qui gessit, ut in *l. 2. hoc tit.* in prima parte *l. 8. sup. de admin. tut. l. 3. sup. de div. tut.* & ut doceat specialiter cessationis rationem esse reddendam, etiamsi non defuerint, qui gererent tutelam, ut ait *l. 2. sup. tit. proximo.* Si nemo gessit tutelam, quia non apparet quis sit prior,

quis posterior, quisve ordo in eis conveniendis sit servandus, cum sit omnium contumacia par, vel culpa lata, perinde omnes tenentur, atque si communiter tutelam indivisam administrassent, *l. 2. h. t.* in secunda parte, quod a me latius explicatum est in *tit. de div. tut.* Ubi alii gesserunt, alii non gesserunt, si forte, qui gesserunt, solvendo non sint, convenientur qui non gesserunt, vel culpæ nomine, quod contutores suspectos non fecerint, *l. 2. tit. seq. & d. l. 6. sup. arb. tut.* Vel si is, qui tutelam administravit, qui tutelam gessit, solus patronus sit ceterorum contutorum, ut non possit postulantibus collegis suis libertis accusari suspecti, ob dolum & fraudem, quod actio suspicionis sit famosa, quam unusquisque intendit suo nomine, & quasi publico nomine, quia quasi publica actio est, quod pateat omnibus, hoc pietatis officium pupillo præstare paratis, *l. 1. §. consequens, D. de susp. tut.* In patronum igitur contutorem ceteri non possunt movere suspecti actionem famosam, quia liberto in patronum nulla est actio famosa, *l. 1. hoc tit.* ex qua sumpta est *l. 1. sup. de obseq. pat. præst.* Quid igitur fiet hoc casu. Si ceteri tutores, qui tutelam non gesserunt, eum, qui gessit, quod patronus esset, non potuerunt postulare suspecti, an culpabuntur? sic sane, non quod suspectum contutorem non fecerunt (nec enim poterant) sed quod curatorem ei adjungi non postularunt, vel alio remedio non prospexerunt rebus pupilli, quas patronus male administravit, *l. 1. hoc tit. & arg. l. si tutor, D. de susp. tut.*

AD TITULUM LVI.

DE USURIS PUPILLARIBUS.

ETIAM hoc tit. specialiter resumit, quod attigit *tit. generali arb. tut. l. 3.* Videlicet in arbitrium tutelæ venire usuras pecuniæ pupillaris, quam tutor in usus suos convertit, & usuras legitimas, id est, centesimas, quibus nullæ possunt esse majores, secundum leges, *au denier huict & un tiers*, quod etiam constitutionibus regiis comprobatum est, *douze pour cent*, *l. 1. hoc tit.* quæ hoc dicit, venire usuram centesimam in actionem tutelæ, ejus pecuniæ, quam tutor convertit in usus suos. Veniunt etiam usuræ centesimæ in eandem actionem, si tutor negaverit pecuniam pupillarem ad alendum pupillum penes se esse, & in mendacio convictus fuerit. Item eædem usuræ veniunt, quæ sunt maximæ usuræ, & gravissimæ, si tutor neglexerit præceptum prætoris de pecunia pupillari deponenda, vel si tardius ei obtemperaverit. Item si a debitoribus pupilli centesimas usuras exegerit. Item si tutor dum negat aliquam pecuniam penes se esse falso, compulerit pupillos ad sua onera expedienda mutuam pecuniam sumere sub usuris centesimis. Ex his causis usuræ pupillares sunt centesimæ, *l. 7. §. quæ autem, D. de administr. tutor. l. qui sine, D. de neg. gest.* Ex ceteris causis ejus, quod tutor debet ex administratione, in arbitrium tutelæ secundum morem regionis veniunt usuræ trientes, vel quincunces, ut ait dictus *§. quæ autem*, id est, *au deneir vingt*, vel trientes, id est, *au denier vingt & cinq*, vel si quæ aliæ leviores in provincia frequentantur. Nam exceptis causis, ex quibus veniunt usuræ maximæ, id est, centesimæ, in aliis ad usuras exigendas, vel in usuris exigendis servamus morem regionis, modo non excedat modum legitimum, *l. 1. in princip. D. de usuris.* Hæ sunt pupillares usuræ, id est, quæ veniunt in arbitrium tutelæ, vel in actionem utilem negotiorum gestorum. Nam quæ de tutoribus dicimus, pertinent etiam ad curatores. Veniunt autem hæ usuræ non tantum, si tutor ex sua persona conveniatur: sed etiam ex persona contutoris, quod eum suspectum non fecerit, vel quod ubi opus fuit, satis ab eo non exegerit, *d. l. 7. §. penult. l. 2. hujus tit.* Et veniunt usque in diem sententiæ, sive condemnationis, vel si tutela sit reddita sine judice, *sans procez*, in diem redditæ tutelæ, *les usures courent jusques-là*, *d. l. 7. §. ult. & l. 1. D. de usur.* Et ex die veniunt, qua tutor ex administratione cœpit esse debitor ipso jure, sine mora, quæ fiat in personam, sine interpellatione, quia favore pupillorum ex constitutione Severi mora ejus fit in rem, sive ipso jure, *l. cum vero, §. apparet, D. de fideicommiss. lib.* quæ constitutio Severi significatur articulo hodie in *d. l. 1. de usur.* Ad hæc duo notanda sunt, in arbitrium tamen tutelæ non venire otiosæ pecuniæ pupillares usuras, id est, quam tutor non habuit, cui fœneraret, vel ex qua non habuit prædia idonea, quæ compararet, tunc enim ea pecunia vacat pupillo, & sterilescit, *l. 3. hujus tit. l. cum plures, §. ult. D. de administr. tutor.* Postremo notandum est, impediri cursum usurarum pupillarium, quas tutor debuit, si per eum non steterit, quo minus tutelam restituerit, *l. 4. hujus tit.* Nam, ut non impeditur petitio sortis, quod debitor usuras solvere paratus sit, *l. ult. §. ul. sup. de jure dot.* nisi aliud convenerit, puta, ut donec usuræ solverentur, sors non exigeretur, *l. 4. §. ult. D. de pact.* Ita quoque non impeditur liberatio usurarum, quod creditor non agat, quod pupillus tutelæ non agat: si modo tutor ei sæpius denutiaverit, & postremo apud acta jus dicentis protestatus sit, se paratum esse parem rationem cum pupillo facere, quæ est sententia *l. 4. hujus tit.* valde notanda, quia non desiderat oblationem pecuniæ, oblationem reliquorum, & obsignationem. Unde notandi sunt duo modi, quibus inhiberi potest cursus usurarum pupillarium. Unus est in *l. 1. inf. D. de usuris, l. tutor pro pupillo, §. 1. D. de administr. tut.* Alter modus hic est, qui proponitur in *hac l. 4.* si frequenter denuntiet pupillo tutor, ut accipiat rationes tutelæ, & tandem apud acta contestetur, se paratum esse restituere tutelam. Hoc sufficit ad inhibendum cursum usurarum, etiamsi pecuniæ obsignatio, vel depositio non intervenerit. Denique oblatio illa iterata sæpius, & ad extremum prodita actis atque insinuata absolvit usuris pupillaribus.

AD TITULUM LVII.

DE FIDEJUSSORIBUS TUTORUM, VEL CURATORUM.

HIC titul. ostendit, non tantum tutorem teneri actione tutelæ, sed & fidejussores ejus actione ex stipulatu, qui & ipse fidejussor nomine usurarum pupillarium tenetur, quia rei locum obtinet, *l. si postea, D. rem pup. salv. fore.* Et adolescens eligere potest cum quo agat de tutela, cum ipso tutore, vel cum fidejussore ejus, vel etiam potest dividere actionem, & partem petere a tutore, partem a fidejussore tutoris, non etiam solidum a tutore, & solidum etiam a fidejussore, ne bis idem consequatur, *l. 1. hoc tit. l. pupillus, D. eod. tit. l. reos, inf. de fidejuss. l. 3. §. 1. D. de duobus reis, l. grege, §. etiam, D. de pign.* Et hoc secundum jus vetus, quod obtinuit ante Nov. Just. *de fidejuss.* quæ creditoribus quibuscunque ademit istam electionem, & vult prius excuti reum principalem, quam fidejussorem. Qua de causa duæ constitutiones hujus tit. quæ loquuntur de ista electione non sunt positæ in Basil. quia erat sublata electio a Justiniano. Et quia satis explicata est *lex 1.* videamus alteram, in qua quæritur, an electo tutore liberetur fidejussor, electo, inquam, & condemnato, & solvente sortem forte duntaxat, nec etiam satisfaciente ad solvendas usuras pupillares, & cetera arbitrii tutelæ? An & cetera integrum est pupillo reposcere a fidejussore tutoris, qui elegit reum? Denique reo electo an omnino liberetur fidejussor? Et valde notanda est distinctio *l. 2.* quia potest esse usui in multis partibus juris. Aut fidejussor acceptus est simpliciter in id, quod tutor debiturus esset: & tunc electo reo, & damnato, & nonnihil solvente, puta solvente sortem, fidejussor liberatur, quia non videtur in omnem causam intercessisse. Aut promisit generali-

raliter rem pupilli ſalvam fore, vel indemnem pupillum fore: aut præſtari etiam id, quod a tutore ſervari non poſſit: Et his modis fidejuſſor ſe videtur obligaſſe in omnem cauſam, & electo reo, & ſolvente ſortem tantum, nihilominus tenetur fidejuſſor ad ſolvendas uſuras, quas reus per inopiam ſolvere nequit, & omnino ad ſupplendam pupillo indemnitatem. Et hoc vult *l.* 2. quod confirmatur *l. fidejuſſ. inf. de fidejuſſ. & l. initio, ſup. de pact. int. empt. & vend. & l. quæro, D. loc.*

AD TITULUM LVIII.

DE CONTRARIO JUDICIO TUTELÆ.

CUM de judicio tutelæ directo ſupra dictum ſit ſatis, quod pupillo competit: ad contrarium veniendum eſt, quod tutori in pupillum datur finita tutela. In hoc judicio tutelæ contrario venit quod tutor de ſuo impendit in rem pupilli, *l. 3. hoc tit.* vel quod ei pupillus debuit ex cauſa præcedente tutelam, veluti ex contractu paterno, *l. 2. ſup. de in lit. dand. tut.* Quod autem venit in contrarium judicium tutelæ, id etiam tutor, ſi cum eo agatur directo judicio, poteſt conſequi jure compenſationis, *l. 3. hoc t. d. l. 2. ſup. de in lit. dand. tut.* Illud notandum eſt, in contrarium judicium tutelæ non venire, ut tutori, qui ſolvit pro contutore ſuo convento, & condemnato in ſolidum, pupillus cedat actiones ſuas adverſus contutorem condemnatum, quia poſt ſolutionem exſtinta tutelæ obligatione, nulla pupillo actio ſupereſt, quam cedere poſſit, ſed is, qui ſolvit pro contutore condemnato, habet in eum actionem negotiorum geſtorum: poſt ſolutionem, ut dixi, fruſtra deſideraretur ceſſio actionis a pupillo, quia ſolutio actionem pupilli peremit: ante ſolutionem recte deſideraretur, recte ſcilicet pupillus cederet actiones ſuas tutori, qui id omne, quod ex tutela ſua debetur, paratus eſt ſolvere pro collegis. Itemque valeret ceſſio poſt ſolutionem uno caſu, ſi in ipſa ſolutione pactus ſit tutor, qui ſolvit pro collegis, ut ſibi cedantur actiones adverſus collegas ſuos, quia hoc modo videtur emiſſe actionem pupilli adverſus collegas ſuos, *l. Modeſt. ff. de ſol. l. cum is, ff. de fidejuſſ.* Itaque ceſſio redemptæ actionis valet, ut tranſactio mandatum, qua veluti mandato emptor ſit procurator in rem ſuam, *l. 1. hoc tit.* vel etiam emptori actionis, ſive nominis ſine ceſſione, id eſt, etiamſi non ſit factus procurator in rem ſuam, competit in collegas utilis actio tutelæ, quaſi ex ceſſione præſumpta, *l. 1. ſup. de obl. & act.* Sicut tutore condemnato, & ſolvente ex communi culpa, vel ex culpa collegarum, ei cedendæ ſunt actiones adverſus collegas, quod condemnatus conſequitur in actione judicati per exceptionem doli mali, vel ſine ceſſione ei dantur utiles ex conſtitutionibus, *l. ex pluribus, ff. de admin. tut. l. 1. §. nunc tractemus, ff. de tut. & rat. diſtr.* Quod utique verum eſt, etiamſi ex communi culpa, vel ex culpa collegarum tutor abſens, & indefenſus condemnatus ſit poſt litem cum eo conteſtatam, quæ ſententia valet, lata ſcilicet in abſentem, & indefenſum, qui litem conteſtatus fuerat, *l. ult. inf. quomodo, & quando jud.* Si, inquam, ita abſens condemnatus bonam fidem agnoſcens ſententiæ acquieverit, id eſt, non appellaverit, ſed ſolverit, & fecerit judicatum, quæ eſt ſententia *l. 2. hoc tit.* Et dixi recte *ex leg. 2.* ex communi culpa. Nam ſi unus ex tutoribus damnatus ſit ex propria culpa: nulla ei actio poteſt eſſe in contutores, neque item, ſi ex communi dolo, *l. ſi plures, ff. de adm. tutor. l. 1. §. plane, ff. de tut. & rat. diſtr.* quod expoſuimus etiam in *tit. de divid. tut.* neque item, ſi ſuo nomine ſolverit, *l. ut fidejuſſor, D. de fidejuſſ. & l. cum alter, inf. de fidejuſſ.*

A

AD TITULUM LIX.

DE AUCTORITATE PRÆSTANDA.

EXPLICATIS actionibus, quæ ex adminiſtratione negotiorum pupillarium naſcuntur, datur *tit. de auctoritate præſtanda*, quoniam veteres auctoritatem ſeparabant ab adminiſtratione negotorium, ut Ulpian. *lib. regul. tit de tut.* dum ait, pupillorum, & pupillarum tutores, & negotia adminiſtrare, & auctoritatem interponere pupillis aliquid gerentibus: mulierum autem puberum tutores, quæ ante legem Clau-
B diam erant in perpetua tutela, auctoritatem duntaxat interponere, non etiam gerere negotia mulierum. Et tamen de auctoritate præſtita, vel non præſtita, ubi oportuit, non minus, quam de adminiſtratione tutor rationem reddit judicio tutelæ, *l. ſi tutor, D. de auct. tut.* Et, quod notandum, receptum eſt, ut ſine auctoritate tutoris pupillus tutori obligetur judicio contrario tutelæ, *l. 1. D. de contr. act. tut.* quamvis aliis non obligetur pupillus ſine tutoris auctoritate, niſi in quantum locupletior factus eſt ex D. Pii conſtitutione, *l. 1. D. de auct. tut.* Cum tamen alios ſibi pupillus obliget recte, etiam ſine auctoritate tutoris, *l. 1. hoc tit.* quæ ſumpta eſt ex *l. neque, inf. de contrah. ſtip.* Namque placuit generaliter, pupillum meliorem ſuam conditionem facere poſſe ſine tutoris auctoritate, non etiam deteriorem. Sunt autem in hoc tit. duæ
C Juſtin. conſtitutiones novæ, quibus jus vetus abrogatur maxime notandæ. Una eſt in *l. 4.* ut non tantum in civilibus, ſed etiam in criminalibus cauſis minoribus ſit neceſſaria auctoritas tutoris, ut inutile ſit, & irritum etiam criminale judicium, ſi tutor, vel curator minori non adfuerit, vel accuſatori minori, vel reo. Et inde in *l. 2. §. pupillis, D. de accuſ.* pupillo licet exequi judicio publico mortem patris, vel avi ſui ex conſilio tutorum. Jure autem veteri, ſicut cum ſervis nulla erat actio civilis, *l. ſervus, ſup. de jud. l. cum ſervo, D. de reg. jur.* erat tamen cum ſervo criminale judicium, *l. hos accuſare, §. omnibus, D. de accuſ.* Ita cum minoribus non erat actio civilis ſine tutoris, aut curatoris auctoritate, erat tamen criminalis ſine tutoris auctoritate, quod mutat hæc *lex* 4. Altera conſtitutio eſt in *l. 5.* ut ſcilicet ſi plures ſint tutores, in omni re unius
D auctoritas ſufficiat, qua comprobetur, & corroboretur quod cum pupillo agitur, præterquam ſi pupillus detur alteri in adoptionem, quod hodie jure fit adhibita auctoritate omnium tutorum, vel curatorum ex conſtitutione Antonini, *l. 8. l. 17. §. 1. D. de adop.* Merito excepit hanc rem *l. 5.* ne ſit in poteſtate unius tutoris finire tutelam. Finitur enim tutela adoptione pupilli, cum per adoptionem deſinat eſſe liberum caput. Ergo hoc caſu excepto, ſi plures ſunt tutores, ex conſtitutione Juſtiniani indiſtincte, quoque modo, aut jure acceſſerint ad tutelam, in omnibus cauſis unius auctoritas ſufficit, ſi indiviſa ſit tutela, ſi diviſa ſit in partes bonorum, vel in regiones, & provincias, oportet quemque in ſua provincia auctoritatem interponere, nec miſcere ſe negotiis alterius provinciæ commiſſis alteri per diviſio-
E nem tutelæ. Quod ita accipiendum eſt, ut ſi tamen unius provinciæ ſint plures tutores, unius auctoritas ſufficiat ex illis, quibus attributa eſt illa provincia, non ex alia provincia. Nam etſi lis, ſi qua movetur pupillo, vel a pupillo, omnibus denuntianda, vel ab omnibus qui in ea provincia tutelam gerunt, *l. 2. inf. ſi ex plur. tut.* tamen poſt denuntiationem, vel unius provinciæ uno tutore auctore judicium peragi poteſt. Hac conſtitutione Juſtinianus ſuſtulit veterem differentiam tutorum inter ſe, quæ olim obtinebat. Nam olim ſi plures erant tutores teſtamentarii, vel dati ex inquiſitione, unius auctoritas ſufficiebat, licet denuntiare litem ſolemniter omnibus oporteret, ut aperte oſtendit *l. 1. C. Theod. de denunt.* Sed ſi plures erant tutores legitimi,

vel

vel dati ſine inquiſitione, unius auctoritas non ſufficiebat, ſed omnes in omni re auctoritatem pupillis ſuis præſtare oportebat, vel curatores omnes ſuis adoleſcentibus, Ulp. *lib. reg. tit. de tut. Si plures*, inquit, *tutores ſunt, omnes in omni re debent auctoritatem accommodare, præter eos, qui teſtamento dati ſunt:* nam ex his unius auctoritas ſufficit: quibus adjunguntur etiam dati ex inquiſitione. Et ita M. Tullius *pro Flacco: Nihil de tutela legitima ſine tutorum omnium auctoritate deminui poteſt*. Sed hanc differentiam abrogat Juſtinianus in hac *l. ult.* Et vult ut ſit eadem hac in re conditio, & cauſa omnium tutorum, & ut ſcilicet in omnibus cauſis, excepta ſola cauſa adrogationis pupilli, unius auctoritas tutoris ſufficiat. Et notandum eſt valde, quod ait, *in hoc caſu, non abſimiles eſſe teſtamentariis, & datis per inquiſitionem legitimos, & ſimpliciter datos*. Et ſequitur, *eo quod fidejuſſionis onere prægravantur, & ſubſidiariæ actionis adminiculum ſperatur*. Explicat cur dixerit, non eſſe differentiam inter tutores in hoc caſu tantum, eo quod in aliis caſibus eſt differentia inter tutores, duobus nempe, primum in onere fidejuſſionis rem pupilli ſalvam fore, quod ſubeunt legitimi, & dati ſine inquiſitione, non teſtamentarii, & dati ex inquiſitione, *l. penult. ſup. de tut. & tur. qui ſat. non ded.* Deinde inter eos differentia eſt in ſpe ſubſidiariæ actionis. Subſidiariam actionem vocat actionem in factum, quæ datur in magiſtratum municipalem ad extremum, ubi non poteſt alio remedio pupillus a tutoribus ſuum conſervare, vel curatoribus, videlicet ſi magiſtratus municipales non idoneum fidejuſſorem dederint, non exacta ſatiſdatione, ex oratione Trajani: de qua actione eſt *tit. ult. hoc libro*. Et merito ultimus, quia ultimum hoc eſt remedium, quod competit pupillo rei ſuæ ſervandæ gratia, ultima actio, id eſt, ſubſidiaria. Hæc vero actio non pertinet ad teſtamentarios tutores, vel datos ex inquiſitione, ſed tantum pertinet ad legitimos, vel datos ſine inquiſitione, a quibus magiſtratus municipalis ſatis non exegit. Et ita mens Juſtiniani hoc loco eſt, ut his caſibus probet, non eſſe idem jus tutorum: ſed in propoſito caſu, an unius tutoris auctoritas ſufficiat, idem jus eſſe omnium indiſtincte. Auctoritas eſt voluntas, ſuaſio, conſilium, conſenſus, approbatio tutoris expreſſa. Neceſſe eſt, ut auctoretur expreſſim dicens, ſe auctorem eſſe, ſe aſſentiri pupillo contrahenti, vel litiganti. Nam ſola præſentia corporalis tutoris non ſufficit, nec habetur taciturnitas pro conſenſu. Denique auctoritas eſt approbatio tutoris expreſſa, quæ interponitur in ipſo negotio pupilli, vel perfecto negotio, *l. ſi quis mihi, §. juſſum, ff. de acquir. hered. l. 1. §. ult. & l. 3. ff. de auctor. tut.*

AD TITULUM LX.

QUANDO TUTORES, VEL CURATORES, ESSE DESINAT.

RECTE conjungitur hic titulus legi ultimæ præced. tit. quæ docet tutelam, & curam finiri adoptione pupilli, ut addat etiam, tutelam, & curam finiri impuberis pubertate, *l. 1. hoc tit. l. 2. ſupra, in quib. cauſ. tutor. l. curatorem, ff. de tut. vel curat. dat.* non finiri tutelam ſola pupilli voluntate, quia invitus pupillus eſt ſub tutoris auctoritate, invitus tutela continetur, *l. 2. hoc tit. & l. ult.* pubertatem, quia diximus finiri tutelam, vel curam, æſtimat Juſtinianus in feminis ex annis duodecim completis, quod olim etiam obtinuit: in maribus autem ex annis quatuordecim, quod olim omnino non obtinuit, cum æſtimabatur in mare pubertas ex aſpectu corporis, id eſt, verecundioris partis omnino, quod indecorum eſſe Juſtinianus arbitratus eſt, ut apud Ariſtoph in Veſp. παίδων δοκιμαζομένων. Et apud Platonem 11. *de leg.* Igitur hodie indiſtincte pubertas æſtimatur ex annis feminarum 12. & maſculorum 14.

AD TITULUM LXI.

DE ACTORE A TUTORE, SEU CURATORE DANDO.

NON ſatis eſt dixiſſe de tutore, vel curatore, niſi & aliquid proprio titulo tractetur de actore a tutore, vel curatore dato, licet & de eo jam actum ſit *l. 10. ſup. qui dar. vel dar. tutor. vel. cur.* Hic vero actor dari dicitur a tutore, vel curatore, quia ex decreto prætoris, vel præſidis, poſtulante tutore, aut curatore, & ejus periculo datur plerunque litium cauſa, unde eſt actoris nomen, cum tutor, vel curator aliquo profecturus, & aliquandiu abfuturus eſt, ut in conſtitutione hujus tit. *& l. 10. inf. de appell. l. qui negotia, §. penul. D. de negot. geſt. l. tutor, D. quand. ex fac. tut.* Abfuturus igitur tutor conſtituit, conſtituive poſtulat decreto prætoris, ſuo loco, & ſuo periculo actorem idoneum, qui interim defendat pupillum, atque tueatur: Nam propter abſentiam ſolam tutoris, non poteſt dari alius tutor, vel curator, *d. l. 10. ſup. qui dar. tut. vel cur. l. curator, D. de tut. & cur. dat.* Si modo (ut alias dixi) ibi accipias *affuerit*, pro *abfuerit*, quemadmodum ſemper habent ſcriptum Pandect. Flor. Non poteſt etiam tutor, qui abfuturus eſt procuratorem facere ex ſua perſona in litem pupilli, cum non ſit ipſe dominus litis, ſolus dominus litis procuratorem facit, *l. neque, ſup. de proc.* Poſſet quidem facere procuratorem ad litem ex perſona pupilli ſua interpoſita auctoritate: ſed finge pupillum abeſſe peregre, aut infantem eſſe, ut procuratorem conſtituere non poſſit, tunc ſane nec ex perſona pupilli procurator dari poteſt auctore tutore, qui abeſſe cogitur ſui negotii neceſſarii cauſa, *§. ult. Inſtitut. de curat. l. decreto, D. de adminiſtr. tutor.* Igitur neceſſe eſt hoc caſu actorem conſtitui periculo abſentis tutoris, vel abfuturi, qui etiam dicitur adjutor, *l. ſolet, ff. de tut. l. 6. infra, quam. & quand. jud.*

AD TITULUM LXII.

DE EXCUSATIONIBUS, ET TEMPORIBUS EARUM.

CUM ſæpe jam dixiſſet in ſuperioribus tit. tutorem jure datum, ex quo ſcivit ſe datum, ſuo periculo ceſſare, ſi ſe non excuſet, *l. 6. ſup. de teſtam. tut. l. 1. ſup. de leg. tut. l. 9. qui dar. tut. vel cur. non poſſ. l. 19. de adm. tut.* tempus eſt tandem, ut dicat de excuſat. Duæ ſunt partes tituli, una de excuſationibus, altera de temporibus excuſationum, id eſt, intra quæ excuſationes allegari & proponi oportet, quæ qui non obſervat, & poſt ea tempora ſe excuſat, repellitur præſcriptione temporis, nec auditur. *Excuſatio* quid eſt? Eſt allegatio vacationis, ſeu immutationis a tutela, vel cura, quam habet quis ex privilegio, vel ex juſta cauſa, & quam proponit re integra, id eſt, nondum cœpta adminiſtratione. Sera eſt excuſatio regulariter poſt adminiſtrationem cœptam, exceptis cauſis, quæ poſt ſuſceptam tutelam noviſſime præbent excuſationis cauſam. Alioquin regulariter excuſatio proponenda eſt re integra, *l. 2. tit. ſeq.* Et vel excuſatio fit in partem, vel in totum. In partem, veluti ab adminiſtratione rerum, quæ ſunt in alia provincia, quod non poſſit in duabus provinciis ſolus, propter late diffuſum patrimonium pupilli, officium tutelæ exercere. Idcirco enim excuſabitur in partem tantum. In totum autem plerique excuſantur, & multo plures ſunt excuſationum cauſæ, quam proponantur in hoc tit. Adduntur etiam aliæ in aliis *tit. ſeq.* Ingenuus excuſatur a tutela libertini, *l. 3. hoc tit.* Ut ſi hodie diceremus, nobilem excuſari a tutela plebeii: nam qui dicuntur nobiles, alii ſunt a militibus. Miles eſt tantum is, qui meret ſtipendium in expeditione, ſive ingenuus ſit, ſive libertinus,

extra

extra castra nullus est miles. Et est error ineptissimus vulgaris, ut milites arbitrentur esse, quos nobiles appellamus, quia scilicet nobilitantur munere feudi a principe profecti, alioquin milites ne volentes quidem possunt tutores fieri, *l. 4. supra, qui dar. tut.* Ergo ingenuus excusat se, si detur tutor libertino, ac similiter nobilis, si detur tutor plebejo. Item navicularii, id est, qui serviunt annonæ urbis, & aliis publicis necessitatibus in contrahenda annona, vel lignis, vel lapidibus, aut marmoribus, vel qua alia materia necessaria Reipub. quorum in urbe, cum erat amplissima, erat certum corpus donatum multis privilegiis. Et inter cetera, ut excusentur navicularii a tutelis personarum, quæ non essent ex suo corpore, id est, non naviculariorum, *l. 1. hoc t. l. 7. C. Theodos. de navicular.* Excusantur etiam silentiarii, *l. ult. hoc tit. l. ult. infra, de silent. lib. 12.* Hi sunt milites, qui noctu excubias agunt in palatio principis ad limina, qui, ut ait Claudianus, *sacro adhibent silentia somno*, unde est nomen. Item exactores tributorum excusantur a tutelis, *l. 10. hujus tit.* Ei qui tutelam gessit pupilli, ea finita pubertate, non cogitur etiam suscipere curam ejusdem personæ, nisi sit libertus patroni: is enim debet utrumque munus liberis patroni, vel patronæ, ut in *l. 5. & 10. hujus tit.* Excusatur etiam favore senatorum urbis, libertus tantum unus, qui senatori procurat (*qui faict tous ses affaires, & qui les manie*) *l. 15.* Item qui cum pupillo de hereditate controversiam habet, *l. 16.* Et quod maxime notandum est, quasi valde novum & singulare, hic si susciperet tutelam, ex necessitate officii, cogeretur nomine pupilli diem dicere fratribus suis, cum quibus pupillo res est, vel fratrum suorum filiis, si se excuset: ne nomine pupilli tam propinquis personis negotium faciat ullum, audietur, maxime cum communis utilitas pupilli occurrat, cui est negotium proximum cum propinquis ejus, qui tutor datus est, conjunctissimisque personis, in *l. 23. hoc tit.* Hi igitur excusantur in totum. Ac notandum est rursum, ex iis, qui se excusant, alios tutores esse posse, si velint, ut ii, qui ante relati sunt. Et notandum est, voluntariam tutelam nihil derogare privilegio excusationis, *l. 12.* ut si omissa excusatione, quæ mihi jure competit, mea sponte tutelam cujusdam pupilli suscepero, non ideo minus me potero excusare a tutela nova, si deferatur. Et notandum est, non amitti privilegium per voluntaria tutelæ munera, *l. 12. hoc tit.* Alios vero se excusare, qui nec si velint, tutores esse possunt, & forte suscepta ultro administratione removentur, ut maritus tutor datus uxori, vel socer nurui, *l. 4. 15. & 17. hoc tit. l. 2. supra, qui dar. tut. vel cur.* Observandum etiam est in hoc t. non tantum explicari causas aliquas justas excusationum, sed etiam aliquot injustas, *l. 1. 7. 8. 9. & 21.* Et hæc de prima parte. Altera pars est de temporibus excusationum, ad quam pertinet *l. 6. 11. 16. 18. & 20.* Ut scilicet tutor datus decreto prætoris, vel testamento patris, non necesse habeat statim appellare a decreto, a nominatione, creatione. Sane si testamento datus sit, non appellat: si decreto prætoris datus sit, jure veteri potuit appellare, *l. 4. D. de excus. tut. l. cum in una, l. tut. ff. de appel. l. tutor, vel cur. ff. de admin. tut. l. penult. supra, de tut. & cur. dat.* Sicut quilibet vocatus ad alia munera civilia, quæ sunt innumera confestim potest appellare, ut est *in l. 7. infra, de appel.* Igitur jure veteri hac in re munus tutelæ, vel curationis nihil differt a ceteris muneribus civilibus. Nam statim atque tutor, vel qui vocatur ad aliud munus civile decreto præsidis, vel decurionum, datus, & nominatus est (nominatio datio est, ordinatio, creatio) jure veteri potest appellare, & queri de iniquitate oneris impositi. Sed ex constitutione D. Marci, tutoribus datis remissa est appellandi necessitas, ut non cogantur statim appellare, nec omissa appellatio statim eis fraudi est, quasi injuncto periculo cessationis, quod significat *l. 18. hoc tit. & l. 13. D. eod.* Sed tutor datus decreto prætoris, vel præsidis ex eadem constitutione D. Marci, ex quo innotuit ei decretum, debet se excusare apud

A eundem prætorem, vel præsidem intra dies 50. Et excusatione non recepta, id est, si decreverit idem prætor, vel præses, qui dedit, non esse excusationi locum, tunc licet tutori appellare, & agere causam appellationis etiam post pubertatem pupilli, cum jam tutor esse non potest, ut scilicet sciatur an futurum medii temporis periculum ad eum pertineat, nec ne. Qua in re est notanda *lex 15. hoc tit.* Hic ordo introductus est constitutione D. Marci; sed notandum est, se excusare testamentarios, vel datos decreto prætoris, vel præsidis: Nam legitimi nun possunt se excusare, quia ipso jure tutores sunt facti legibus, & a legibus non licet se excusare, non licet appellare, & excusationem non receptam sequitur appellatio, secundum *l. si qua pœna, D. de verb. sign.* Et ideo in *l. 6. h. t. & l. 13. D. eo.* fit tantum mentio B testamentarii, vel dati a prætore, aut præside; ut intra tempora se excusent: non fit mentio legitimi. Et similiter in *§. qui excus. Instit. eod. tit.* cujuscunque generis tutores se excusare posse. Quibus verbis, ut excluderentur legitimi, subjicit interpretationem, id est, quicunque dati fuerint, quo excluderet legitimos. Dixit qui dati fuerint: legitimi enim non dantur, sed fiunt, *l. 5. D. de leg. tut.* Possunt tamen legitimi se excusare ad tempus ex causa forte, quæ supervenerit, *l. 10. §. si libertus, D. eod.*

AD TITULUM LXIII.

SI TUTOR, VEL CURATOR FALSIS ALLEGATIONIBUS EXCUSATUS SIT.

C ADDENDUM ex tit. 63. si falsis allegationibus excusatus sit, excusationem receptam liberare periculo cessationis, *l. 22. sup. tit. prox.* nisi scilicet, ut ostenditur in h. tit., recepta sit excusatio falsis allegationibus circumscripta religione judicantis, ut in specie *l. 2. h. t.* si falso dixerit se tutelam non attigisse, quam tamen cœpit gerere; atque ita excusatio ejus recepta fuerit, quæ non recipitur generaliter, nisi res sit integra, nisi omnia sint in integro, id est, nisi intacta fuerit tutela, alioquin se excusat. Decretum igitur prætoris, quo recepta est, & comprobata, rescinditur, si falsis allegationibus tutor judici imposuerit: & generaliter omne decretum, omnis sententia judicis rescinditur, circumventa religione judicis ex falsis instrumentis, contestaD tionibus, allegationibus, in *l. 1. hoc tit.*

AD TITULUM LXIV.

SI TUTOR, VEL CURATOR REIPUBLICÆ CAUSA ABFUERIT.

HOC tantum notandum est, quod dixit in tit. præc. *l. 2.* excusationem proponi re integra, non si jam cœperit administrare. In hoc t. additur exceptio nisi post susceptam administrationem abesse cœperit Reipublicæ causa. Nam etsi cœpit administrare, potest se excusare ad tempus: nam post reE gressum recipit eandem tutelam. Et inde videmus alios excusari in perpetuum, alios ad tempus, & qui ad tempus, non se excusant proprie, quia non desinunt esse tutores: qua de causa legitimi non male se excusant ad tempus. Ergo qui se excusavit, cum res non esset integra, cum ei abeundum esset Reipublicæ causa, reversus recipit tutelam priorem, e cujus administratione cessavit aliquandiu excusatus. Nam excusatio illius administrationis, prius quam tutelæ excusatio est. Ceterum postquam reversus est, a nova tutela, quæ deferetur post regressum, habet anni vacationem: recipiet priorem, repudiabit novam intra annum ex quo reversus est. Quod est privilegium hujus constitutionis datum iis qui dant Reipub. operam, *l. 2. hoc tit.*

AD

AD TITULUM LXV.

DE EXCUSATIONE VETERANORUM.

SI libet ordinem titulorum detexere diligentius, cum dixisset in *l. ult. tit. 59.* tutelam, vel curam finiri adrogatione minoris, subjicit in titulo sexagesimo, tutelam finiri etiam pubertate, & curam similiter ætate legitima adolescentis, non sola voluntate pupilli, & in *tit. 61.* non sola absentia tutoris, sed in locum absentis dari actorem periculo ejus, & in tit. 62. finiri tamen tutelam, vel curam excusatione, propositis variis excusationum causis, & specialiter una in tit. 64. si tutor absuturus sit Reipubl. causa, vel absit, qui etiam reversus a nova tutela, vel nova curatione anni vacationem habet pro præmio navatæ in Rempubl. operæ. Et pro præmio igitur impletæ militiæ, ut nunc ostenditur in hoc t. 65. Nam & milites absunt Reipublicæ causa, *l. miles, & seq. D. ex quibus causis major.* Et majorem quoque immunitatem habent milites stipendiis confectis, quam ceteri, qui absuerunt Reip. causa, qui post regressum anni tantum vacationem habent, *l. 2. sup. tit. prox.* Qui vero vicena stipendia meruerunt, id est, qui militarunt 20. annis, & dimissi sunt, solutique sacramento sine infamia, in perpetuum excusantur a tutelis, & curationibus, & muneribus ceteris personalibus, præterquam ab una tutela, vel cura filiorum conveterani, vel una cura militis, a qua tamen etiam anni vacationem habent post missionem, in *l. 8. ff. de excusat.* Hi sunt veterani, qui ut dixi, vicena stipendia meruerunt, nec dimissi sunt cum infamia, his data est vacatio tutelarum, & munerum omnium personalium, & civilium: his etiam sunt concessa alia privilegia multa, ut ex delictis pœnis plebejorum non subjiciantur, puta ut non in metallum damnentur, ut fustibus non cædantur, & ut capite damnati testamentum facere possint, quod non possunt alii, vel si testamentum non fecerunt, ut in eorum bona non statim succedat fiscus, ut in *tit. D. & C. de veteran. & de veteran. succ.* Ut & veterani filiifamil. de castrensi peculio testamentum facere possint, & ut testamentum, quod fecerunt in castris jure militari, valeat intra annum missionis, *§. sed hactenus, Inst. de mil. test.*

AD TITULUM LXVI.

QUI NUMERO LIBERORUM SE EXCUSANT.

SEquitur alia specialis causa excusationis ob numerum liberorum, id est, si Romanus habeat tres liberos, Italus quatuor, Provincialis quinque. Nam & hic numerus excusat a ceteris muneribus personalibus omnibus; & liberorum nomine continentur etiam nepotes ex filio jam ante defuncto, non nepotes ex filia, quia ii non sequuntur familiam avi materni: non etiam nepotes ex filio superstite, quoniam ii patri suo prosunt magis, quam avo materno, *l. 1. hoc tit. l. 3. inf. de his, qui num. liber. lib. 11.*

AD TITULUM LXVII.

QUI MORBO SE EXCUSANT.

SEquitur alia causa excusationis ob morbum, si tutor post susceptam tutelam oculis captus fuerit, vel mente, vel lingua, vel auditu. Nam ab initio tutores qui his morbis affecti sunt, tantum abest ut tutores, vel curatores dari possint, ut his ipsis sit curatoribus opus. Ergo morbi nomine in hoc titulo significatur etiam cæcitas, & surditas, & amissio vocis, ut in *tit. de ædil. edict.* Et recte Galenus definivit morbum esse causam,
A qua impediuntur actiones totius corporis, vel actio certæ partis, veluti oculorum, aurium, linguæ. Igitur sub titulo *qui morbo*, recte docet tutelam deponere excusationis genere captos oculis, vel mente captos, aut lingua, aut surdos, aut captos perpetua invalitudine.

AD TITULUM LXVIII.

QUI ÆTATE.

SEquitur alia causa excusationis ob ætatem longævam, quæ scilicet excedat 70. annos, ut ita etiam legendum ostendi in *l. ult. inf. qui ætat. se excus. lib. 10.* Ille titulus docet ætatem longævam, quæ finitur
B 70. annis completis, & elapsis, excusare a ceteris muneribus civilibus personalibus: hic titulus specialiter a tutelis, & curationibus. Nec male morbo mox jungitur ætas, aut ætati mox subjungitur morbus: Nam recte in Basilicis, & quibusdam veteribus libris hic titulus præponitur titulo præcedenti, atque adeo ætati prolixæ, aut longævæ subjungitur morbus, ut recte Aristoteles dixerit *lib. 5. de generat. animal.* morbum esse senectutem adscititiam, & senectutem esse morbum naturalem.

AD TITULUM LXIX.

QUI NUMERO TUTELARUM.

C SEquitur alia species excusationis, ut scilicet excusetur a quarta tutela, vel cura, non ab alio munere civili in *l. 3. inf. de excus. mun. lib. 10.* qui sustinet onera trium tutelarum, vel curationum. Dico onera, quæ sunt vere onera: Nam tenuissima tutela, puta admodum egeni pupilli non cedit in numerum trium tutelarum: Et dicitur hæc in constitutione hujus tituli plerunque suscipi defunctorie, id est, ea causa, ut possint dicere, se tres tutelas administrare, cum non sufficiant tutelæ tres ad excusationem quartæ, sed onera tantum tutelarum. Non omnis tutela est onus. Onera, inquam. Et ideo si ex tribus tutelis una finiatur, mox alia substitui potest, etiam non redditis rationibus finitæ tutelæ. Et tandem in constitutione hujus tit. expositis variis excusationum causis, & absoluta quæstione ejusmodi, monet
D duas imperfectas causas excusationum nihil proficere, ut si quis sustineat onus duarum tutelarum, & duos liberos habeat, non excusatur, vel si quis agat annum ætatis 65. & tres liberos habeat in provinciis, ubi exiguntur quinque, *l. 1. §. ult. D. de vacat. & excus. mun.*

AD TITULUM LXX.

DE CURATORE FURIOSI, VEL PRODIGI.

HIC titulus ostendit curatores dari non tantum minoribus vigintiquinque ann. & adolescentibus, sed quod nondum exposuerat, dari etiam his, qui nuper facti essent majo-
E res 25. annorum, si mente lapsi, aut furiosi facti sint, vel si eis quasi prodigis Prætor interdixerit bonis, & sui juris sint. Nam homini alieni juris nunquam tutor, vel curator datur ulla ex causa, ut in *l. ult. in pr. h. t.* Iis autem furiosis, & prodigis agnati, & gentiles sunt tutores legitimi ex 12. tab. non cognati, excepto solo fratre, cognato tamen, non agnato, id est, qui per emancipationem exiit familia patris, atque ita desiit esse agnatus. Nam ex constitutione Anastasii hic est etiam curator legitimus fratris furiosi, vel prodigi, cui bonis interdictum est, *l. 5. hoc tit.* sicut est legitimus tutor fratri impuberi, *l. 4. sup. de leg. tut.* Ergo excepta persona fratris cognati, soli agnati, vel gentiles sunt legitimi curatores furiosorum, aut prodigorum. Sed hodie eis solent etiam a præ-

a prætore dari curatores, maxime si agnati non sint idonei, A si sint inhabiles curando furioso, aut prodigo, *l.1. & l.sæpe, D.eod. l.ult. §.sin autem testamentum, h.t.* Videtur etiam tandem legitimæ curationi raro fuisse relictum locum, aut datum, Prætore his personis dante curatores, quos eligeret, vel agnatos si vellet, quos lex vocat ad curationem earum personarum, vel extraneos. Certum est autem, nullam curam esse testamentariam, id est, curationem dari testamento inutiliter, datam tamen a patre confirmari solere, ut in *l.ult. h.t. §.& si quidem*. Igitur cum tutela alia sit testamentaria, alia legitima, alia dativa, cura tamen est duplex, alia legitima, alia dativa, nulla testamentaria. Et hodie etiam raro locum obtinet legitima cura, his personis dandi curatores arbitrio omni relicto Prætori, vel Præsidi, ut possit quis tentare, hodie omnem curam esse dativam. B Olim Prætor dabat curatores adolescentibus, id est, minoribus 25. annis, ut certum est: dabat etiam curatores majoribus 25. annis, qui negotiis superesse non poterant, ut mutis, surdis, cœcis, fatuis, debilibus, & laborantibus morbo perpetuo, *l.2. & 3. in fin. & seq. D. de postul. l.2. D.de cur.fur.* Non dabat furiosis, & prodigis, nisi deficientibus legitimis curatoribus, aut non existentibus idoneis. Sed dabat tantum solus Prætor curatores prodigis ingenuis, qui testamento parentis heredes scripti essent, quia lex 12.tab. non faciebat curatores legitimos prodigorum agnatos, & gentiles, nisi ab intestato, id est, cum pater eorum decesserat intestatus, cum pater eos heredes fecerat, tum solus Prætor curatores eis ingenuis personis dabat, qui ob dissolutos mores, & luxum judicati essent prodigi, atque interdicti bonis C suis, & commercio. Dabat etiam Prætor curatores prodigis libertinis indistincte, sive ex testamento, sive ab intestato heredes patri extitissent, quia lex 12. tabul. prodigis libertinis non dabat curatores agnatos, propterea quod nullo jure patri heredes fieri possunt, neque ex testamento, neque ab intestato, jure civili scilicet, cum libertini non videantur habere patrem, aut matrem civilem, sed naturalem, quia servilis cognatio nulla est, quæ cœpit in servitute, *l.1. §.1. D.unde cogn.* & Ulpianus *lib. reg. tit. de cur.* & Paulus *lib.4. Sentent. tit. ad SC. Orfit.* Et hoc ex jure antiquo notandum est de curatoribus. De furiosis unum tantum dicam, alios esse furiosos, qui continua mentis agitatione omni intellectu carent, de quorum curatoribus nulla est quæstio: alii autem sunt furiosi, qui intervallis quibusdam D sensu saniores sunt, *l.14. D.de offic.præs.* de quorum curatoribus est quæstio, an scilicet tempore intermissi furoris desinant esse curatores, quod curatio furiosi finiatur resipiscentia, sicut substitutio, quæ fit furioso finitur resipiscentia, *l.humanitatis, inf.de impub. & ali.sub.* Sed hanc quæstionem ita definit Justinianus in *l. pen. h.t.* ut tempore intermissi furoris nihil administret curator furiosi, nec tamen desinat esse curator, sed interim ut sit curator nomine, non re. De his curatoribus furiosorum multa alia enucleata jura explicat Justinianus in *l.ult.* quæ facilis est.

AD TITULUM LXXI.

DE PRÆDIIS, ET ALIIS REBUS MINORUM SINE DECRETO NON ALIENANDIS, VEL OBLIGANDIS.

E

IN h.t. proponitur oratio Impp. Antonini & Severi, & SC. quod eam orationem subsequutum est, de non alienandis, aut pignori obligandis prædiis, mancipiisve rusticis, aut suburbanis pupillorum, aut adolescentum sine decreto Prætoris, aut Præsidis provinciæ, in qua prædia sita sunt, quod jam *tit. super. l.2.* docuit pertinere etiam ad ceteras personas, quibus curatores dari solent, veluti furiosos, prodigos, mutos, surdos. Nam & horum prædia, mancipiave rustica, aut suburbana sine decreto alienari non possunt, vel obligari. Et hoc quoque supra docuimus in *l. 22. tit. de adm. tut.* a Constantino Imperat. esse porrectum ad prædia, mancipiave urbana: nam SC. loquebatur tantum de prædiis, vel mancipiis rusticis, aut suburbanis, sed id Constantinus produxit etiam ad prædia, vel mancipia urbana, imo ad mobilia quæque pretiosa minorum, vel furiosorum, vel prodigorum, ut neque obligarentur, neque alienarentur sine decreto, puta ob æs alienum minoris, quod forte ex ceteris rebus exsolvi non potest, quæ causa æris alieni fuit expressa oratione Imperatorum, sed non in ea sola causa hoc constitit: Nam ut ostendi in *d.l.22.* vel ut ostendit potius ipse Constantinus in *d.l.22.* etiam ex decreto possunt alienari prædia minorum ob donationem propter nuptias, vel ob dotem constituendam, quæ ex aliis rebus constitui non potest, commode explicata *l.ob æs alienum, h.t.* & recepto argumento, quod ducitur ex articulo *tantum*: Nam in jure nostro ex taxationibus istis, sicut etiam ex terminis universalibus, veluti *omnis*, aut *nullus*, infirmum est argumentum. Nam interpretationes, aut constitutiones sæpe demunt, & excipiunt ab antiquiore textu universali, & ei legi, quæ ob unam causam lata est, per interpretationem adjiciunt sæpe alias. Jus paulatim crescit, ut inquit *l.fideicommissa, D.de leg.3.* Et idem Constantinus, qui ita produxit, & amplificavit orationem Severi, nominatim in *l.ult. h.t.* vult in urbe, cum agitur de vendendis rebus minorum, causam cognosci, & decretum interponi a suo prætore Constantiniano, cui suum nomen indidit *d.l.ult.* Et ita ex his apparet, qua de re agitur in h.t. etiam fuisse antea actum, maxime in *l.2. tit. sup.* & in *d.l.* Constantini 22. Cum autem restarent pleraque alia pertinentia ad eandem orationem, & SC. ea inclusit in tit. *de præd. vel al.reb. min.* Et addidit qui composuit hunc titulum, *& aliis rebus* ex lege Constantini. Nam SC. erat tantum de prædiis rusticis, & suburbanis, non urbanis. Et ob id etiam in h.t. nulla est constitutio de urbanis, quamquam omnes possint produci, & debeant produci ad prædia, vel mancipia urbana, & res mobiles pretiosas. Docet autem in hoc tit. in ea oratione latissime accipi alienationis verbum, ut comprehendat & venditionem ne fiat sine decreto, & permutationem, & transactionem, ut in *l.4. h.t.* & dationem in solutum, ut in *l.15. h.t.* & cautionem rei donatæ reddendæ, rei adquisitæ minori semel, *l.7. h.t.* atque etiam divisionem, si minor habeat rem communem cum alio, prædium commune cum alio: Nec enim ipse minor, vel tutor ejus, aut curator statim potest provocare ad divisionem actione communi dividundo, *un mineur ne peut demander partage*. Divisio est species alienationis: provocari tamen potest ad divisionem minor a majore 25. annis, idque nominatim fuit expressum oratione Severi, provocare non potest ad divisionem sine decreto, *l.1. §.si communis, & l.si pupillorum, in princ. de reb.eor. qui sub tut. l.pen. h.t.* Cum autem hæc omnia contineantur interdictæ alienationis verbo; & multo magis donatio continetur, ut ait *l.4. hoc t.* Nam si non possum vendere, multo magis donare non possum, cum sint plerique, qui possunt vendere, nec tamen continuo donare, ut qui habent liberam peculii administrationem, *l. liber, ff.de pecul.* Sed quod ait *d.l.4.* de donatione, accipiendum est de donatione propter nuptias, vel munere sponsalitio, quæ est etiam species donationis, vel dote, ut & ea non valeat, nisi fiat ex decreto, ut *dict. l.22. l.8. h.t. & l.8. sup.de don. ant.nup.* Et accipio etiam de donatione simplici, ita scilicet ut hæc ne ex decreto quidem valeat, *l.ult. inf. si major fact. al.* Excipitur autem eadem oratione Severi prædium, quod parens pupilli, quem heredem reliquit, creditori pignori obligavit. Id enim creditor, si pecunia ei non solvatur, suo jure vendere potest, *d. l. 1. §.si communis, D.eod.* Et hoc est quod ait *l.11. h.t. in princ.* quod Accurs. non potest interpretari, *venditio prædii, quod ju-*

re pignoris distractum est, ad SC. non pertinet, id est, quod creditor distraxit, qui id pignori accepit a parente pupilli, sunt enim ea verba manifeste explicanda ex *l.2. h. t.* altera alteram explicat: quæ *l.2.* ostendit hac in re plus juris habere creditorem pignoratitium, cui parens pupilli prædium pignori obligavit, quam debitorem minorem 25. annis. Nam debitor minor 25. annis prædium, quod pater ejus creditoribus obligavit, non potest vendere sine decreto, creditor autem potest id vendere suo jure, conventionis jure, lege pignoris, vel hypothecæ, sine decreto. Nec adversus eam venditionem minori facile datur restitutio in integrum, nisi fraudatus forte fuerit in pretio, puta emptore fraudem participante cum creditore, re addicta modico pretio, ut in *l.2. h.t.* Ex qua etiam replicandum est, quod *l.1. in fin.* scribit de restitutione in integrum. Et ita etiam invenio in specie *d. l.3. D. de distr. pign.* plus juris habere creditorem hypothecarium, quam debitorem in re obligata. Nam si eadem res duobus est obligata diversis temporibus, & eam debitor vendet, & ex pretio solvat priori creditori: posterior creditor habet jus offerendi pretii emptori, ut pignus ei cedat: Contra, si prior creditor vendiderit, qui potior est in pignore privilegio temporis, posterior creditor non habet jus offerendi pretia emptori, quod notandum ex *dict. l.3.* Et ita sunt duo casus, quibus in pignore plus juris habet creditor, quam dominus ipse. Excipitur etiam ab oratione Divi Severi in *l.1.* prædium minoris, quod captum est, & distractum ex judicati causa, id est, exsequendi judicati gratia, cum esset condemnatus minor jussu magistratus; nam in hac venditione non est opus decreto solemni: quoniam oratio Severi vetat tutores, vel curatores alienare, non magistratus. Et ea oratione minoribus consultum est adversus perfidiam tutorum, vel curatorum, non etiam id actum est, ut minores sint ἄμικτοι, id est, ut cum eis nihil quicquam negotii geri possit, ut non habeant creditores eorum, quo suum ab eis fervent destituti omni remedio juris, ne per hanc occasionem nemo contrahat cum minore, & quodammodo videatur minori interdictum commercio, quasi prodigo, *l. quod si minor*, §. *non semper*, *D. de min.* Et eadem ratione excipitur etiam pignus prætorium, quod constituitur ex edicto, creditoribus pupilli missis in possessionem bonorum ejus, quam missionem deinde sequitur possessio, & ad extremum venditio pignoris prætorii sine speciali decreto: quoniam has species alienationum, quæ fiunt auctoritate magistratus, non attingit SC. sive oratio Severi, *l.3. ff. eod.* Ad hæc notandum est, in decreto interponendo videndum esse, an obreptum sit Prætori, vel Præsidi prolatis falsis allegationibus, puta allegato falso ære alieno, falsis nominibus: nulla enim sunt decreta ipso jure, quæ eliciuntur per obreptionem & furtum, ut in *l.5. h.t. l.2. sup. de fidejus. min. & sup. tit. Si ex falsis alleg.* qui tit. est de decreto receptæ excusationis incompetentis. Videndum est etiam, ne in pretio fraudetur minor, etiamsi fiat venditio ex decreto. Nam & adversus venditionem factam ex decreto, si probet minor, se captum esse & fraudatum, restitui potest in integrum, *l.11. h.t.* Notandum est etiam, ut diximus, in alienandis, vel obligandis prædiis, vel aliis rebus minorum, vel ceterarum personarum, quæ consilio curatorum reguntur, decretum exigi omnino, ut ne quid fiat temere, neque examinata, neque facta rei cognitione, causaque probata apud acta, & pro tribunali sedente magistratu, & se dante huic cognitioni. Non posse igitur hanc rem expediri de plano, per libellum magistratu procedente, *l.4. sup. de dilationibus*, sed sedente pro tribunali. Omne decretum interponitur pro tribunali, ut in *l.6. hujus tit.* Et hoc est, quod dicitur, *omnia, quæ causæ cognitionem desiderant*, id est, quæ decretum exigunt, *per libellum expediri non possunt*. Decretum est cognitio causæ pro tribunali præsentibus ambobus. Ea, inquam, quæ decretum exigunt, non expediri per libellum, non expediri de plano, &

A simplici solo, χαμόθεν, ut Modestinus loquitur in *l.13. de excusat.* solo. Et ad extremum notandum, venditionem factam sine decreto, ipso jure nullam esse: ideoque minori non opus est restitutione in integrum, quandoquidem rem venditam potest vindicare cum fructibus medii temporis, si emptor scierit rem esse minoris 25. annis, ut in *l.2. inf. si quis ign. rem min.* Sed debet etiam minor emptori reddere pretium, si probet emptor pretium fuisse conversum in rem pupilli, puta ea pecunia minorem solvisse æs alienum fiscale, quod semper est usurarium, aut privatum: hoc probato emptor non aliter ei restituet rem emptam sine decreto, quam si refundat ei pretium, atque etiam usuras, quas percepturus erat creditor, vel fiscus, quo se minor liberatur pecunia emptoris. Reddendæ etiam sunt emptori me-
B liorationes, si fundum venditum sine decreto fecerit meliorem, *l.10. 14. 16. hujus tit. l. pen.* §. *quanquam*, *ff. eod. tit.*

AD TITULUM LXXII.

QUANDO DECRETO OPUS NON EST.

PROPOSITO SC. de non alienandis, vel obligandis prædiis minorum sine decreto, vel auctoritate magistratus, subjicit certos casus, quibus decreto opus non est, & quibus sine decreto harum rerum alienatio, vel obligatio valet: ut si parens, a quo res profectæ sunt, testamento caverit, vel codicillis, ut alienarentur, quod etiam fuit exceptum
C nominatim oratione Severi, *l.1. ff. de reb. eor. qui sub tut. l.3. h.t.* Idemque est, si parens fundum emerit ea lege, ut quandoque reddito pretio eum venditori revenderet (*pache de rachapt*) & venditor heredi ejus minori pretium offerat; nam & hoc casu, non est opus decreto, quia ex conventione defuncti revenditio fit, sive redhibitio rei venditæ, *l.1. h.t.* Non est etiam opus decreto Prætoris, vel Præsidis, si Princeps permiserit alienationem: nam concessio Principis pro decreto habetur, *l.2. h.t.* Et necesse est, ut id permiserit nominatim, quia si veniam fecerit ætatis, *si ill' a declarè majeur*, ante perfectam ætatem, sola venia ætatis non permittit alienationem prædiorum, *l.3. sup. de his qui ven. ætat. l. ult. inf. si maj. fac. al. rat.* Cassiodorus in formula veniæ ætatis: *Ita*, inquit, *ut prædiis urbanis, vel ru-*
D *sticis alienandis constitutionum servetur auctoritas non alienandi, ne cum opinioni stare velimus, publicam auctoritatem lædere videamur.* Item ex lege, sive edicto Constantini constat recte vendi sine decreto res minorum, quæ tractu temporis deteriores fieri possunt, veluti jumenta, aut pecora supervacua, *l.22. in fin. sup. de admin. tut. l. ult. h.t.* quæ inde sumpta est. Item ex *l. ult.* §. *defensionem*, *sup. de adm. tut.* tutor, vel curator potest obligare res pupilli, aut res adulti pro cautione judicatum solvi, quæ a pupillo, vel adulto exigitur in lite. Nam in *d.* §. *defensionem*, cautio litis est cautio judicatum solvi, non ut volunt quidam, cautio judicio sisti, quæ personæ est cautio, non litis, ut in *Nov. 53. l. si reus, D. jud. sol. l.5.* §. *in possessionem*, *D. ut in poss. leg.* Excepta etiam erat edicto Constantini mulier minor 25.
E annis, quæ marito nupserat. Nam hæc res suas vendere poterat sine decreto, adhibito consensu mariti, & subscriptione, quod tamen tollit *l.3. C. Th. de contrah. empt.*

AD TITULUM LXXIII.

SI QUIS IGNORANS REM MINORIS ESSE, SINE DECRETO COMPARAVERIT.

UBI autem sine decreto contra SC. venditio rerum minoris facta est, a bonæ fidei emptore separandus est malæ fidei emptor, id est, qui scivit rem minoris esse, ab eo, qui hoc ignoravit.

Et in

Et in hoc titulo proponuntur duæ differentiæ inter hunc & illum emptorem. Una, ut bonæ fidei emptor possit se tueri præscriptione statuti temporis, si post perfectam ætatem domini, id est, post impletos 25. annos, sine controversia statuto tempore eam rem possederit, quam tamen præscriptionem non habet malæ fidei emptor, *l.* 1. & 4. *hoc t. l.* 2. & 3. *tit. seq.* Quinque etiam exiguntur, ut præscriptioni locus sit, justus titulus, bona fides, major ætas ejus, qui rei dominus est, & legitimi temporis possessio, & ut ea possessio fuerit sine controversia, & interpellatione, *l.* 4. *h. t.* Major ætas domini: nam in præscriptione temporis non computatur minor ætas, *l.* 3. *inf. quibus non ob. long. temp.* & statutum tempus in *l.* 1. & 3. *h. t.* & in *l.* 2. *tit. seq.* intelligere oportet quinquennium ex constitutione Justiniani, id est, *l.* 3. *tit. seq.* si res pupilli, vel adulti obligata, aut vendita sit; & post perfectam ætatem emptor eam sine controversia quinquennio possederit. Breviori tempore, id est, quadriennio confirmatur venditio: venditio, quæ jure antiquo valuit, licet hodie non valeat. Ex oratione Severi hoc habet singulare, ut quinquennio confirmetur. Sin autem res minoris donata sit: quia nec ex decreto valet donatio simplex, statutum tempus dicimus longum tempus, id est, decem annorum, præsente domino, & viginti, absente: Ea est perpetua definitio in jure longi temporis, vel diuturni temporis. Inde *l.* 4. *h. t.* quæ de longo tempore loquitur, etiam loquitur de re donata, non de re vendita, quod summe est notandum, nec enim placet omnibus. Et altera differentia inter bonæ fidei & malæ fidei emptorem, qui rem minoris emit sine decreto contra SC. hæc est, quod emptor bonæ fidei, etiamsi nondum statuto tempore rem possederit, fructus interim lucratur: non etiam malæ fidei emptor. Nam etsi res minoris non possit usucapi, vel etiam acquiri legitimi temporis possessione, & præscriptione, quæ inde nascitur, nec bona fides prosit ad eam usucapiendam, quam lex usucapi prohibet, vel etiam SC. prodest tamen bona fides ad fructus lucrandos bona fide perceptos, *l.* 2. *hoc tit. l. bonæ fidei, D. de acquir. rer. dom.*

AD TITULUM LXXIV.

SI MAJOR FACTUS ALIENATIONEM FACTAM SINE DECRETO RATAM HABUERIT.

DICAMUS eadem saliva. Sicut silentio domini majoris effecti confirmatur alienatio facta sine decreto contra SC. & silentio quinquennii, vel longi temporis, secundum distinctionem *l.* 3. *h. t.* quam paulo ante exposui: Ita eadem alienatio confirmatur, & multo magis speciali ratihabitione, *l.* 6. *sup. arb. tut.* Sed ut exponatur species *l.* 1. *h. t.* Rescindi venditio potest, si minor captus fuerit supra dimidiam justi pretii, electione data emptori, ut vel quod justo pretio deest, suppleat cum usuris, aut compenset, vel fundum emptum, aut in solutum datum, quod pro emptione est, restituat cum fructibus, *l.* 1. *h. t.* quæ idem vult, quod *l.* 2. *sup. de rescin. vend.* Confirmatur donatio speciali ratihabitione, sicut silentio: silentium est tacita ratihabitio. Et nihil refert ratum habeat major effectus facto ipso, aut silentio, ut ait Paulus 1. *Sent. tit. de minor.* Silentio, inquam, quinquennii, ut dixi ante in rebus minoris sine decreto alienatis, vel obligatis, & silentio longi temporis in rebus donatis, quod numeratur tantum ab eo die, quo dominus rerum major est effectus. Et heredi quoque ejus si minor sit, tempus silentii cedit tantum ab eo die, quo etiam ipse major effectus est, quæ est sententia *l.* 3. *in fine, hoc tit.* confirmata *l. interdum*, §. 1. *D. de minor. l.* 5. §. *quod si majoris, sup. de tempor. in int. rest.* Possis quærere, quid distet hic *tit. a tit. si major fact. rem rat. hab. sup.* Breviter respondeo illum tit. esse de causis, quæ ipso jure valent, sed rescindi possunt per restitutionem in integrum, nisi minor, major effectus eas causas fecerit ratas, omisso beneficio restitutionis. Hic autem titulus est de causis, quæ ipso jure nullæ sunt, puta prædiis minorum alienatis sine decreto.

AD TITULUM LXXV.

DE MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS.

MERITO hic titulus ultimum occupat locum: nam ultimum auxilium, quo minoribus succurritur, qui alia ratione servari indemnes non possunt, est actio utilis in factum ex senatusconsulto, & oratione D. Trajani, quæ in hoc titulo proponitur in magistratus municipales, sive duumviros, qui tutores, vel curatores dederunt, vel nominaverunt missis nominibus ad præsidem. Nam *l.* 1. *h. t.* facit differentiam inter dare tutorem, & nominare: nominat magistratus municipalis, dat præses. Item nominat mater tutorem in testamento potius, quam dat, ut in *l.* 1. *inf. de patr. pot.* pater dat filiofamil. tutorem in testamento. Sed hæc differentia sæpe confunditur: utrumque his verbis indifferenter significatur. Ergo hæc actio datur in magistratus municipales, sive duumviros, qui tutores dederint, aut nominaverint, nec cum ab his exigere deberent satisdationem, exegerunt, salvam minori rem fore, aut si minus idoneam satisdationem exegerint: nam & hæc pro non exacta habetur, *l. quoties, D. qui satisdar. cog.* Ex quo apparet hanc actionem pertinere ad tutores, vel curatores, qui satisdare debent, quales sunt legitimi & dati sine inquisitione, non ad tutores testamentarios, vel datos ex inquisitione, *l. ult. sup. de auct. præst.* Et dicitur hæc actio ultimum auxilium profugiumque minorum: dicitur actio subsidiaria, quia priusquam eatur ad duumviros, excuti oportet bona tutoris, vel curatoris, & revocari actione Pauliana, si quæ alienaverit in fraudem minorum: excuti etiam debent bona fidejussorum ejus, & bona collegarum, qui eum suspectum non fecerunt, *l.* 1. 4. 5. *hoc tit.* Et per eos, si non satisfiat indemnitati minoris in integrum, tum demum itur ad duumviros, divisa inter eos actione pro virilibus portionibus, si ambo solvendo sint, *l.* 3. *hoc tit.* nec itur ad heredes eorum, nisi conveniantur ex dolo, & lata culpa eorum, id est, ex delicto, præterquam si dolo eorum, aut lata culpa lucrum captaverint sibi, vel alii ex damno minoris, ut exposui *sup. tit. de in lit. jur.* ex Græcis auctoribus detracta negatione, & *l.* 2. *hoc tit.* & *l.* 2. *sup. de her. tut.* Et si forte (ut exponam liquido speciem l. 1. quam non tenuit Accurs. sed Irnerius) magistratus in dando tutore pupilli indemnitati prospexerit, acceptis fidejussoribus rem pupilli salvam fore, sed forte non idoneis, & si separatim suæ indemnitati satisdatione prospexerit, acceptis fidejussoribus a tutore, si non extet solvendo tutor, vel fidejussor, qui indemnitati pupilli cavit, liberatur magistratus, si cedat actiones suas minori adversus fidejussores, qui eis caverunt separatim de sua indemnitate: Vel quod notandum, etiam sine cessione in ejus fidejussores minori erit actio utilis. Et ratio hæc est, cur detur utilis, quia magistratus, qui sibi cavit de indemnitate sua in tutore dando, vel curatore, per consequentiam videtur etiam cavisse de indemnitate pupilli, id est, sub ea cautione continetur etiam causa minoris, resve minoris. Et idcirco etiam sine cessione minori competit utilis actio, quæ est sententia *l.* 1. Porro, quod diximus de actione subsidiaria, palam est locum habere tantum in provinciis, ubi sunt magistratus municipales, ubi singulæ civitates suos habent magistratus, & præsidem, qui præest omnibus municipiis, qui est judex judicum, ut ait Justinianus in quadam Novella. In urbe autem, an est locus huic actioni subsidiariæ, puta si prætor dederit tutorem? Sane est etiam huic actioni locus in urbe, sed non in prætorem, sicut in præsidem in provinciis, sed in scribam præ-

prætoris, forte, qui juſſu prætoris inventarium bonorum fecit, & non omnem quantitatem bonorum in eo expreſſit dolo malo, ut pro modo facultatum in inventario expreſſarum fidejuſſor daretur, in minorem quantitatem ſcilicet: nam fidejuſſor datur pro rei qualitate, in *l. ſi vero*, §. 1. *D. qui ſatiſd. cogant. & l.* 1. *D. in jus voc. ut eant.* Hic dolus ſcribæ coercetur actione ſubſidiaria, ut ait *l. ult. hoc tit.* quæ eſt conjungenda cum *l. mulier, ſup. de jur. dot. & l. ult. ſup. de in int. reſtit. minor.*

JACOBI CUJACII J.C.
RECITATIONES SOLEMNES, SIVE COMMENTARII,
In Sextum Librum Codicis.

AD TITULUM I.
DE SERVIS FUGITIVIS, ET LIBERTIS, MANCIPIISQUE CIVITATUM, ARTIFICIBUS, &c.

Anno 1576. uſque ad Tit. 50.

SUPERIORE libro contractu dotis expoſito, & iis omnibus, quæ circa eum contractum vertuntur, ac deinde expoſita obligatione tutelæ, vel curæ, quæ quaſi ex contractu deſcendit, hoc libro proponitur alia obligatio, quæ etiam quaſi ex contractu deſcendere videtur: nempe ſucceſſio in univerſum jus defuncti, vel acquiſitio hereditatis bonorumve defuncti: Nam & qui adit hereditatem, vel ſe immiſcet bonis defuncti, contrahere videtur quatenus æs alienum defuncti ſuſcipit, & ſubeundo eam hereditatem obligat ſe creditoribus hereditariis, legatariis, & fideicommiſſariis, perinde ac ſi cum eis aliquid negotii geſſiſſet, *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. quibus ex cauſ. in poſſ. l.* 8. *ff. de acq. hered.* Ac ſimiliter contrahere videtur fideicommiſſarius, qui hereditatem recipit ex Senatuſc. Trebel. *l.* 38. *non enim, ff. ad Senat. Treb.* Et qui bonorum poſſeſſionem agnoſcit jure honorario, *l. pen. in fine, ff. de ſeparat.* Denique omnis ſucceſſio quaſi contractus eſt. Alia autem eſt ſucceſſio, ſive hereditas libertinorum, alia ingenuorum: & in hoc libro primum agitur de ſucceſſione libertinorum: in qua nemo ignorat, leges & edicta multa jura patronis detuliſſe. Hæc eſt una pars juris patronatus, ut in bonis libertinorum ſuccedant patroni, ſicut in bonis clientum jure applicationis. Sunt & aliæ partes juris patronatus, quas conditor hujus libri omnes explanare parat, ut jus patronatus quam ſit amplum aperiatur juris ſtudioſis, ac in eo potiſſimum conſiſtit, quod eſt de hereditate boniſve libertorum. Et primum quidem oſtendit jus patronatus conſiſtere in operis, quas libertus patrono debet ex ſtipulatione, vel jurejurando, quo officio erga patronos cum decedant liberti fugitivi, inde apparet, hunc primum titulum hujus libri, qui non tantum eſt de ſervis, ſed præcipue de libertis fugitivis, reſpicere ad *tit.* 3. *de operis libert.* In quo etiam lex ult. eſt de libertis fugitivis, ut qui libertum alterius fugitivum recipit, damni nomine teneatur in quantum patroni intereſt amiſiſſe operas liberti: & hoc amplius pœnæ nomine in quantum religioni judicis æquum de eo viſum fuerit, ut patet ex *l.* 1. *inf. de colonis Illyricis, lib.* 11. ex qua decerpta eſt *d. l. ult.* & ſine qua vix intelligi poteſt. In hoc autem titulo primum de libertis fugitivis eſt lex 5. Sed hoc intereſt, quod illa lex ult. eſt de libertis privatorum, l. 5. hujus tit. de libert. civit. quorum artificio & operis Reſpub. utebatur: & gravior erat pœna ſollicitantis, & recipientis libertum Reipub. quam ſollicitantis, & recipientis libertum privati hominis. Nam ſive libertum quis, ſive ſervum Reipub. ſollicitaverit ad fugam, & receperit, damnatur in duplum, & præterea XII. aureorum ſummam reipublicæ inferre cogitur: qua pœna, quod admodum ſingulare eſt, nec ſolvi poteſt beneficio principis, nec excuſari adquiſitione, vel emptione ſervi fugitivi: ut recte, & longe ſecus quam Accurſ. in extremo l. 5. Græci accipiunt hæc verba, *nec beneficio principali*, quia ſcilicet ex SC. quod factum eſt ad L. Fab. de plagiariis, inhibita eſt fugitivi venditio, & donatio, ſive fiat a domino, ſive a non domino, *l. in fuga, inf. ad l. Fab. de plag. l.* 2. *D. eod.* Et quæſo videamus cur ſit illicita venditio, aut donatio fugitivi: cur in fuga ſervi nec vendi, nec donari poſſint? An ne per hanc cauſam venditione permiſſa, plagiarii, vel qui proximi ſunt plagiariis ſollicitatores alienorum ſervorum, redemptis forte a domino ſervis, eludant plagii crimen publicum in fraudem reipub. Qua ratione Græci utuntur in *d. l. in fuga*. An vero, quod rectius eſſe arbitror, ut ſervi a fuga deterreantur, ſi nec ſuſcipi ſe poſſe a quoquam, nec celari impune intellexerint, nec acquiri cuiquam titulo vel auctoritate juſta, veluti emptione, donatione, uſucapione. Quam rationem confirmat *lex ſervos, inf. de agricolis, & cenſ. lib.* 11. *& lex* 6. *hoc tit.* quæ & fugitivos, ſi eos occultator aſſerat in libertatem, vel vindicet eſſe ſuos, protinus vult adhibitis tormentis interrogari, cujus dominii, cujuſque conditionis ſint, adjecta ea ratione, ut a fuga deterreantur: quæ etiam efficit ne fugitivi, dum erunt peregre, & forte imperii fines egrediuntur, in commiſſum cadant, ne per fugam dominorum poteſtati ſe ſubtrahant, *l. ult.* §. *ſervi, ff. de public. & vectig.* Et ne in arenam ſe dando, vel ne ullo alio periculo vitæ domini effugiant poteſtatem, *l. ult. de fugit.* Hæc omnia, ut a fuga deterreantur: & illud quoque Senatuſc. ne ab alio ullo titulo acquiri poſſint mutareque dominum. Denique hæc omnia recepta ſunt fugæ ſervorum coercendæ gratia, ne excedant, ne fugiant inconſulto, ne officia deferant, ne perfringant compedes, quod fugitivos beneficio aquæ aſſequi poſſe ſcribit D. Chryſoſtom. homil. 9. dum ait, *ferrum aqua molleſcere*. Sed ad rem redeamus. Duplum, quod ex l. 5. hujus tit. quam interpretandam ſuſcepi quaſi præcipuam, is, qui ſollicitavit, & ſuſcepit ſervum publicum civitatis reipublicæ inferre cogitur, hoc eſt, ut præter ſervum fugitivum præſtet alterum ſervum ejuſdem æſtimationis, qua forma etiam colonos fugitivos vult dominis ſuis eſſe reddendos, *l. ſervos, inf. de agricol. & cenſ.* & rurſus *l.* 5. hujus tit. eadem forma libertos civitatum fugitivos ait reddendos eſſe civitati, quod ita accipiendum eſt non ut alter libertus præſtetur, quia liberi hominis, aut æſtimationis ejus nulla eſt præſtatio, *l.* 103. *liber homo, D. de verb. oblig.* ſed ut præſtetur alter homo, non libertus: & quemadmodum Baſilica habent, ut reddatur libertus civitati *κατὰ ἄλλου δούλου*. Nam & libertus *δοῦλος* eſt, ex Chryſippi ſententia *περὶ ὁμωνυμίας. τῶν δούλων* nomen eſt generale, quod & ſervos complectitur dominio alieno ſubjectos, & libertinos, qui proprie dicuntur *οἰκέται* apud Athenæum lib. 6. Proinde quodammodo meus eſt, qui etſi non ſit ſervus, libertus tamen meus eſt, *l. talem, in fine, D. de hered. inſtit.* quia hæc teſtamenti verba, *ſi meus erit cum moriar, heres eſto*, docent pertinere etiam ad ſervum manumiſſum inter vivos, id eſt, ad libertum: & ſimiliter quem indignus ſum ſervum habere, eum etiam libertum habere non debeo, *l.* 53. *Si quis rogatus ancillam, ff. de fideicommiſſ. libert.* Eadem ratione alienata in fraudem patronorum revocantur actione Fabiana, vel Calviſ. cum tamen eadem alienata in fraudem filiorum, vel parentum nulla actione revocentur, *l.* 2. *D. Si quis a patre manumiſſ. fuerit*. Nempe ingenuo homini licet fraudare bonis ſuis filium, vel parentem facta alienatione inter vivos citra donationis inofficioſæ, vel dotis ſpeciem: quia liber & ingenuus eſt rerum ſuarum dominus pleno jure: libertus ſervitutem, qua exivit nondum exuit, itaut nulla ſuperſint veſtigia priſtinæ ſervitutis, nullæve reliquiæ. Sed pergamus: non omittam, quod additur præterea in hac l. 5. defenſorem civitatis, qui ſervum publicum non requiſierit, nec re-

voca-

vocaverit, duo vicaria mancipia publico inferre, unde ſcientes ſervos publicos eſſe fugitivos, defenſores civitatum requirere debent ſuo jure, quaſi magiſtratus. Servos autem privatos quiſque perſequitur, inveſtigat, requirit nonniſi adhibito magiſtratu, vel ejus apparitore, quo auctore licenter ingrediatur ædes alienas quaſcumque, & perſcrutatur veſtigia occultantis ſervos, *l.* 2. *hoc tit. l. Divus, D. eod.* ut ex 12. tabul. furti concipiendi gratia patet aditus in alienas ædes, atque adeo *γυναικωνῖτιν*, in interiorem partem ædium, ſed non ſine magiſtratu, & qui fugitivum requirit, quaſi furem requirit. Nam fugitivus ſui ipſius fur eſſe videtur, *l.* 1. *h. tit. l. ancilla, D. de furt. l.* 4. *l.* 6. *§. ſane ſi ſervus, ſup. de iis qui ad Eccleſ. confug.* Illo loco, *aut qui ſeipſum furatus, &c.* Dico intelligitur: Nam natura non patitur, ut idem ſit fur, & res furtiva. Imo nec jus civile patitur ut ſervus, qui alterius poſſeſſionem, & dominium ſubvertere non poteſt, *l.* 15. *rem quam, D. de acquir. poſſ.* ſui poſſeſſionem ſubvertat, id eſt, ut ſui furtum faciat, furtum enim nihil aliud eſt, quam ſubverſio poſſeſſionis, *l.* 1. *§. Scævola, D. ſi quis teſt. lib.* Sed quantum ad uſucapionem attinet, fugitivi furtivi eſſe intelliguntur, vel finguntur, ut in eis neque locum habeat uſucapio, ut ait lex 1. neque præſcriptio longi temporis. Quæ duo ita videntur recte poſſe diſtingui, ut in eis locum non habeat uſucapio, ſi ab alio poſſideantur, & in eis locum non habeat longi temporis præſcriptio, ſi ipſi diu verſati ſint in libertate ſine dolo malo. Sed ſimplicius eſt dicere, etiam in ſervo, vel alia quacunque re mobili aliquando eſſe locum præſcriptioni longi temporis, *ut in l.* 1. *inf. Si adverſ. credit. præſcript. opp. l. reſcriptis, ff. de diverſ. temp. præſcript.* quæ ſane notanda eſt, dum ait, *reſcripto Antonini caveri etiam, ut in re mobili,* (ſic habent Florent. Pandectæ, & Baſilica) locus ſit præſcriptioni diutinæ poſſeſſionis, ceterum fugitivo locum non eſſe. Denique ut eſt in *§. aliquando, Inſtit. de uſucapion.* nullo tempore ſervum acquiri, cui adhæret vitium fugæ, quod quaſi furtum eſt, & ita Græci in l. 1. h. tit. Bartol. & Salyc. & Fab. & multi alii. Et addit d. l. 1. utilitatem Reipub. hanc fictionem induxiſſe, ut fugitivi haberentur pro furtivis, ne eorum fuga ex cauſa uſucapionis, aut præſcriptionis longi temporis ullum damnum dominis adferret. Et hæc de ſervis, & libertis civitatum fugitivis, & artificibus, vel deputatis publicis operibus. Alia eſt conſtitutio hujus tituli, nempe l. ultima, quæ ſpecialiter tractat de ſervis publicis urbis Romæ, vel fabricis, ſeu aliis publicis operibus deputatis, ut ſi ſe contuberniis alienarum ancillarum immiſcuerint, quod in idiotiſmo eſt *formariage*, confeſtim reddantur operibus urbis Romæ, una cum contubernali ſua, & liberis ex contubernio natis. Quod novum eſt datum urbi Romæ ſingulari jure: nec enim contubernia dominium mutant, & liberi ex contubernio nati cedunt utique matri jure naturali, id eſt, eodem jure, quo ſata cedunt ſolo. Nam & mater veluti ſolum eſt, nec proprie *τοκεύς*, ut ait Æſchyl. Alia eſt autem Conſtitutio in hoc tit. de ſervis fiſcalibus, ut qui eos occultaverunt extra rem etiam ærario inferant 12. argenti libras: quæ pœna longe ſuperat pœnam dupli, quæ vulgo indicitur jure ordinario ceteris furibus. Nam & occultator fugitivi fur eſt; qui tamen gravius plectitur, quam ceteri fures: & ſerva in *l. pen. hoc tit.* quæ eſt de ſervis fiſcalibus; generaliter ſervos appellari fiſcales eos, qui in rubrica hujus tituli dicuntur pertinere ad rem privatam, vel dominicam. Res privata eſt principis propria jure ſuo, quam quæſivit antequam rerum potiretur, vel poſteaquam rerum potitus eſt ſuo nomine. Res dominica eſt, quæ pertinet ad dominium principis jure publico, ut in *tit. de fundis rei privatæ, & fundis rei dominicæ.* Hæ vero, & illæ res rectiſſime dicuntur fiſcales, & quod ait *l.* 3. *inf. de quadr. præſcript.* omnia eſſe principis, habet ſenſum hunc, ut omnia ſint principis tam dominica, quam privata, ut omnia adſcribantur fiſco: Nam, ut ait Seneca, cetera privatorum ſunt imperio

A principis, & dominio ſingulorum. Pene expoſui omnes Conſtitutiones hujus tit. ſaltem pauciſſimæ reſtant. Primum ut adnotemus ex l. 4. mitius puniri eum, qui ſervum fugitivum privati hominis ſuſcepit: Nam ex d. l. 4. in hoc tantum damnatur, ut præter ſervum fugitivum etiam reddat alterum ſervum ejuſdem pretii, aut pretium alterius: quod in legibus ſolemne eſt taxari ad 20. aureorum ſummam, ut *d. l.* 4. *& l. Papinianus, §. ult. ff. de inoff. teſtam. l.* 1. *inf. de communi ſervo.* Hoc tantum addam ex l. 3. hujus tit. Servus, qui transfugit ad Barbaricum (ſic eſt legendum ex Baſil. *περὶ τὸ βαρβαρικὸν*, ex *l.* 1. *&* 2. *ſup. quæ res export. non poſſ.*) ſi deprehendatur, detur in metallum, vel alia pœna afficiatur, vel quod barbaricum eſt, ut ei pes unus abſcindatur, non uterque. Nam hoc vetat Nov. Juſtiniani 34. ſicut
B in libro Volcatii Gallicani legimus, crura, & poplites abſciſſos eſſe eis, qui e militia fugerent, deſertoribus militiæ, qui & ipſi fugitivi dicuntur, *l. aut facta* 16. *§. tempus, ff. de pœnis.* Et in allegoriis Heraclidis Pontici abſcindi manus impiis liberis, qui eas in parentes intuliſſent, & cetera, quæ retulit Galenus lib. 6. de placitis Hippocratis, & Platonis.

AD TITULUM II.

DE FURTIS, ET SERVO CORRUPTO.

TITULUS eſt generalis, qui non ſine cauſa
C ſequatur vicinitatem tituli de ſervis fugitivis. Nam fuga ſervorum ſpecies furti intelligitur, ut heri diximus, & qui fugitivum celat fur eſt, *l.* 1. *D. de ſervis fugit. l.* 36. *qui ſervo, §. ult. D. de furt.* Imo ut Sabinus JC. ait apud Gellium lib. 11. cap. ult. fur eſt etiam, qui cui fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ, tanquam ſe amiciens, ne videretur a domino, obſtitiſſe viſus eſt: forte & fur eſt, qui ſciens viam fugitivo monſtrat, ut eſt in legib. Viſigoth. lib. 9. non qui inſciens, *l. furtum non committit, D. de furt.* Hæc enim ſunt juriſgentium, lumen de lumine accendere, erranti comiter monſtrare viam, non prohibere aquam profluentem, alteri largiri, quod ſibi non officiat, & alteri proſit, quæ ſunt iis utilia, qui accipiunt, danti non moleſta, *l.* 2. *§. Item Varus, ff. de aqu. & aqu. pluv. arc.* & ut vul-
D go jactatur in foro, *une partie ne doit inſiſter à une choſe où elle n' a point d' intereſt.* Item quo magis horum titulorum conjunctio illuceat, vix unquam ſervus fugit, quin ſecum furto rem aliquam auferat, pecuniamve domini, *d. l. qui ſervo, §. pen. l. ult. D. de fugit.* ut in comœdiis Plauti ſervus quidam fatetur: *Multa mihi mala eveniunt, & merito meo: quia & fugi, & tibi ſurripui filium, & eum vendidi. A. quoi homini, S. Theodoromedi in Aulide Polyplusio ſex minis.* Igitur hæc duo vitia conjuncta, & proxima ſunt, & ſervorum probra, fuga, & furtum. Et inde in venditionibus ſervorum cautiones illæ addebantur, & fugitivum non eſſe, & furem non eſſe. Et eleganter D. Hieron. in epiſtola ad Titum, cum audiente viro apprime gravi laudaretur judex, quod fur non eſſet, refert eum dixiſſe, *laudas optimum ſervum, ſi nec fugitivus*
E *eſt*: quod ſcilicet florere oporteat virtutibus longe majoribus ingenuos, quam ſervos, & longiſſime abeſſe a vitiis ſervilibus. Et id puto D. Hierony. ſumpſiſſe ex Philoſtrati Apollonio lib. 3. apud quem Jarchas rex Indorum eruditiſſimus inepte dari vulgo eandem laudem magiſtratibus, quam venaliciarii dant venalibus, quod fures non ſint. At quod attinet ad 2. partem hujus tit. de ſervo corrupto quantam conjunctionem habeat cum tit. ejuſdem libri, lex 5. ſatis demonſtrat, quæ de ſollicitatoribus ſervorum fugitivorum loquitur. Is corruptor eſt, qui perſuadet alieno ſervo, ut dominum fugiat, in quem eſt actio ex edicto prætoris, *quod quis ſervo alieno quid dolo malo perſuaſerit, quo eum deteriorem faceret.* Olim ita edicebatur, *quo eum corrumperet.* Et inde no-

men

men actionis. Recte novi, ne quis servum dumtaxat, vel servam deintegratam intelligeret edixerunt, *quo eum deteriorem faceret*. Et quæso cur de servo corrupto a prætore prodita est actio, non de filio corrupto? Dixerit aliquis rectissime ex *l. ut tantum* 14. §. 1. *D. eod.* Servo corrupto minui patrimonium domini, dignitatem, & famam domus integram manere, filio autem corrupto non minui patrimonium patris, nec enim filii sunt in nostro patrimonio, sed minui dignitatem & splendorem familiæ, cujus infamiam prætor existimat neminem sanum pervulgaturum. Ideo non dedit de filio corrupto, ut ille, qui de parricidio legem non posuit, quod existimaret tantum facinus superare captum generis humani, & quod existimarit id neminem facturum, neque de eo, quid sanxit, quasi ante commissum non esset. Ceterum filii, vel filiæ animo corrupto, si quis velit potest experiri, non directa actione de filio corrupto, sed utili, id est, in factum verbis obscuris, temperatis, & mollioribus, ut mentionem non faciat corruptionis, ne suum pudorem, suæve familiæ offendat: in qua actione officio judicis æstimabitur quid commodi ex filio perciperet si esset bonus, & frugi, sicut filio subrepto, in actione furti, quæ patri competit, æstimatur id quod interest, veluti lucra acquisitionum, quæ per causas furti intercepta sunt, eaque duplantur, *l. eum qui*, §. *si filiusfamil. l. mater*, *D. de furt.* Affectionis rationem haberi non est æquum. Nec omittendum, quoniam pertinet plurimum ad bonos mores, quibus quisque debet se bene informare quantum potest, ut est in *l. 1. & l. corrumpitur*, *ff. de ser. corr.* corrumpi etiam servum, eamque corruptionem pertinere etiam ad edictum, ut inscriptio ostendit, si persuadeatur ei, ut dominum contemnat. Corrumpi & filium si persuadeatur, ut patrem contemnat, contra viam pervulgatam majorum, & contra jura naturæ. Corruptores igitur morum pessimi, qui persuadent, ut magistratus, & principes legitimos contemnant. Porro de servo corrupto in hoc tit. sunt tantum duæ Constitutiones *l. 4. & 20.* Ex quibus intelligitur eum, qui servum dumtaxat sollicitavit ad mores improbos, teneri tantum actione servi corrupti, quæ mixta est actio, quanti ea res erit in duplum *l. 14. ut tantum*, §. *in hac actione*, *ff. de ser. corr.* Qui autem sollicitavit, verbi gratia ad fugam, & celavit, tenetur actione furti, quæ moram dupli pœnam continet, *l. 4. hoc tit.* Et tenetur etiam actione servi corrupti, nec alteram altera consumit. Duo enim sunt diversa facta, quæ plecti seorsum æquum est, quod probat *l. 20. hoc tit.* Cujus species hæc est. Lucius Titius suasit servo alieno, ut rem aliquam domino surriperet, & ad se ferret, nec persuasit: Namque servus hæc omnia domino exposuit, & auctore domino, qui L. Titium cupiebat in hoc ipso delicto deprehendere, servus rem ad L. Titium pertulit: concepta re, quæritur qua actione teneatur L. Titius corruptor? Lex ait, L. Titium utraque actione teneri, furti, & servi corrupti, nec altera alteram consumi, nec minui. Nec objicienda est legi 20. l. 4. tit. 1. supr. quæ dominum, qui immisit servum in domum, vel agrum alienum, ut si possessor servum susciperet, deinde cum eo ageret, quasi cum susceptore servi fugitivi, hunc qui illud lucrum captaret, & cadere actione, & dominio servi, & servum redigi in fiscum, quia in ea specie dolus incœpit a domino, ut Accursius ait: in lege 20. dolus incœpit a Lucio Titio, & dolo quicquam agere non licet, sed contra agere licet. Et valde notandum est in specie *d. l.* 20. eum, qui furtum non fecit, puta L. Titium, qui rem non contrectavit invito domino, qui permisit servo suo, ut perferret rem suam ad sollicitatorem, tamen teneri actione furti ex dolo suo. Ut igitur non sit furtum, sed furti actio: quia quantum in L. Titio fuit, furtum fecit. Eadem ratione de servo corrupto tenetur, licet servum non corruperit: etiam conatus puniuntur, & ut habetur in Basil. non debent esse impuniti ejusmodi hominum conatus. Omnia scelera, quamvis citra exitum subsederint, puniun-

A tur, & generaliter ait *l. 1. C. Th. ad l. Jul. de ambitu*: *pari sorte leges punire scelus, & sceleris voluntatem, & l. 5. quisquis, inf. ad l. Jul. majest. Eadem*, inquit, *severitatem voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt*. Cujus legis verba sunt accipienda generaliter, nec coangustanda ad hoc crimen. Nam ut hoc variis comprobem exemplis, sollicitatores alienarum nuptiarum, itemque matrimoniorum interpellatores, licet stuprum non perpetraverint propter voluntatem perniciosæ libidinis, extra ordinem coercentur, *l. 1. ff. de extraord. criminib.* & ex Constit. Joviniani: *Si quis non dicam rapere, sed attentare tantum jungendi matrimonii causa sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali pœna feriatur*, *l. 5. Si quis, sup. de Episc. & Cler. No. de raptu sanctimonialium* 123. pari pœna plectitur, qui rapuit virginem devotam, vel B ut ait Sozomenus, qui devotam ἀκολάστως intuitus est: & similiter, qui officium in provincia habet, si mulieris invitæ suæ provinciæ illicite nuptias affectavit, *l. 2. sup. si quacumque præditus potestate vel, &c.* Et fur quoque ex d. l. 20. etiamsi effectu potiri non potuerit, & consimiliter effractor, & vecticularius, & raptor manifestus coercendus est, & ut Quintil. ait declamat. 174. *Insidiatus civi, etiamsi non effecerit scelus, pœnas tamen legibus solvit: & proditoris patriæ consilium certum est puniri*, *d. l. quamvis*, quæ omnia Max. Tyrius complexus est his verbis: *Adulterum*, inquit, *lex punit, non tantum eum, qui perpetrat, sed eum, qui perpetrandæ rei consilium iniit*. Et generaliter verum est, in atrocioribus delictis, quæ tam naturali, quam civili jure improbantur, non minus puniri voluntatem, quam effectum, sed non etiam C in levioribus, *l. 22. §. sed & si, ad l. Cornel. de falsis, l. cogitationis, D. de pœn.* quæ pertinet tantum, ut inscriptio docet, ad edictum *quod quisque juris*, quo tantum punitur effectus, non consilium: quoniam leve est crimen. Porro ut in specie d. l. 20. licet furtum non sit, tamen est actio furti, ita evenit aliquando contra, ut re vera sit furtum, non tamen sit actio furti: ut si quid divortii causa uxor amoverit, re vera furtum est, *l. rerum, ff. rerum amot.* Et si illa commiserit crimen expilatæ hereditatis, revera furtum est, nec tamen in eam est actio furti, quæ irrogat infamiam: quia promiscuus usus exemplo actionis furti ream uxorem fieri non patiatur, l. 17. hujus tit. Ac similiter furtum est si quid filio emancipato pater, vel patronus liberto amoverit, nec tamen in eos est actio furti, sed in factum tantum, D *l. 5. 6. 7. ff. de obseq. pa. præst.* Denique in parentes non est furti actio, etiamsi nobis furtum fecerunt, quoniam est turpis actio, & vetat his personis debitus honos ne in eos configamus turpi actione: & tamen, quod notandum est ex l. 3. & 11. hujus tit. in novercam, & in vitricum est actio furti, qui tamen dicuntur parentum locum obtinere, & vero pro parentibus habentur in aliis partibus juris, §. *affinitatis*, & §. *socrum*, *Instit. de nupt. l. Aristo, D. de ritu nupt.* secundum id, quod Phocylides præcepit de noverca. Sed non eadem tamen, ut liquido constat ex l. 3. & 11. hujus tit. In novercam, & vitricum, si nobis furtum fecerint, datur actio furti. Nudius tertius exposuimus quemadmodum apte cohærerent inter se tit. 1. & 2. Et cum essent duæ partes tit. 2. de furtis, & servo corrupto, faciliori methodo prius expeE dire volui eam, quæ est de servo corrupto, deinde de furtis. Residet difficilior, quæ tractata est multorum scriptis, & sermonibus vexata, & multas quæstiones habet, & illam potissimum, quæ tractatur in *l. 1. de concurrentibus actionibus*. Hanc nemo possit absolvere una hora, illam facile mihi erit absolvere: de concursu contrariarum actionum, quas idem homo in judicium deducit juris sui tuendi gratia, contrariæ actiones sunt quibus, quod intenditur pugnat invicem, ut in specie *l. 1.* finge: ex pecunia, quam servus domino surripuit, Lucius Titius sciens eam pecuniam contrectari invito domino, mandante servo fundum comparavit: domino in L. Titium, tanquam furem pecuniæ est ex delicto condictio furtiva, & actio furti in duplum:

plum: eſt etiam in eum actio mandati ex contractu ſervi, id eſt, ex mandato, in hoc ut fundum mandatu ſervi emptum reſtituat. Sed eligere dominus debet, utrum experiri malit ex delicto, an ex contractu. Nec enim ſimul utramque actionem in judicium inferre poteſt: alioquin ſecum ipſe pugnaret: nempe improbaret, quod cum ſervo L. Titius geſſiſſet agendo furti, & condictione furtiva, probaret agendo mandati: mandati actio geſti ratihabitio eſt, *l. 66. Si ſervus alienus*, *D. de fidejuſſ.* quod jus etiam ſequimur hodie, ut Jo. Faber annotavit: Si ex pecunia patris, vel mariti mandante filio, vel uxore idem ſciens pecuniam eſſe furtivam, aliquid filio, vel uxori comparaverit: Et ita verum in ſpecie *l. 1. ſupra*, *ſi ſervus*, *&c.* Si ſervus ab extero ſe emi mandaverit, & manumitti, & poſt emptionem emptor eum non manumittat, liberum eſt domino agere mandati cum emptore, **B** ut ſervum reddat, quem non manumiſit, vel ex vendito, ut ſolvat pretium ſervi, utraque actione experiri non poteſt. Contrariæ enim ſunt actiones, actione mandati ſervum inemptum fieri, & reſtitui deſiderat: actione ex vendito manere emptionem vult, & adimpleri ſoluto pretio. Sic igitur ſtatuamus, contrarias actiones, ſimul in judicium deducere non licere: neque offendamur legibus, quas in contrarium adducit Accurſ. *l. 45. rei communis*, *ff. pro ſoc. l. ſi ſervus*, *D. commod. l. ſi mandavero 22. §. ſi tibi*, *ff. mand. l. 3. ſup. depoſ.* quod admittant concurſum actionis furti, & actionis mandati, ſi procurator in exequendo mandato furtum domino fecit: concurſum actionis furti, & actionis tutelæ, vel negotiorum geſtorum, concurſum furti, vel actionis depoſiti, pro ſocio, commodati, conducti, locati, quoniam ut hoc **C** paucis expediam in illis caſibus non pugnat actio furti cum actione mandati. Utraque enim improbat factum procuratoris, qui rem domini celandi animo attrectavit, & mandati actio perſequitur rem, furti actio pœnam. Quo genere concurrit etiam actio furti cum aliis bonæ fidei judiciis. Quod cum generaliter propoſuiſſet *l. 45.* recte intulit *l. 46.* id eſt, *& in colono*, *& eo*, *qui negotia gerit*, *& qui mandatum noſtrum exequitur*, *& in tutore*, ſic legendum, forte, *id eſt*, non *idem eſt*: imo nihil unquam inveni hoc certius: nec alia eſt ratio *l. ſi ſervus*, *ff. commod.* Quandoquidem re dominica invito domino a ſervo commodata L. Titio ſcienti nolle ſibi eam rem dominum commodari, domino eſt in L. Titium non tantum actio furti, & condictio furtiva, ſed etiam actio commodati, & utraque experiri poteſt, cum lex non adji- **D** ciat, quod ſemper ſolet, & debet ſemper: & vero auctores adjiciant, altera contentum eſſe debere. Dices: atqui agendo commodati videtur ratum habere commodatum, ſicut in ſpecie *d. l. 1.* agendo mandati, videtur ratum habere mandatum, ergo ſibi contrarius eſt, quia probat commodati agendo, commodatum, & quia improbat agendo furti: Proinde non eſt audiendus, ſi utroque judicio experiri velit. Dicam ſpecies eſſe diverſas, & in *l. ſi ſervus*, *ff. commod.* dominum agere commodati ex contractu ſervi, ut rem ſuam recipiat, non ut potiſſimum factum comprobet. Et in hac l. 1. dominum agere mandati, non ut pecuniam ſuam recipiat, ſed ut Titius mandatum impleat ſervi, & ex fide bona fundum mandato ſervi emptum reſtituat, reddat: quo genere plane ratum habet omne, quod cum ſervo L. Titius **E** geſſit: ſi ageret mandati ad pecuniam ſuam recipiendam dumtaxat, non prohiberetur etiam agere furti. Et ex iis apparet quam male in *d. l. ſi ſervus* Accurſ. & Bart. ſuppleant, electa actione commodati, extingui actionem furti, quod proinde eſt, ac ſi dicerent, exacta re furtiva, furem abſolvi pœna. Solvitur quidem fur condictione furtiva ſi acceperit actionem commodati: quia utraque actio commodati, & condictio furtiva reſpicit ad rei perſequutionem; non ſolvitur autem actione furtiva, quæ reſpicit pœnam: nec moveor rurſus *l. 71. ſi is cui*, *ff. de furtis*, qua nititur Accurſ. quod dicat ipſo jure perimi actionem commodati, ſi cum commodatario, qui rei commodatæ furtum fecit, prius

A actum ſit furti in duplum, & retro perimi actionem furti per exceptionem doli mali, ſi cum commodatario prius actum ſit commodati, quo nihil, ut dixi, moveor. Nam hodie fecimus, ut conſtaret in *d. l. ſi is cui*, actionem furti non ſignificare actionem pœnalem in duplum, ſed condictionem furtivam, ut *l. cum furti*, *ff. de in lit. jur.* Furti actio eſt genus, ut *l. eum qui*, *§. qualis*, *ff. de furt.* Cujus duæ ſpecies: una ad pœnam duntaxat furti actio: altera ad rem, quæ ſpecialiter dicitur condictio furtiva. Et hac ſi prius actum ſit, actio commodati ipſo jure perimitur: quia commodati actioni, cum ſit bonæ fidei, ineſt exceptio doli mali, ut eam opponi non ſit neceſſe, *l. ſed & ſi*, *ff. ſolut. matr.* ſed ſi prius actum ſit commodati, condictio furtiva non perimitur, niſi poſita exceptione doli mali, quoniam ſtricta eſt actio, cui **B** nihil ineſt, niſi quod exprimitur. Et hæc eadem ſententia refertur in *l. qui ſervum*, *§. 1. D. de verb. oblig.* Cetera quæ Accurs. *d. l. ſi is qui* exequitur in *d. l. 45.* non approbo, non admitto etiam, quod idem Accurſius notat in *d. l. 45.* quæ eſt veluti arx quæſtionis hujus, hodie ex Conſtitut. Juſtiniani electa actione commodati, extingui actionem furti pœnalem, hoc eſt ex l. ult. hujus tit. & contra electa actione furti pœnali, extingui actionem commodati: Male: nam l. ult. non loquitur de commodatario, qui rem commodatam ſubripuit, de qua re non agimus, ſed de extraneo, qui rem alii commodatam ſubripuit, quo caſu, ut in hac lege proponitur, dominus rei commodatæ eligere poteſt an commodati cum commodatario, an furti cum fure agere velit. Et hanc ſi eligat, id eſt furti actionem, proculdubio peri- **C** mitur actio commodati. Rurſus ſi eligat actionem commodati, actio furti transfertur a domino in commodatarium, cujus periculo res ceſſit. Denique unius actionis electione, & perceptione perimitur altera: imo & ſola electione, ſi elegerit actionem furti, vel etiamſi elegerit actionem commodati, modo ſcierit rem eſſe furto ſubreptam. Nam ſi neſcierit, vel ſi dubitarit, ut ait lex ult. quæ dubitantem ignoranti comparat, ut ſemper fit in jure, *l. ult. ſup. de condict. indeb. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in bon. poſſ. ſer.* Si, inquam, neſcierit, aut dubitaverit, & elegerit forte actionem commodati, nec peregerit nondum percepta re commodata, integrum ei eſt relicto commodatario tranſire ad furem. Diſtinguendum igitur omnino eſt hac in re hoc modo: aut in eumdem quis habet actionem furti, & commodati. Et hoc caſu altera al- **D** teram non tollit: aut in unum habet actionem furti, in alterum commodati, ut in ſpecie *d. l. ult.* & hoc caſu altera contentus eſſe debet, *ut l. 3. §. ult. D. nautæ*, *caup.* Vector, cui in navi res ſubrepta eſt, in exercitorem navis habet actionem de recepto, in furem actionem furti: ſed alterutra contentus eſſe debet. Nam ſi eligat actionem de recepto, amittit actionem furti, eaque transfertur in exercitorem: ſi eligat actionem furti, liberatur exercitor. Et Accurſ. hanc diſtinctionem, quæ rectiſſima eſt, admittit id *d. l. ſi is cui com. D. de furt.* Sed corrupta eſt gloſſa, & reſtituenda hoc modo: *hodie*, inquit, *videtur tolli electione etiam actio furti*, ut *C. eod. l. finali:* ſed dicas, inquit, ibi loqui quando extraneus fecit furtum rei commodatæ, quod veriſſimum eſt. Non eſt omittendum, quod Bald. annotavit in hac l. 1. duas actiones **E** contrarias recte inſtitui ſub alternatione, ut ille, qui apud Accurſ. in *l. 1. inf. quando prov. eſt nec.* ſic loquitur, dico ſententiam eſſe ipſo jure nullam, aut ſi quid valet, majorem judicem appello. Et ad eundem modum duas actiones contrarias inſtitui recte ſub alternatione, & adhibita ſcilicet proteſtatione, ut judici videbitur, ex altera tantum non eſſe contentos conſequi ſententiam, quo jure utimur: & vero ut utamur æquum eſt, & neceſſarium ſi incertum ſit, quæ potius actio teneat, ut in ſpecie *l. 1. §. quia autem*, *D. quod legator:* Si legatarius ſine voluntate heredis rem legatam occupaverit, heres cum legatario agit non male petitione hereditatis, vel interdicto *quod legat.* quibus judiciis tenentur ii tantum, qui pro herede, aut pro poſſeſſore poſſident: & ſimul aget cum

eodem

eodem interdicto quod legat. quo tenetur, qui pro legato possidet, quamvis ita sibi quodammodo adversetur, dum agit utroque judicio. Nam interdicto quod legatorum fatetur adversarium jure possidere, id est pro legato: petitione hereditatis, vel interdicto quod legat. negat adversarium justo titulo possidere, sed pro possessore, ut pro prædone, vel pro herede, ut falsum heredem, & subreptitium, sed protestatio corrigit omne vitium intentionis. Et sic in *l.contra*, *sup.de inoffic.testam.* Idem simul agit querela imperfecti testamenti, & querela perfecti, sed inofficiosi, nec tamen sine protestatione, vel alternatione, ut hac, vel illa via ad jus suum perveniat. Et similiter licet simul agere judicio petitorio, & possessorio, veluti actione in rem, & actione momenti, id est, interdicto uti possidetis, vel utrubi: quamvis actione in rem videatur fateri adversarium esse possessorem, interdicto uti possid. negare. Hoc nimirum proposito, & hac protestatione, ut jus suum sive hoc, sive illo remedio sibi conservet, quæ est sententia *l.naturaliter*, *§.nihil commune*, *de acquirenda possess.* Qua de causa, & proculdubio licet petitorii, & possessorii judicii causam cumulatim disceptare, & dirimere. Symmach. in epistolis ad Theodos. *Constitutio*, inquit, *recitata est, quæ judicibus copiam tribuit, non necessitatem imponit.* Locus est apertissimus, ut quoties de possessione judicant, continuo, & si casus tulerit & de petitorio cognoscant: nec pugnat, quod vulgo dicitur, prius esse cognoscendum de possessione, quam de proprietate: Nam & ita dicitur prius esse disceptandam criminalem causam, quam civilem, minorem cedere majori. Et tamen si ita judici visum sit, simul civilis, & criminalis disceptari potest, *l.pen.sup.de ord. judic.* Denique sicut qui exceptione utitur non omnino fatetur, & admittit intentionem actoris, nec se impugnandæ ejus alia ratione privat, *l.non utique*, *D.de except.* sicut qui familiæ erciscundæ agit, non omnino fatetur adversarium esse coheredem, *l.qui familiæ*, *D.famil.ercisc.* ita, qui agit rei vindicatione, non omnino fatetur adversarium esse possessorem; ut non sit integrum, si velit, adhuc venire ad interdictum de possess. & hoc est, quod ait *d.§.nihil commune*, non videri eum renuntiasse possessioni, cujus postea argumenta forte proferuntur, qui rem vindicavit, videlicet vindicationem esse proditam rei servandæ, non perdendæ gratia, *l.aliam causam*, *D.de novat.*

Ad L.V. Civile est, quod *a te adversarius tuus exigit, ut rei, quam apud te fuisse fateris, exhibeas venditorem. Nam a transeunte, & ignoto te emisse, dicere non convenit, volenti evitare alienam bono viro suspicionem.*

Ad L.VII. Si is, cui te pecuniam *ad matrem tuam perferendam dedisse proponis, parva quantitate numerata, reliquam in usus suos convertit, furtum fecit.*

EXplicaturi sumus hodie quæstiones l. 5. & 7. Ac primum quidem admonendi sumus, in furem nec manifestum præter rei persequutionem, quæ genere vindicationis, aut condictionis instituitur, dari actionem furti pœnalem in dupl. ex XII. tab. *§.sunt autem*, *de noxa. action. Instit.* Eaque actione tenetur non tantum, qui furtum fecit clanculum, sed etiam is, cujus ope, & consilio furtum factum est. Nam & hic dupli tenetur, ut optime docet *l.ult.sup.de noxal.action.* In furem autem manifestum dari actionem in quadruplum ex edicto prætoris, *§.1. Instit. de perpet. & temp.action.* Actio igitur furti nec manifesti, quod notandum est, est civilis .i. ex l. XII. tab. Actio manifesti est prætoria, & utraque perpetua tamen. His vero actionib. utimur si pro fure damnum decisum non sit, ut loquuntur XII. tabul. id est, si de furto transactum non sit. Placet enim pacto, & transactione nuda ipso jure tolli actionem furti pœnalem, *l.13.h.t. l.jurisgentium*, *§.si paciscar*, *l.si tibi*, *§.1. D.de pact. l.si pro fure*, *D.de condict.furt.* ipso jure, id est ex duodecim tab. quæ pactionem, & decisionem furti approbaverunt. Alioquin ex pacto nudo neque constitui ipso jure, neque tolli obligatio potest.

A Non igitur jure civili nimis acerbe actum est, jureve ordinario cum furibus, cum ut dixi, pactione nuda extinguatur furti pœna, non rei persequutio, nisi quis ultro suam rem donaverit. Ac præterea nunquam legibus fuit prodita criminalis actio furti; id est nulla fuit de furto accusatio ordinaria, & legitima, præterquam ex certis causis, veluti plagii, repetundarum, residuorum, peculatus, & si quid de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata captum, aut raptum esse dicetur. Ex aliis causis non est prodita de furto criminalis actio, quæ sit ordinaria, & legitima: Proponitur etiam in hoc titulo l. 18. specialis actio furti ex edicto prætoris, civilis actio in eum, qui ex miserrima naufragorum fortuna, vel incendio, quo forte conflagrabant ædes alienæ, aliquid cepit, abstulit, amovit: aut qui quid deterius fecit, qua B tenetur, etiamsi non sit manifestus intra annum utilem in quadruplum, & post annum in simplum, non ei tantum, cujus interest, sed etiam fisco .i. tantum fisco infert, quantum ei, cujus interest, *l.3. §.ult.de incend.rui.naufr.* Atque ita tenetur intra annum in octuplum, & post annum in duplum præter criminalem exequutionem, & pœnam corporalem in eum statutam duodecim tab. *l.1.§.1. l.qui ædes*, *D.eod.* Quod l.18. hujus tit. significat his verbis: *præter pœnam olim statutam.* Criminalis igitur exequutio si sit legitima, & ordinaria, non tollit civilem actionem in duplum, vel quadruplum, neque vicissim hæc illam: At certe extraordinaria criminis persequutio tollit actionem civilem, & ordinariam: & quod hodie in usu actio non est furti in duplum, vel in quadruplum, id ex eo manat, quod omnia judicia sint extraordinaria, & furti agatur, ut ait *l.* C *ult. ff.de furt.* nunc plerumque criminaliter, & extra ordinem, non civiliter in duplum, vel quadruplum: ubi autem quis elegit viam, & accusationem extraordinariam, sane renuntiasse videtur civili, & ordinariæ actioni in duplum, vel quadruplum, & simplo ei satisfit, quod ad rem sublatam attinet, quæ est evidentissima sententia *l. interdum*, *§.qui furem*, *ff.de furt.* nec tamen prohibetur quis si velit omisso jure, & rigore extraordinario, civiliter agere in duplum, vel in quadruplum, ut ait *d.l.ul.* nec jure prohiberetur hodie me judice, si quis mallet agere de furto in duplum, vel in quadruplum extraordinarie: quia ordinaria judicia cessant potius, quam extincta sunt, quod notandum. Et iis addamus, quod proponitur in l. quinta hoc titulo de furto concepto, quo nomine olim erat actio in triplum. Hodie est actio in duplum, tan-D quam ex furto non manifesto, ut, si quis rem sibi surreptam conceperit, & invenerit apud L.Titium, possit L. Tit. insimulare, & condemnare furti, si ultro dicat se eam rem emisse, cum agitur a domino actione furti in eum, vel condictione furtiva, nec exhibeat venditorem, fur est, qui rem domino subreptam possidet, si non exhibeat auctorem, a quo rem accepit. Et ideo ait *l.2. Incivile est, quod desideratis, ut agnitas res furtivas, non prius reddatis, quam pretium fuerit solutum a dominis. Curate igitur cautius negotiari, ne non tantum in damna ejusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis.* Contra *l. cogi*, *sup.de petit.hered.* ait, incivile esse possessorem a petitore compelli, ut edicat causam, & titulum possessionis suæ, præter eum ut subjicit, qui cogitur edicere an pro herede, vel pro possessore possideat, ne scilicet frustra E agatur petitione hereditatis, quæ comparata est in eum dumtaxat, qui pro herede, vel pro possessore possidet. Sed hi tituli pro herede, vel pro possessore in eo tractatu de petitione hereditatis falsi sunt, non veri, & reus si ex eis neget se possidere, sane cogitur edicere verum titulum, si quem habet. Atque ita is, quo cum agitur speciali in rem actione, cogitur edicere an possideat, ne frustra cum eo agatur: sed qua ex causa possideat, nec edicere nec docere cogitur. Hoc munus est petitoris, non possessoris implere dominii probationem. Præposterum est petitorem actionem suam desiderare ut instruat, informet, & fundet possessor unde petitur: omnis probatio a petitore exigitur, nulla a possessore: possessori fortuna favet, & impensior est semper possessoris causa,

& pro-

& pronior, quod omne ostenditur in *l. 4. & ult. sup. de edendo*, *l. 2. sup. de probat. l. 6. sup. de testib.* Et ita *d. l. cogi* abrogat *l. 1. Cod. Theod. de fide test. & instrum.* qua Constantinus petitori defuncto probationibus constituit ut possessor edicat unde possideat, vel quo jure eam teneat: quod merito *l. cogi* ait esse incivile, & esse præposterum, ut actore non probante, probationem exhibeat reus: nec refragatur l. 5. hujus tit. quæ hoc vult, ut possessor compellatur edere titulum suæ possessionis, auctoritatis, sive dominii: si possessor ultro dicat eam rem se emisse, cum agitur in eum actione furti, vel condictione furtiva, vel rei vindicatione, tum ut damnetur furti nisi exhibeat venditorem: aut dicamus sollicitius, ut Thalelæus in illo loco, & distinguamus hoc modo: aut agitur de nudo, aut solo dominio petitione hered. vel rei vindicatione, & tunc possessor non cogitur edicere tit. possessionis suæ actore non probante. Aut igitur de furto, & tunc possessor cogitur purgare innocentiam suam probato tit. possessionis suæ, & auctore suo, qui non indicat auctorem, vel qui non indicat furem, si rem possideat, pro fure habetur: qui non indicat furem, si rem non possideat, & si furem noverit, pro fure non habetur: quæ est sententia *l. qui vas, §. 1. ff. de furt.* Aliud est celare furem, aliud non indicare: qui celat, fur est, qui non indicat, fur non est, nisi rem possideat, & auctorem exhibere detrectet: nam ut eleganter ait *l. 5. a transeunte & ignoto te emisse dicere non convenit, volenti evitare alienam bono viro suspicionem.* Et inde Divus Hieronymus dum Ruffinum perfidiæ coarguit, & plagii: *Dic*, inquit, *a quo exemplar acceperis, nec mihi ad subterfugiendum crimen auctores mortuos aliquos proferas, ut cum auctorem proferre non potueris, illum proferas, qui non possit respondere, & in consequentibus: dic potius inveni librum, putavi esse martyris, jam te non urgebo, & non quæram a quo acceperis, vel mortuorum aliquem nominato, vel in platea ab ignoto homine te emisse dicito, non curo.* Et id etiam apertius dici potest ad *l. cogi*, & ad istam omnem quæstionem percipiendam, petitore non probante intentionem suam, possessorem non cogi edicere titul. possessionis suæ: contra petitore probante intentionem suam, ut si rem vindicet, & liquido probet eam rem defuncti fuisse, cui heres extiterit, tum ne res evincatur, necessario cogi possessorem edicere, & probare unde possideat, puta eam rem esse sibi a defuncto donatam, vel se eam usucepisse, *in l. emptor, inf. de præscript. longi tem. l. si quidem, inf. de except. l. sive possidetis, sup. de probat.* In qua male affirmant ideo possessorem edicere tit. possessionis suæ, quia præsumptio faciat pro petitore: qua de re nullum verbum, nullumque indicium in ea lege. Ac proinde male in eo etiam loco diffuse tractant de præsumptionibus, deserta quæstione propria, & simplicius Græci illam legem interpretantur in hanc sententiam: qui rem suam petit, probare debet qua ex causa ejus rei dominium nactus sit: qua probatione impleta, si adversarius dicat se ex alia causa justiore dominium acquisisse, tum ipse pro sua parte suæ quoque intentionis probationem implere debet, & ita probatio probationem elidet, sic recte a possessore exiges probationem, modo a petitore exegeris prius acceperisque. Et ita accipiam omnino eam *l. sive possidetis*, & dicam solum possessorem non cogi edicere causam dominii, vel possessionis suæ, exonerato petitore, sed petitore probante dominium rei, necessitatem contrariarum probationum exigi a possessore, nisi lite cadere velit. Et ita quoque accipiam quod Isæus ait *in proxeneta*, his verbis: *Jus*, inquit, *esse, ut prædia, quæ sunt in controversia, possessor doceat a quo emerit, vel ex causa pignoris acceperit, vel ex causa judicati, nimirum petitore pro sua parte implente intentionem suam.* Et his addamus etiam quod est in *l. 2. hujus tit.* Eum, apud quem furtum conceptum, & inventum est, cadere in suspicionem furti, etiamsi edicat, vel edoceat a quo eam rem acceperit, posset enim a fure accepisse sciens, & fur est, qui rem a fure sciens accepit, *l. ancilla, in fine hoc tit.* atque ita domino rem suam vindicante ab eo, apud quem quæsita & inventa est, is inciviliter desiderat ut dominus sibi restituat pretium, quod ipse pro ea re intulit venditori, cum nisi sceleris particeps sit, regressum habeat adversus suum venditorem. Et inde corpori negotiatorum Impp. in *d. l. 2.* (quod aptari potest ad multa negotia humana) ita rescribunt: *Discite igitur cautius negotiari, ne non tantum in damna ejusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis.* Id est circumspicite etiam atque etiam a quo ematis, ne & rei & pretii damnum faciatis: curiosos esse emptores oportet, sicut dicitur, curiosos creditores esse oportet, in quam rem scilicet mutuam pecuniam rogentur: alioquin per incuriam, vel non curantiam eis persæpe fraudi foret, in *l. 3. §. si sic accepit, D. de in rem verso, l. ult. D. de exerc. actione.*

Ad L. penul. Apud antiquos quærebatur, *si servus, quem aliquis bona fide possidebat, furtum commiserit alienarum rerum, vel ipsius, apud quem constitutus est: an ipse, qui eum bona fide detinet, noxalem furti actionem adversus verum dominum habeat, vel ipse ab eo, qui furtum passus est, prædicta conveniatur actione. Cumque generalis regula ab antiqua prudentia exposita est hujus hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere quis compellitur, adversus alium furti actionem habere non concedens: quidam ita eam per conjecturam interpretati sunt, adversus bonæ fidei quidem possessorem nullo modo furti actionem extendi: ipsi autem si furtum fuerit passus, adversum verum dominum furti noxalem actionem recte decerni. Tunc autem bonæ fidei possessorem furti nomine, quod passus est, noxalem actionem habere posse, quando servus sub domini sui fuerit constitutus possessione: & pro his rebus posse eum adversus dominum habere actionem, non solum, quas servus subtraxit jam apud eum constitutus, sed & quas furatus est, quando fugit quidem a bonæ fidei possessore, adhuc autem nondum sub manibus domini sui fuerat constitutus. Quam interpretationem prisca quidem jura per conjecturam introducebant: nos autem altius, & verius ad eam respicientes, generalem regulam sic ab initio esse prolatam accipimus. Cum igitur bonæ fidei possessor domini cogitatione furem possidet: merito, donec apud eum constitutus est, & aliis tenetur noxali actione, si extranei furtum a servo fuerint passi, & ipse adversus verum dominum non habet actionem, secundum regulam dicentem: Qui habet adversus alium furti actionem, ipse ea teneri non potest. Sin autem desinat in servi retentione, & ille apud verum dominum fuerit inventus, tunc ipse quidem noxali furti actione minime potest teneri, adversus autem verum dominum habet ipse furti noxalem actionem pro rebus, quas vel tunc furatus est, cum est apud verum dominum, vel antea, postquam bonæ fidei possessoris retentionem excessit, nec dum apud verum dominum factus est. Sic iterum regulæ generali casus evenit consentaneus: Qui enim habet tunc furti actionem adversus dominum, ipse aliis teneri furti actione non potest, & sic ex tempore omnibus discretis, vetustissima dubitatio nostro fœdere conquiescat, & bonæ fidei possessor in parte certa temporis habeat actionem, & non teneatur actione: & ipse dominus alio tempore non teneatur actione, & in alio sub actione constituatur. De eo autem, qui liber constitutus, ab alio bona fide tenetur, si furtum commiserit, recte, & sine aliqua dubitatione dicitur, posse eum, qui liber est cognitus, & ab ipso, qui bona fide eum detinet, pro furto conveniri, & bonæ fidei possessorem, si extraneo furtum liber commiserit, non posse conveniri, sed ipsum pro suo furto respondere: quia generalis regula de servo prolata est: & pro eo, qui non servus, sed liber, & suæ potestatis est, noxalem moveri actionem, impossibile, nostrisque legibus incognitum est. Datum Calend. Octob. Lampadio & Oreste vv. cc. Coss.*

Quæstio l. penult. pertinet ad regulam juris antiqui, quæ dictat dominum, aut bonæ fidei possessorem, qui ex delicto servi noxali actione tenetur, atque conveniri potest, non posse ejusdem servi nomine ea actione experiri, & contra eum, quo cum agi non potest noxali actione, posse ipsum agere ea actione. Huic regulæ locus est

cus eſt primum in dominum, ſi communis ſervus primi & ſecundi, primo dominorum furtum fecerit: nam primus cum ſecundo agere non poteſt actione furti noxali. Quia ſi is ſervus extraneo furtum feciſſet, primus eo nomine teneretur noxali actione in ſolidum: & pro quo teneretur noxali actione etiam in ſolidum, qui ex parte tantum dominus eſt, abſurdum eſt, ut propter eum etiam habeat noxalem actionem in ſocium. Quod oſtendit *lex Et puto*, §. *ult. ff. famil. erciſc. & l. propenul. ff. de nox. act. & l. 8. ff. eod.* quæ nominatim ait, quemvis dominorum, ſi ſervus communis noxam fecit, teneri noxali actione in ſolidum: Sed non alia ratione, inquit, poterit qui conventus eſt evitare litis æſtimationem, niſi ſolidum ſervum noxæ dediderit, quia noxæ deditio diviſionem non recipit, *l. ſi ſervus*, §. *item ſi, ff. ad leg. Aquil.* nec igitur ferendus ſi partem ſuam cedere paratus ſit actori poſt acceptum judicium noxale: nam ante id poteſt cedendo ſuam partem conſequi ſecuritatem, & is, qui ceſſerit hoc genere, amittet actionem noxalem, quam habuit, quia dominus ſervi pro parte factus, non poteſt jam cum ſocio experiri actione noxali: qui ſi alii noxam nocuiſſet ſervus, ipſe conveniretur noxali actione. Et in eundem hæc non cadunt, ut ejuſdem ſervi nomine poſſit idem & convenire, & conveniri noxali judicio. Quod locum habet non ſolum in actione furti, ſed etiam in aliis noxalibus actionibus, ut ipſi inter ſe ſocii non poſſint agere noxali actione ex delicto ſervi communis, quod in unum ex iis admiſerit, *d. l. ſi ſervus*, §. 1. *l. ut tantum*, §. *ſi ſervus, de ſerv. corr. l. ſed ſi unius*, §. *ſi ſervus, ff. de injur.* Et cedo rationem hujus regulæ, quæ ſit idonea: nimirum alia ratio non eſt, quæ ſit idonea, quam quod ſit abſurdum eos inter ſe noxalibus actionibus experiri, qui in ea cauſa ſunt, ut ſervi nomine tanquam domini noxales actiones pati & excipere poſſint. Quæ ratio etiam efficit, ut inter ſe ſocii non agant de peculio ex contractu, quem forte habuerunt cum ſervo communi, *l. hinc quæritur*, §. *ultim. & l. ſeq. de peculio.* Nam qui agit de peculio, vel noxali actione, non ſe, ſed adverſarium dicit eſſe dominum, & poſſeſſorem. Denique non agit, ut dominus de peculio, vel noxali judicio, ſed ut extraneus, id eſt extraneis hæ actiones dantur, non dominis, ſed in dominos, dominis, & in dominos non item: Et hac in re nulla eſt differentia inter ſervum communem & proprium. Si ſervus meus ſervo meo noxam nocuerit, nemo eſt, in quem mihi competat actio noxalis, quod alterum ſervum meum deteriorem fecit, vel forte occiderit. Et ſimiliter ſi ſervus communis ſervo meo proprio noxam fecit, cum quo experiar actione noxali non habeo: hanc pati meum eſt agente extraneo, ſive ex parte, ſive in ſolidum dominus ſim, condominis ſervi non licet inferre, neque in dominum, neque in ſocium, non enim ſcindere hominem poſſumus, ut pro parte cum ſocio agam, cum is homo ſervo meo proprio noxam nocuerit toto pectore & corde, non parte pectoris, corporiſve ſui, *οὐχ ἡμισείᾳ γνώμῃ, ἢ μιᾷ χειρί*. Et hac in re etiam utitur comparatione ſervi proprii & communis Sabinus in *d. l. ut tantum*, §. *ſi ſervus, ff. de ſervo corrupt.* ut ſi ſervus communis corruperit ſervum meum proprium, non ſit mihi actio noxalis ſervi corrupti in ſocium, perinde ac ſi ſervus meus proprius corrupiſſet conſervum, id eſt, alterum ſervum meum proprium: ut enim hoc caſu non eſſet actio noxalis in quemquam, ita nec erit illi in ſocium, eademque comparatio eſt ſervi proprii & communis, *l. ſi ſervus communis, ff. de furt. l. ſi ante aditam*, §. 2. *ff. de interrogat. in jure fac.* Ceterum etſi deficiat, ut oſtendi, actio noxalis in ſocium ſervi communis, quod in me admiſit unum ex dominis, tamen ſuppetit alia actio, nempe famil. erciſc. inter ſocios, vel communi divid. Et eſt actio quaſi noxalis, ut ſcilicet officio judicis, vel ſocius parte ſua mihi cedat pro noxa, vel ut litis æſtimationem præſtet in ſimplum. Non eſt noxalis actio, ſed quaſi noxalis, ut ait *l. ſi ſervus communis, D. de furt.* quia non datur ad pœnam: puta in ea actione communi divid. lis non æſtimatur in duplum, vel quadruplum, ſed in ſimplum tantum, id eſt, in ſolam æſtimationem damni, ut vel ſocius eam præſtet in ſimplum, vel cedat parte ſervi, & totum ſervum mihi adjudicari ſinat. In judicio diviſionis hæ actiones ſuppetunt, ſimpliciter actio noxalis non ſuppetit propter rationem, quam expoſui antea, quæ ut perſpicua eſt, ſic etiam vera: alia tamen ratio redditur in *l. ſi ſervus ſervum*, §. 1. *D. ad l. Aquil.* quam quæ ſuperius allata eſt, quæque vero vincit juſtiſſimam eſſe regulam juris antiqui. Excutiamus quæſo illam rationem, quæ proponitur in *l. ſi ſervus*, §. 1. Si ſervus communis meus & tuus meum proprium occiderit citra voluntatem tuam, ceſſat noxalis actio in te ex *l. Aquil.* cur ita? ne, inquit, ſit in poteſtate ſervi damno dando injuria uni ex dominis, alterius poteſtate ſe ſubtrahere per delicti cauſam, beneficiumque. Græci legunt uni ſoli, vulgo tibi ſoli ſerviat, per enallagen perſonarum, ut Odofredus annotavit. Nam ſunt frequentiſſimæ *ἐναλλαγαὶ* & temporum, & perſonarum. At vero Accurſius noſter prorſus damnat, nec petita venia, rationem illam, quæ proponitur in *d. l. ſi ſervus*, ut non ſit noxalis actio in ſocium, ne ſit in poteſtate ſervi, ut uni ſoli ſerviat: Et contendit aliam rationem debere reddi cur ſocio non ſit actio noxalis in ſocium, propterea quod ipſe ſocius, qui agit noxali, tenetur noxali judicio in ſolidum: Accurſ. movetur duobus fortiſſimis argumentis. Unum hoc eſt: ſi ideo ſocio in ſocium non datur noxalis actio ex delicto ſervi communis, quod admiſit in unum ex ſociis, ne ſit in poteſtate ſervi, ut uni ſoli ſerviat, eadem ratione contendam nunquam dominum teneri actione noxali ex delicto ſervi, ne ſit in poteſtate ſervi, ut dominum mutet damnum dando, vel furtum faciendo extraneo, domino ſuo non exiſtente ſolvendo, id eſt, ſi dominus non velit, aut non poſſit perſolvere litis æſtimationem: atqui hæc ratio non tollit actionem noxalem, quia hac una re eſſet in poteſtate ſervi deteriorem facere domini conditionem, *l. 1.* §. *quod igitur, ff. de vi & vi arm.* niſi colludant cum iis, quibus damnum inferunt, ut dominum mutent ex ſententia Platonis ad finem 2. legum: & argumento *l. cum ſervus, in fi. mand.* ac citra colluſionem certe poteſt in hoc ſervus facere deteriorem domini conditionem damnum dando extraneo, ut dominum mutet, & dedatur extraneo pro peccato, cujus æſtimationem non poteſt implere dominus per facultates ſuas: igitur ne ſit in poteſtate ſervi hoc genere mutare dominum, ideo negabis eſſe in dominum noxalem actionem. Minime vero: ergo nec negabis in ſocium ſocio noxalem actionem non eſſe ea ſola ratione, ne ſit in poteſtate ſervi, ut uni ſoli ſerviat. Alterum argumentum Accurſii tale eſt. Si ideo ſocio, cui ſervus communis noxam nocuit, non datur in ſocium noxalis actio, ne ſit in poteſtate ſervi, ut uni ſoli ſerviat, eadem ratione non dabitur etiam in ſocium ſocio actio communi dividundo, quaſi noxalis, quam jam ante dedit, quia per eam etiam accidit, ut ſervus uni ſoli ſerviat: ſi forte ſocius non ſit ſolvendo, aut litis æſtimationem ſufferre nolit: atqui illa ratio non impedit actionem communi dividundo. Ergo nec per ſe ſola poteſt impedire actionem noxalem. Hæc ſunt fortiſſima argumenta: quid dicemus? venerari ſoleo, ut debeo, ſcripta juris auctorum, nec ſi quiſquam contempſerit is unquam quicquam in jure certum habuerit, nec ſibi bene conſuluerit. Sed nec patefecerit viam ad ejus perdiſcendum. Sed animadverti in *d. l. ſi ſervus ſervum*, §. 1. Ulpianum referre ex Urſei Ferocis libris, & Urſejum ex Proculo, ceſſare noxalem actionem in ſocium, ſi ſervus communis occiderit ſervum proprium unius ex dominis, aut vulneraverit. Quam ſententiam Ulpia. ſubjicit eſſe veram, ſi modo non voluntate alterius domini id fecerit. Sed non ſentit Ulpia. eam rationem eſſe veram, qui alibi utitur priore, quam firmamus, ut in ſocium non ſit actio noxalis ſocio ex delicto ſervi communis, qui & ipſe teneretur noxali actione, ſi ſer-

vus communis alii noxam nocuisset, *l. sed si unius*, §. *si servus*, *ff. de injuriis*, *l.* 8. *de noxal. actio.* Deinde animadverti Julianum scribentem ad Ursejum Ferocem in *l. propen. de nox. act.* ex libr. 2. Juliani ad Ursejum, quo complexus est notas ad libros Ursej, Julianum scribentem notam impressisse Ursejo hanc, quod non ea ratione socio in socium non sit noxalis actio, quam attulit Ursejus ex Proculo, ne videlicet sit in potestate servi, ut uni soli serviat, sed idcirco, quia socius, qui agit noxali actione, teneretur & ipse noxali actione si servus extraneo noxam fecisset, & Juliani ratio est ex Sabino, cujus disciplinam Julianus sequutus est, & quæ nominatim Sabino adsignatur, *d. l. ut tantum*, §. *si servus servum*, per comparationem servi proprii & communis: Julianus Sabinianus fuit, non Proculianus, & ex dissidiis inter has familias Jurisconsultorum Proculia. & Sabinianorum innumeris in Digestis hoc unum est certissimum Judicium.. Nota igitur Accursii nostri & nota Juliani est: & nota Juliani est ad Ursejum, quasi veram Ursejus rationem non protulerit, & nos igitur non tam Accursio, quam Juliano libenter assentiamus, & dicamus Juliani rationem esse potius sequendam. Et pergamus ad alia. Superiori regulæ, id est, quam initio recitationis hujus exposuimus, locus est non tantum in domino, sed etiam in bonæ fidei possessore, qui servi alieni, quem bona fide possidet, existimat se esse dominum. Nam bonæ fidei possessor, quamdiu eum servum possidet, tenetur propter eum actionibus noxalibus, ut dominus: bona fides imitatur dominum. Denique tanquam dominus, quamdiu servum alienum bona fide possidet, ejus nomine tenetur noxali actione, *l. bona fide*, *& seq. l. quotiens*, §. 1. *l. & generaliter*, *ff. de noxal. act.* Neque obstat, ut paucis expediam, quod male ait Accurs. *l. si servus servum*, §. *item si servus*, *ff. ad l. Aquil.* quod dicat servi occisoris dominum teneri noxali actione damni injuriæ., non bonæ fidei possessorem: ne dixeris, ut vulgo dicitur, speciale esse in actione legis Aquiliæ dari in bonæ fidei possessorem, proditum est *l. octava*, *ff. de interrog. in jure fac.* Sed rem ita præcidam: bonæ fidei possessorem non teneri directo judicio noxali, ut vel litis æstimationem sufferat, vel servum faciat actoris, quoniam est illud iniquum, & hoc non possit præstare, cum ipse non sit dominus servi bona fide possessi. Non igitur tenetur in hoc, ut vel servum eum faciat actoris per noxæ deditionem, vel omnem litis æstimationem sufferat, sed tantum tenetur utili actione noxali, ut eum servum dimittat, & toto suo jure cedat actori, ut quoquo modo noxæ dedat actori, non abscise, ut eum faciat actoris: quæ deditio non erit inutilis actori. Nam domino vindicante eum ab actore, cui eum in noxam dedit bona fide, possessor repelletur exceptione doli mali, nisi offerat integram litis æstimationem; unde apparet tenere noxæ deditionem factam a non domino, & omnino utili judicio noxali teneri, ut qualiter qualiter servum dedat actori bonæ fidei possessor, & toto suo jure cedat. Ex quo sequitur servum, qui furtum fecit bonæ fidei possessori secundum superiorem regulam, non habiturum noxalem furti actionem adversus verum dominum servi, quia qui tenetur ipse noxali judicio, non potest agere in quemquam noxali judicio: denique superior regula habet locum etiam in bonæ fidei possessore: definitio est legis penultim. In qua additur, quod si bo. fidei possessor jam non possideat illum servum, quem olim possedit bona fide, ut si fortasse redierit ad dominum, ut tum bonæ fidei possessor non teneatur noxali actione, quod non eum amplius habeat in sua potestate & possessione, & consequenter, ut recte agat actione noxali in dominum ex furto, non quod fecit is servus dum erat in sua possessione, quoniam hoc genus furti non cadit in actionem furti, quod servus domino facit, vel quasi servus, id est bona fide possessus, bonæ fidei possessori facit, quoniam is δοῦλος est, sive ἀντίδουλος: nec patrono etiam cliens si furtum fecerit, imo nec quod li-

A bertus patrono fecit, sed quod fecit postquam exivit a custodia bonæ fidei possessoris. Sed idcirco non cadit in actionem, quod libertus patrono fecit, quod & servus δοῦλος sit, & hic ἀντίδουλος, ut Æschilus loquitur: nec si mercenarius furtum fecit conductori tenetur actione noxali furti, quia hi sunt servi loco, *l.* 1. §. *familiæ*, *D. de vi & vi arm. l.* 4. *ff. de usu & habit.* adhibita interpretatione Theophili in §. 1. *Instit. eod.* In servos nostros, vel eos, qui sunt nobis servorum loco, non est furti actio ulla ex causa, ne leviore quidem, quoniam jus non patitur, ut in quem possimus jure nostro statuere, in eum agamus jure civili, & ut inter dominum & servum lis non consistit, ita nec etiam inter bonæ fidei possessorem, qui pro domino habetur, & inter servum bona fide possessum, ut inter eum, qui loco domini est, vel B loco servi. Quæ omnia proponuntur in *d. l. penult.* Sed additur, quod maxime notandum est, noxalem actionem non dari in bonæ fidei possessorem, qui possidet liberum hominem: servi alieni bona fide possessor, quamdiu eum tenet, tenetur actione noxali propter ejus servi noxam, liberi hominis bonæ fidei possessor ex delictis liberi hominis non tenetur noxali actione, vel si ea actione actum sit, cum domino non dum comperta conditione hominis, quem possidet, manet integra actio cum libero homine, *l. pen. de noxa. action. l. confessionibus*, §. *ult. de interrog. in jure*. Potest quæri, quæ sit differentiæ ratio inter bonæ fidei possessorem servi alieni, & possessorem liberi hominis? Cur ille bonæ fidei possessor servi alieni fingitur esse dominus, & tenetur noxali actione, & bonæ fidei possessor liberi hominis non fin-C gitur esse dominus, nec ea bona fides imitatur dominium. Puto, ut rectissime definit Accurs. *l.* 3. *ff. pro soc.* quia fictiones in jure hæ tantum admittuntur, quæ naturæ & juri conveniunt: adoptio fictio est & imago naturæ, quæ imitatur naturam suscipiendorum liberorum, ut ait *l. filio*, *ff. de lib. & post.* Et Calphurnius Flaccus in declamat. adoptio sancta res est, quæ beneficia naturæ & juris imitatur, quæ tamen naturæ & juri congruere debet. Nam si adoptaveris eum, qui per ætatem tuus filius esse non potest, adoptio non valet: pugnat fictio cum natura, nec admittenda igitur. Et similiter si quis in jure interrogatus respondeat illum filium suum esse, responsio eum non obligat, quæ falsa est, nisi congruat naturæ, quæ est sententia *d. l. confessionibus*. Nam si ætas non ferat esse filium, confitendo eum esse filium D suum, nihil agit, nihil sibi incommodavit, confessiones rejiciuntur, quæ non sunt juri & naturæ convenientes, *d. l. confessionibus*. Porro jus non patitur, ut possit quis fingi esse dominus liberi, etiamsi eum bona fide possideat, quod non sit in commercio hominum liber homo. Ac proinde quod non possit a bonæ fidei possessore usucapi, *l. usucap. ff. de usucap.* Igitur qui bona fide possidet liberum hominem, non fingitur esse dominus liberi hominis, sine qua fictione, nec in eum possit intendi actio noxalis ex delicto liberi hominis. At apte & convenienter bonæ fidei possessor servi alieni, fingitur esse dominus, quod opinio ejus juri non adversetur, & potest usucapi. Absoluta hæc est quæstio, si modo ostendero paucis, eum, qui tenetur noxali, non agere noxali, non idem esse cum eo, quod dicitur, eum, qui tenetur furti E actione non agere furti, hæc sunt longe diversa: Nam prior sententia ponit unum tantum furem, ut qui tenetur actione noxali furti nomine, non agat noxali actione. Posterior ponit duos fures, & est quoque de directo judicio furti, non de noxali, nimirum furem, qui rem domino surripuit, & furem, qui furi rem subripuit, quo casu dicimus furem furti non agere, quæ tamen positio non est undequaque vera. Nam si furis ob eam rem intersit eam rem sibi non perire, & sibi confestim surripi, quod ipse furtum ejus rei fecerit, vel dolum in ea re admiserit, ex quibus tenetur, hoc prætextu non potest agere furti ex suo furto & dolo, id est, quod propter dolum hujus rei nomine furti teneatur. Nam cujus interest, is tantum actionem habet, si ejus intersit ex justa

causa.

causa. Nam ex turpitudine sua, & improbitate nemo habet actionem furti, sicut nec pro socio, nec mandati, *l. si a reo*, *§. ult. de fidejuss. l. 12. & 14. §. is autem*, *& §. idem Pomponius*, *de furt.* Ita certe fur furti non agit. Sed si furis intersit rem non perire, quod ea res sit sua: nam rei suæ quandoque furtum fit, ut si debitor creditori rem suam subripiat dolo malo invito creditore, cui si deinde ea res surripiatur ab alio, tamen recte & in alium aget suo nomine actione furti, ut *l. itaque*, *§. pen. ff. de furt.* Et sic fit, ut teneatur furti, & agat. Nam demenda est negatio, ut jam multoties docui & notavi ex Basil. Et ex Paulo 2. *sentent. titul. de furtis*, dum ait: *Creditori rem pignori obligatam surripiendo debitorem furtum facere, & tamen ipsum quoque, si eam rem amiserit, furti agere in furem si res surripiatur, quia ejus interest ex honesta causa, quod sua intersit eam rem non perire.* Idemque eveniet, si intersit furis rem, quam surripuit, non interverti ab alio, quod ipse diligenter eam custodire debuerit, & culpæ nomine teneatur ea re furto subducta: Nam furtum culpæ annumeratur: propterea quod optimo & prudenti patrifamilias non fit furtum: nec abs re quædam provinciæ non solum puniunt furem, sed eum etiam, cui furtum factum est damno rei furtivæ. Nam in illo est dolus, in hoc culpa. Quod ostenditur *l. qui vas*, *§. si ergo*, *l. eum qui*, *§. pater*, *ff. de furt.* Et hoc in hac specie ostenditur. Rem tibi commodavi in usum certum, tu eam in alium usum transtulisti, furtum fecisti. Et si mox tibi ab alio subrepta sit, ages cum fure furti, quod culpam præstare debeas commodatori, & aget æque in te furti commodator, quod rem in alium usum transtuleris: & ita si tua intersit quasi commodatarii, aut conductoris, quod re ab alio furto sublata culpæ nomine tenearis, etiamsi sis fur, recte ages furti in furem novum. Denique interrogatus fur cur agat furti, respondeat, quod res mea sit, vel quod ejus rei nomine culpæ sim obstrictus, sive quod eam non servaverim diligenter, recte aget in novum furem actione furti. Sed si rogatus, cur ejus intersit, non habeat quid dicat, nisi quod furtum feci, & teneor, quod dolum in ea re admisi: ratio non est idonea ad dandam furi actionem furti. Denique hac distinctione adhibita non magis stabit veritas ab eo, qui negabat furem furti agere, quam ab eo, qui affirmavit furem furti agere. Et inde vides, quam sit difficilis hæc regula, siquidem dixeris eum, qui tenetur furti non agere furti: Et similiter eum, qui tenetur actione noxali, non agere noxali actione.

AD TITULUM III.

DE OPERIS LIBERTORUM.

JAM a primo tit. dicere instituit de operis libertorum, ut in eo titulo ostendi, plusquam exponerem alia jura patronatus, quæ in libertos habemus, quia & initio quoque edicto prætor pollicetur judicium operarum in libertos, *l. 2. D. eod.* Sequitur ergo ordinem edicti perpetui, dum ab ipso primo titulo meditatur in primis dicere de operis libertorum. Operæ sunt diurna officia, quæ libertus præsenti patrono jurat, vel promittit libertatis causa, id est, sine quibus libertas data non esset, *l. in liberto*, *ff. de sol.* Jurat autem, vel promittit manumiss. se daturum operas patrono, in ipso articulo manumissionis, vel post tempus: Nam in servitute ipsa hoc inutiliter ageretur, propterea quod manumissus non tenetur ex eo, quod gessit in servitute secundum regulam juris. Igitur non in servitute, quasi spe libertatis, sed post manumissionem ex continenti, vel intervallo libertus jurat, ac promittit patrono se daturum operas. Non debentur nisi promissæ, vel juratæ. Et juratæ debentur *ex lege Julia & Papia*, jure singulari, alioqui ut ex pacto & pollicitatione, ita ex jurejurando jure civili non nascitur obligatio. Ex pacto legitimo nascitur, & ex jurejurando quoque legitimo, ex quo nominatim lex caverit actionem dari oportere, ut in hac specie l. Julia & Papia. Ac præterea exigitur, ut præsenti patrono juret se daturum operas non absenti, alioqui jurisjur. nulla est obligatio, nec debentur absenti juratæ operæ, ut idiotismo utar, *les jurees*. Juratæ, inquam, operæ non debentur, nisi juratæ sint præsenti, *l. 6. §. si quis absenti*, *D. de confess.* Quæ lex hæc tria comparat: rem judicatam, confessionem, & jusjurandum liberti. Res judicata in absentem non valet. Confessio facta absenti non valet. Itemque jusjurandum liberti de operis factum absenti patrono non valet. Et hac in re igitur hæc tria consimilia sunt. Ex edicto autem Prætoris datur judicium operarum, quæ, ut dixi, juratæ & promissæ sunt patrono libertatis causa. Et operarum non futurarum, sed præteritarum, quoniam oportet patronum prius indicere operas liberto, quas sibi edi cupit, quas si deinde non edat, libertus judicio operarum conventus, in tantum condemnatur, quantum ex operis consecuturus erat, *l. 6. hoc t. l. 13. §. judicium*, *D. eod.* Quia scilicet operæ edendæ sunt patrono ex ejus commodo. Non ergo debentur antequam imperentur, & petantur. Sed petitæ si non exhibeantur in judicio, operarum fit æstimatio, & quanti fuerint æstimatæ operæ, tanti damnatur patrono libertus. Denique damnatur tantum præteritarum operarum nomine: futurarum nulla est petitio, nec indictio, quas non declaravit, non indixit, nec imperavit ipse patronus, quia nullæ sunt, vel quia nondum sunt, vel nondum debentur, quæ nesciuntur quales sint, nec sciri potest quales sint, nisi indicente & exponente patrono, ex cujus commodo exhibendæ sunt. Et notandum indictas operas, vel petitas lite contestata, etiam peti posse ab herede extraneo patroni, id est, præteritas, quas patronus vivus indixit, vel de quibus egit cum liberto lite contestata: Nam si lite pendente moriatur, translatio judicii operarum danda est heredi patroni etiam extraneo, ut adfirmate omnino legendum est in *l. si operar. eod.* Quinimo etiam præteritas operas petere possunt creditores, qui distrahunt bona debitoris, cui debebantur operæ a libertis suis, vel peti possunt ab emptore bonorum, qui pro successore habetur. Et non est mirum si operæ præteritæ, id est, quæ cœperunt deberi patrono, sequantur heredem extraneum, cum etiam sequantur creditores missos in bonorum possessionem, & permissos vendere bona, & sequantur etiam emptorem bonorum: nec jam ea possunt sequi patronum, cujus bona venierunt, quia is, cujus bona venierunt, ex antegesto nullam actionem habet, *l. pen. de cura. bon. dan.* Et hæc est sententia *l. 40. de op. libert.* Ergo operæ præteritæ .i. quæ cesserunt ante venditionem bonorum, non debentur patrono, sed creditoribus, aut emptori bonorum. At operæ, quæ cesserunt post venditionem bonorum, debentur patrono, etiamsi citra operas liberti, ut ait *d. l. 40.* habeat unde se alat, quod utique semper ei servandum est, si post venditionem bonorum cum eo agatur, quia post venditionem bon. tenetur tantum in id quod facere potest, *l. ult. inf. de revoc. iis*, *&c.* Deducto itaque ne egeat .i. deductis alimentis, *l. 6. de cess. bon.* Hæc ut intelligamus operas præteritas, id est, indictas, vel petitas a patrono sequi heredem extraneum, & hoc distare heredem extraneum a filio patroni. Nam filio patroni non exheredato debentur etiam operæ, quas pater neque indixit, neque petiit jure suo. Futuræ operæ .i. quæ cesserunt post mortem patris, *l. si oper. ff. h. t.* Dum ait filio patroni competere petitionem operarum, si heres patri extiterit, non si exheredatus fuerit, etiamsi non extet heres. Aliud est existere, aliud extare. Existit heres filius patri ipso jure .i. confestim apparet heres, etiam invitus & ignorans. Extare est constare, & perseverare heredem esse filium, qui heres existit, nec extat, quia abstinet se beneficio prætoris, etiamsi de operis litem non fuerit contestatus pater, vel etiamsi nullas operas indixerit pater; filius nihilominus operarum petitionem habet, quæ sen-

tentia

tentia est *leg. si operarum*, valde notanda, & *l. cum patronus*, §. 1. *D. hoc t. & l. pro her. §. si quid, de acquir. her.* Quæ eleganter ait filium heredem institutum, qui & ipse patronus est, petendo operas a liberto paterno .i. e. quod petat a liberto patroni operas, non ideo videri se pro herede gessisse, quia filiis etiam non heredibus datur petitio operarum. Non dicit filiis exheredatis, sed filiis non heredibus, ut est legendum eo loci .i. e. qui heredes extiterint, sed non perseverarint propter beneficium abstentionis, quod a prætore impetrarunt: iis, inquam, non solum heredibus filiis operarum petitio datur, & maxime futurarum, id est, quæ cesserunt post mortem patris, quæ scilicet ab ipsis filiis indictæ sunt. Sic igitur videmus, ut hæc in pauca comprehendamus, operarum judicium a prætore dari post indictionem patroni in libertum, ac patroni filiis non exheredatis, licet respuerint hereditatem paternam ipso jure sibi delatam. Sed notandum præterea est, hoc judicium operarum dari iis tantum, qui servum ultro manumiserunt, nulla necessitate cogente, & qui gratuito manumiserunt. Nam qui manumisit ex causa fideicom. vel lege venditionis, aut donationis, inutiliter imponit operas liberto, quia non habet earum operarum petitionem, eo quod potius solvit debitam libertatem, quam præstitit. Et similiter eandem petitionem operarum habet is, qui manumisit servum pretio accepto pro capite, quia gratuitam libertatem non præstitit, quæ omnia ostenduntur *in h. t. l. 2. 5. & 7. §. rescriptum, l. 13. leg. 47. ff. hoc t. l. qui ex causa, de bon. libert.* Ergo hæc pars juris patronatus datur tantum iis, qui gratuitam sua sponte, nulla cogente necessitate servis suis libertatem dederunt. Cum autem dicimus operas esse diurna officia, quod initio proposui, ut *l. 1. & 3. D. hoc t.* operarum editionem esse officii præstationem, *l. cum patron. eod.* hoc dicimus, operas, quas patronus a liberto postulat, esse officiales, & quas libertus patrono jurat, vel promittit esse officiales. Jurat n. vel promittit operas, quas sibi indixerit patronus, esse daturum officii causa. Non semper adjicit, quas patronus indixerit, sed intelligitur, quia patrono sunt edendæ operæ ex ejus commodo, cum eas poposcerit, ut ait *lex quoties, D. eod.* nec igitur debentur, antequam petantur. Indicit autem liberto, aut indicere potest quascunque operas honestas, quæ possunt edi sine discrimine vitæ, ut indicit fabriles operas, si libertus sit faber, pictorias si pictor, medicas si medicus, mimas si mimus, ut sibi, vel amicis mimos, sive ludos faciat, vel postulat sibi scribi libros, si libertus sit antiquarius, vel eum facit insularium, ut custodiat ædes: vel postulat, ut se sequatur libertus, & secum moretur, vel peregre proficiscatur, vel ut secum officium suum exerceat. Hæ sunt officiales operæ, quas patronus a liberto postulare potest, & similes quascunque. Multum autem interest promittat quis (quod male distinguitur a nostris) operas fabriles, pictorias, vel alterius artificii, ut extraneo, an officiales, ut patrono. Nam ut proponam differentiam inter officiales operas, quæ ut patrono exhib. & pictorias, vel fabriles, quæ exhib. ut cuilibet non patronatus verecundiæ, non libertatis causa, in promissione operarum officialium, non recte adjicitur persona alterius solutionis gratia, hoc modo: Patrono operas dari, aut Titio: adjectio Titii non valet, quia officium ei non debetur, nec deberi potest, nisi patrono libertatis causa, nec si tibi pollicear officium, vel promittam stipulanti, ex ea stipulatione nulla est actio. Officium recte tantum stipulatur patronus; Stipulatio officii, quam extraneus facit, ulla est, *l. 10. 11. & 12. D. eod. t.* In promissione a. operarum fabrilium adjectio valet, si quis ab extraneo, vel si patronus a liberto, non libertatis causa stipuletur sibi, aut Titio operas dari, *l. 23. D. hoc t.* In qua lege, quod dignum est ut teneamus, ait libertum, qui stipulanti patrono, ut cuilibet promisit fabriles operas, non officii causa, non libertatis respectu, quam accepit a patrono, si inquam libertus ita promisit, ut cuilibet, non ut patrono, ut liberetur libertus obligatione, si tales operas extraneo dederit, quales patrono præstando liberaretur, ubi est manifesta traductio verborum. Igitur sic dicamus: libertus, qui promisit patrono fabriles operas, non ut patrono, sed ut extraneo, obligatione operarum solvetur, si tales operas patrono dederit, quales extraneo dando liberaretur, quia patrono eas promisit ut extraneo, non ut patrono. Et hæc est prima differentia inter officiales & fabriles, seu alias operas. Secunda, quæ melius substantiam rei declarat: Officiales sunt in officii præstatione: Fabriles a. sunt quasi in præstatione pecuniæ, *l. 6. D. hoc t.* Item quod attigi jam ante, officiales solus libertus soli patrono debet, vel filio patroni non exheredato, quia & ipse patronus est. Non debet officiales filio exheredato, non extraneo heredi, nisi præteritas, quæ jam deberi cœperunt defuncto, non fideicommissario Trebelliano, *l. si patroni, in princ. ad Trebell.* Non debentur marito patronæ, *l. 10. hoc t.* Sed si officiales, quæ debentur patrono sint in artificio, veluti medicæ, aut mimicæ operæ, aut histrionicæ, jubente patrono alii edi possunt, quia quæ eduntur alii jubente patrono, ipsi edi videntur, *l. si non sortem, §. libertus, D. de cond. ind. l. 9. D. h. t.* Quarta differentia est, quæ sumitur etiam *ex d. l. si non sortem, §. libertus*, officiales debentur soli patrono, fabriles vero cuilibet. Concludamus igitur, officiales soli patrono deberi, & solum libertum solvere, fabriles vero quemcumque, & cuicumque deberi, & solvere, *d. l. 9.* Officiales jure naturali illi deberi, qui nos affecit libertate, & summo præmio. Et ideo si operæ officiales, nec juratæ, nec promissæ præstitæ sint patrono, non condicuntur, quia naturaliter debentur patrono, & intelliguntur promissæ, & juratæ. Fabriles autem, & pictoriæ, sive cujuscumque artificii, natura non debentur, sed ex contractu. Et consequenter si per errorem indebitæ solvantur, condicuntur. Est etiam alia differentia, quod operæ officiales ex jurejurando debeantur, fabriles nonnisi ex stipulatione. Et postremo, quod officiales non antecedant quam indictæ sint, fabriles statim cedant ex die stipulationis, *l. 22. & 24. D. hoc t.* Unde apparet quantum intersit officii causa operas debere extraneo, vel patrono ut extraneo, operas deberi fabriles, vel pictorias certi generis, certæque speciei, non ut patrono, sed ut extraneo. Et postremo, quod debeo, ut nihil prætermittam ex hoc tit. demonstrare volo, certis modis intercidere operas officiales, quæ debentur patrono, certis modis finiri & amitti. Ac primum quidem operas amittit patronus, qui cum eis uti potest, mavult locando ex eis capere mercedem. Indignus est operis, & officio patronus, qui aspernatur officium liberti, & mavult quæstum facere ex eis operis, quas genere locationis exhibet extraneo, quod ait *lex 6. hoc t. d. l. patronus, D. hoc tit.* Item extinguitur operarum officialium præstatio, si patronus libertam in matrimonio, vel concubinatu habuerit, *l. 8. hoc t. l. 46. D. hoc t.* Quia novum officium, quod debet uxor marito, vel concubina, quæ uxorem imitatur, ut Julianus antecessor eleganter dixit, quæ dicta est a veteribus viceconjux, quibus concubinæ nomen fuit honestum: nec est hodie in usu: & quod est in idiotismo concubinæ verbum, est abusus. Igitur si cœperit libertam habere in matrimonio, vel concubinatu, novum hoc officium conjugis, aut viceconjugis extinguit vetus. Tertio amittit patronus operarum petitionem, si voluntate ejus liberta alii nupserit, quia nec potest præstare cum decore operas patrono, quæ alii nupsit, quæ debet esse in officio solius mariti. Nec idem dicemus, si voluntate patroni libertus uxorem duxerit, quod hic non se dat in officium alterius. Et hæc omnia ostenduntur in *l. 11. hoc tit. l. 13. §. penult. & ult. l. sicut, D. hoc t. & l. 2. inf. de obsequi.* Ubi ita est scriptum: *Libertæ, quæ voluntate patroni, aut jure nuptæ sunt, non coguntur:* ubi Græci sublata disjunctione, *aut*, melius legunt, *libertæ, quæ voluntate patroni jure nuptæ sunt.* Nam & *d. l. sicut* exigit, ut justæ sint nuptiæ, quas liberta facit volente patrono, aut ratum habente. Nam ratihabitio patroni sufficit, ut amittat operas. Ac præterea etiam inter-

ter-

tercidunt operæ patronis debitæ, si libertus ad dignitatem pervenerit, ut non sit conveniens eum operas præstare patrono, *l. interdum*, *l. hæ demum*, *eod.* Quo argumento tentatur eum, quem populus elegerit in regem, solvi operis, vel honore, quem ante debuit domino feudi jure. Et quinto *ex lege Julia & Papia*, liberta major 50. annis non cogitur præstare operas. Finitur operarum obligatio annis 50. propter infirmitatem ætatis, *l. liberta major*, *D. hoc t.* Quæ omnia possunt trahi ad operas, quas hodie rustici quasi liberti debent dominis suis, quas in idiotismo dicimus *corvées*. Item *ex l. Julia & Papia*, libertus, qui duos filios habuerit liberatur, etiamsi superstites non sint, vel qui habuerit quinquennem, *l. qui libertinus*, *D. hoc t. & l. 6. h. t.* Quia jure veteri libertinus, qui habuisset filium quinquennem .i. qui pervenisset ad quinquennem ætatem justo civium Romanorum numero fiebat, nec rejiciebatur a tribunis urbanis populi Romani cum ceteris libertinis, ut est apud Liv. *lib.* 45. Ac postremo si libertus patrono dederit pretium, ut dimitteretur obligatione operarum, etiam constat finiri obligationem operarum, & omne jus patronatus, quasi videatur se omnino redemisse a jure patroni, qui se pretio redemit ab operis ei jure, vel natura debitis. Et hoc genere igitur consequitur liberam testamenti factionem, *l. 4. hoc t. l. cum patronus*, *§. penult. D. hoc t. l. Jul. de oper. libert. l. sæpe*, *de ver. sign.* & iis modis finitur operarum obligatio. Et hæc est brevis summa constitutionum hujus tit. modo unum addam, quod pertinet ad l. 9. quæ in summa vult non valere citra operas, ea, quæ imponuntur libertis onerandæ libertatis gratia, in *l. is cui onerandæ*, *hoc t. D. & in tit. quarum rerum actio non detur*, ut in specie *d. l. 9.* si manumissum testamento testator jubeat diurnum officium præstare heredibus. Nam hoc genere onerat libertatem fideicommisso. Libertas est res inæstimabilis, nec in pecuniæ ratione censetur, ut qui libertatem accepit, ex legati, vel fideicommissi causa, & ipse possit fideicommisso onerari. Si tibi lego pecuniam, a te recte relinquam fideicommissum. Si tibi lego libertatem, non relinquam fideicommissum, quia libertatis præstatio impretiabilis est, nec in pecuniæ censum, ut dixi, connumeratur. Et quod dominus Alciatus laborat in eo, quod in hac *l. 9.* servo cuidam indatur nomen Cajus, ut eum ista cura liberemus, invenies apud Eustathium *lib. 2. Iliad.* Caii nomine significari mercenarium, quem Ennius vocabat abactum servum: *ὁ γάιος παρ' Ἰταλιώταις ϗ Ταραντίνοις ὁ μίσθιος.* Cajus inquit, Italis, & Tarentinis est mercenarius. Convenit & hoc nomen servo.

AD TITULUM IV.

DE BONIS LIBERTORUM.

JURI, judicioque operarum officialium, quas liberti patronis suis debent, vel naturaliter, vel civiliter ex jurejurando, aut stipulatione, addit in hoc titulo jus succedendi in bonis liberti, quod per eminentiam vocant jus patronatus, ut est in *l. 11. sup. tit. prox. & l. 14. de tut. & cur.* & alibi frequentissime jus patronatus est id, quo patronus liberto succedit testato, vel intestato, quod jus est præcipuum, ut scilicet ad nos redeant bona libertorum nostrorum. Id vero jus patronatus, quod in successione libertorum versatur, quam varium fuerit, atque multiplex Institutiones docent *in tit. de bonor. poss. & in tit. de success. libert.* Et Ulpian. *lib. regul. tit. ult.* Nempe aliud fuit *ex 12. tabul.* aliud ex edicto prætoris, aliud ex l. Julia & Papia. Multum scilicet hac in parte juris elaboramus & JC. & magistratus, & tota Resp. propter commoda, quæ inde redeunt ad patronos, & hodie longe aliud est ex constitutione Justiniani Græca, id est, *ex l. 4. & ult. hoc t.* quæ in eo desideratur. Nam quatuor hic tit. tantum constitutiones habet, & ultima

A desideratur Græca constitutio, quæ omne jus successionis libertorum complectitur simul, & emandat. Et est plenissima jurisprudentia, imo omnes (ut hoc semel indicem) si observes diligenter & accuratius, constitutiones Justin. sunt plenissimæ sapientiæ juris. Quod plane demonstrat, quam peritissimus fuerit JC. Tribonianus, sine quo etiam periissent omnes veteres libri JC. Nam ipse solus contulit copiam multorum librorum veterum JC. cujus ævum solum habuit eam copiam. Nullus alius in Republ. tum abundabat tanta librorum copia, ut magna sit ei habenda gratia, quod corpus juris habeamus, quod alioqui nullum habuissemus, aut perquam modicum. Sed quale fuerit jus antiquum de jure patronatus, vel ex 12. *tabul.* vel ex edicto prætoris, & leg. Julia & Papia, sane longum, & propemo- B dum inutile sit, & quantum suspicor ingratum auditu. Imo ut ingenue fatear, hoc liquido vix quisquam explicare posset, quod admodum pauca supersint vestigia juris antiqui. At constitutio Justin. cujus fit mentio in quatuor locis *Instit. §. illud*, *de grad. cognat. §. sed nostra*, *de success. libert. §. cumque antea*, *de bon. poss. §. placebat*, *de legit. agnat. success.* extat integra in scriniis regis sacratissimi in hac urbe Βασιλικῶν *lib. 49. tit. 1.* Et hoc potissimum agit tota ea constitutio, ut quantum potest rescindat, & minuat jus patronatus. Et quemadmodum tit. superiori ostendit, quibus modis tollatur operarum obligatio: Ita toto hoc titulo ostendit, quibus modis perimatur jus patronatus. Valde enim cupiebat Justinianus, valde ei cordi erat, ut ipse ait in *l. 3. hoc t.* abolere conditionem servorum, & libertinorum, quod non C potuit adsequi, nisi gradatim. Nam ut paulatim jus civile crescit, *l. fideicomm. §. si rem suam*, *D. de leg. 3.* Ita non nisi paulatim decrescere potest, quod nihil mutari subito ex antiquo possit sine confusione rerum omnium, & melius sit jura vetera dissuere, quam dissecare. Et in hoc tit. acciso primum quantum potuit jure patronatus prolatis antiquis constitutionibus, quibus certis casibus jus patronatus extinguitur, aut cessat, & productis etiam plerisque novis: deinde item Justinian. libertinos omnes fecit cives Romanos, & donavit jure Quiritum sublata *Latinorum Junianorum* conditione, & dedititiorum. Nec jam in hac constitutione in successione libertinorum separandi sunt cives Romani a Latinis Junianis, quorum nulla erat successio, *l. intestato*, *de suis & legit. hered.* conjuncta *l. 1. C. Theod. de petit. her. §. ult. Inst. de* D *succ. libert.* Ac tandem etiam ipse Just. in *Nov.* 78. nullos in Republ. voluit esse libertinos, & eos, qui manumitterentur, ingenuos esse pronuntiavit, salvo tamen jure patronatus, cui statim derogari sine injuria non potuit. Atque ita fecit speciem unam ingenuorum habentium patronos. Quod videtur absurdum. Nam alias ingenui nullos habent patronos, quibus hæc jura debeantur, quæ liberti patronis debent. Et ut jam enarrare incipiam ea omnia, quæ continentur in *l. 4.* constitutione Græca de jure patronatus, id quam brevissime fieri poterit præstabo. Suave est Justin. ab initio constitutionis enarrare multos casus juris antiqui, quibus jus patronatus perimitur, vel ex aliorum, vel etiam ex suis antiquioribus constitutionibus, veluti *ex l. 3. hoc tit.* quæ est ipsius, ut si patronus remiserit liberto jus patronatus do- E natione inter vivos, aut testamento, aut codicillis, vel si ei dederit liberam testandi facultatem, quod olim ipse patronus liberto dare non poterat. Nam legis est, non hominis privati dare testamenti factionem. Lex liberto ademit liberam testandi facultatem, hanc nisi eandem reddat eadem lex, aut Princeps, qui pro lege viva est, frustra secundum jus vetus patronatus ei eam concedit. Ceterum ex constitutione Justiniani in *l. 3.* remissio juris patronatus solvit jus patronatus, cum hac exceptione, ut tamen honorem semper, quem debet libertus patrono exhibeat, & consequenter, ut possit accusari ingrati, & revocari in servitutem, si quid contra pietatem, & reverentiam debitam patrono committat. Igitur nec hodie remissio juris patronatus, in totum remittit jus patrona-

tronatus, nec continuo pleno jure libertum hominem facit ingenuum, aliter quam ſi Princeps ei daret liberam teſtamenti factionem, vel ſi eum natalibus reſtitueret, iis ſcilicet natalibus, in quibus omnes homines erant, nondum neque naturali, neque civili jure deſcripto. Nam libertini, qui a principe impetrarunt liberam teſtamenti factionem, vel qui natalibus reſtituti ſunt, plenam ingenuitatem adipiſcuntur, quod ſolum notare *ad l. 3. hoc tit.* ſufficit. Ex *l. 2.* intelligimus, eum jus patronatus amittere, & id maxime, quod controvertitur in ſucceſſione liberti, quo connivente libertus junxit ſe ancillis fiſcalibus, vel colonis. Conniventia conſenſum imitatur, & conniventi damno eſt, & ſæpe dedecori. Ac præterea ex *l. 1. hoc tit.* is, qui ſervum emit ipſius ſervi nummis: Nam & ſervus intelligitur habere aliquid: certo peculium habet, & quæcunque connivente domino habet, & quæcumque amici ejus prorogant pro eo, quin & teſtamenta facit connivente domino, & exequitur teſtamenti quantumvis licet injuſtum, ut Plin. *ait in quadam Epiſt.* & Symmach. *in Epiſt.* ad quam reſpondit D. Ambr. Sic ſæpe fit in jure, ut videantur ſervi aliquid proprium habere. Et ita dicimus, ſi quis ſervum emerit ipſius ſervi nummis, & manumiſerit, ea de re fide habita inter ſervum, & emptorem, manumiſſorem quidem eum eſſe, ſed non habere jura patronatus, *l. 1. & l. 4. hoc tit. l. ſi tuis, ſup. tit. prox.* Et longe alia eſt conditio domini, qui accepta pecunia a ſervo ex peculio forte, quamquam peculium ſit in poteſtate domini, & poſſit cum libuerit adimere, ſibique vindicare, ſi inquam, accepta pecunia a ſervo, forte ex peculio, eum manumiſerit, nam hic plenum jus patronatus habet, ut ait *l. 1. hoc tit.* Et ratio differentiæ ſumme notanda inter hunc, & illum hæc eſt: quod is, qui accepta pecunia a ſervo eum manumiſit, & ſi non gratuitam, libertatem tamen præſtat. Ille autem, qui ſervum nummis ipſius emit & manumittit, operam ſuam tantum videtur accommodare in emendo ſervo ſervi nummis manumittendi cauſa, ac proinde accepit eum potius in fiduciariam quam veram ſervitutem, quod valde confirmat *l. 3. de obſ. par. & patron. præſt.* Et *l. 4. hoc tit.* oſtendit jus patronatus extingui militia, libertus militia ſcilicet, vel alia dignitate adipiſcitur jus ingenuitatis, *l. 6. & l. 7. qui mil. poſſ. vel non:* Nam & olim Latini *ex l. Viſellia* jus civitatis Romanæ militia adipiſcebantur. Item ſervus a domino domo ejectus in adverſa valetudine, qui a Græcis dicitur *ἀπρονόητος*, id eſt, cujus curam, vel curationem dominus non ſuſcepit, non ut quidam ſcribunt *ἀφρονόντος*, id eſt, furioſus, & mente captus, ſed quem dominus deſeruit ægrotantem, qui eam ob rem dominio ejus cadit, & patronatu, & ſervus fit liber, & ingenuus in *l. 1. §. ſed ſcimus, inf. de lat. lib. toll.* Et ſerva quoque, quam proſtituit dominus, ſtatim erumpit in ingenuitatem, aut fit liberta ſine patrono, *l. penult. inf. de ſpectacul.* Et ut repetitur in hac *l. 4.* quod & admodum ſingulare eſt, ſerva, quam dominus ſolam in concubinatu habuit uſque ad mortem vice conjugis & uxoris, morte domini fit libera & ingenua cum ſua ſobole, & lucratur totum peculium, nec heredem domini habet pro patrono. Item ſi is, qui in liberali judicio ſervum vicit, mox pretium ejus ſervi, quem in liberali judicio ſervum eſſe pronuntiatum eſt, acceperit ab alio, nec uſus ſit beneficio rei judicatæ, hoc caſu certum eſt *ex l. 1. §. illud, inf. de lat. lib. toll.* eum quoque ſervum ingenuum fieri, aut certe libertinum eſſe ſine patrono, ipſum, *ut ait lex*, ſibi quodammodo libertum eſſe. Aliquando libertinus eſt ſine patrono, ut aliquando ſervus ſine domino, & tantiſper ipſe ſibi libertus eſt, *l. 1. inf. commun. de manuiſſ.* Et interim ipſe ſibi quodammodo eſt dominus. Et ex *l. Ælia Sentia* illud notiſſimum eſt, eum etiam jura patronatus amittere, qui adegit jurejurando libertum, ne uxorem duceret, ut libertam ne nuberet, *l. qui contra, D. de jure patronat.* Idemque evenit ſi patronus pecuniam acceperit pro operis, ſi pecuniam officio cariorem habuerit, *l. 4. ſup. tit. prox.* Item ſi colludente patrono libertus ingenuus pronuntiatus ſit, colluſione detecta, ejus patroni libertus eſſe deſinit, & fit libertus ejus, qui detexit colluſionem ex SC. Ninniano, *l. 2. de col. deteg.* Ita tamen ut proditum eſt in hac conſtitutione, ut ille, qui detexit colluſionem, nihil juris habeat in bonis liberti, ſicut nec is, qui juravit ſuum eſſe libertum, cum revera non eſſet ſuus libertus. Nam & hic jus ſuccedendi non habet in bonis liberti, licet alia quædam jura patronatus habeat, quia vere non eſt patronus, ſed quaſi patrona. Item is, cui relicta eſt fideicommiſſaria libertas, ſi ceſſante herede, aut latitante ex SC. Rubriano, vel aliis SC. quæ proponuntur tit. de fideicommiſſ. liber. ipſo jure ereptus ſit in libertatem, jam non eſt illum moratorem habiturus pro patrono. Ac poſtremo filius patroni, qui libertum paternum capitis accuſavit, vel in ſervitutem petiit, nec tenuit cauſam, cadit jure patronatus ex l. Julia & Papia, *l. qui cum major, de bon. lib.* Et generaliter, quod attinet ad jus, & ſucceſſionem libertorum, valde hac conſtitutione acciſum & imminutum eſt jus patronatus, quandoquidem in ſucceſſionibus pene æquavit, ut ipſe ait, jura ingenuorum, & libertorum, dum prope jam affectaret, quod non effecerat, libertinos facere ingenuos; & quale jus ſucceſſionis etiam velit, ut in pauca conferam, utitur hac diſtinctione Juſtin. Aut libertus eſt minor centenario, id eſt, minus centum aureis habet in bonis, & hic liberam teſtamenti factionem habet ex hac conſtitutione, id eſt, in ſuo teſtamento impune præterire patronum poteſt. Ab inteſtato autem deficientibus liberis ſuis, vel emancipatis patronus vocatur. Quod ſi libertus ſit major centenario, conſtituit, ut impune libertus in teſtamento patronum præterire poſſit, liberis ſuis heredibus ſcriptis, vel etiam exheredatis, ſi modo tenuerint in cauſa querelæ inofficioſi teſtamenti, & reſciderint teſtamentum, & venerint ab inteſtato ad ſucceſſionem patris. Extraneis autem heredibus ſcriptis, & præterito patrono, ut patrono detur bonor. poſſ. contra tab. quæ olim in ſemiſſem dabatur, ut indicat *l. 1. §. penul. ſi cui plus quam per leg. Falc. l. deb. §. 1. de pig. act. l. 1. & l. 43. de bon. lib.* Et ad eum ſemiſſem reſpicit proculdubio Svet. in Ner. dum ait; Neronem conatum efficere, ut ex bonis libertorum pro ſemiſſe dodrans cogeretur ei, quæ ſcilicet erat legitima patroni portio, quæ ut ait *l. ſi patron. de donat.* erat portio legitima, debita verecundiæ patronali: ſed hodie ex hac conſtitutione datur præterito patrono tantum poſſ. bonor. in trientem. Quo genere Juſtin. patroni legitimæ portionis reſcidit ſextantem, dum vult trientem tantum habere. Is autem patronus, cui relictus eſt triens in teſtamento liberti repelletur a bonorum poſſeſſione contra tabulas, ſicut filius exheredatus, cui relictus eſt quadrans teſtamento patris repellitur a querela inofficioſi teſtamenti. Sed exigitur ut uterque ſit relictus *καθαρὸς*, purus, ſine onere legati, aut fideicommiſſi, ſine dilatione, ſine conditione. Nam portioni legitimæ, quam adſcribit filio, vel patrono, ſi adjiciat diem, vel conditionem, eam lex circumſcribit, quod iis perſonis debeatur legitima portio ſine onere ullo, ſine die, & ſine conditione, *l. quoniam in prioribus, ſup. de inoff. teſtam.* Et de patrono nominatim *l. cum patronus, de legat. 2. l. ſive patronus* 21. §. 1. & 2. *de jur. patron.* Igitur legitima, cui debetur, debet relinqui pure, & ſine onere ullo & gravamine, deductis ſemper libertatibus teſtamento relictis, *l. Papinianus, §. 4. de inoffi. teſtam.* Libertates minuunt legitimam portionem liberorum, nec tamen olim minuebant legitimam portionem patroni, ſed hodie ex hac conſtit. minuunt. Item olim poterat portio patroni onerari legatis relictis certis perſonis, puta liberis liberti, aut parentibus, *l. 4. de cond. & demon. l. 6. §. ſi patronus, ſi quiſ. omiſ. cauſ. teſt. l. ex aſſe, ad l. Falc. l. ſi ejus, §. 1. & l. ita tamen, §. ſi patronus, ad S. C. Trebell.* Legitima tamen liberorum non potuit onerari ullo legato, ne legato quidem relicto fratri, aut parenti, avo, aut proavo. Sed ex hac conſtitutione in utroque idem jus eſt, ut neque patroni, neque filii legitima ullo legato, aut fideicommiſſo onerari poſſint.

Et

Et si quæ legata relicta sint a patrono, ut transferantur in heredem scriptum, vel si ipse patronus sit heres scriptus ex asse, deducat suum trientem, & reliquum eroget legatariis, vel si patronus sit scriptus ex besse, vel ex semisse, ut pro eo, quod excedit trientem legata præstet, reliquum ut transferat in coheredem. Et hæc quidem si libertus centenario major testatus decesserit: ab intestato autem primum vocantur ad possessionem liberi liberti cujuscunque sexus, hodie sublata differentia veterum inter filium, & filiam, & cujuscunque gradus, servato tamen graduum ordine, & cujuscunque stirpis. Quibus verbis multæ tolluntur differentiæ veterum: tollitur differentia stirpis ingenuæ, & libertinæ, quam indixisse veteres, Ulpianus indicat in suis Instit. *Post suos*, inquit, *consanguinei vocantur, post consanguineos cognati, post cognatos vir & uxor, si qui decessit, non fuit libertinus, vel stirpis libertinæ*. Libertinæ stirpis sunt, qui nati sunt ante manumissionem patris, & manumissi una cum patre, vel post patrem. Ingenuæ autem stirpis sunt, qui nati sunt post patris manumissionem, *l. 2. sup. tit. prox.* Qui etsi sint ingenui, tamen si deficiant eis liberi, & cognati, patronus patris, vel patrona ei succedit, qui tamen ipse ingenuus est, & solus quidem patronus ex hac constitutione, non filius, vel nepos ejus, nec cognatus. Et addendum, non tantum in successione liberti intestati præferri liberos ejus patrono, sed etiam ipsos inter se liberos libertorum habere mutuam successionem, & vicissim liberis parentes succedere, nec distingui utrum liberi sint ex diversis nuptiis. Fratres igitur excludunt patronum. Post liberos autem, & parentes vocantur patroni cujuscunque sexus, sublata differentia veterum inter patronum, & patronam, ex parte unde legitimi, quia & ipsi cognati libertis esse videntur, id est, agnatis datur bonorum possessio unde legitimi, si modo per mares sint cognati, id est, agnati. Et hoc notandum esse censeo, quod ait, patronum videri liberto esse cognatum, ut deinceps nemini sit mirum, quod ait *l. cum tale, de cond. & demon.* libertum esse conjunctum patroni liberis. Post patronos autem vocantur patronorum liberi cujuscunque sexus, etiam postumi, & in adoptionem dati, non adoptivi ex hac constitutione, & vocantur usque ad 5. gradum tantum, servata gradus prærogativa, servata etiam inter eos successione, ut repudiante primo, vocetur sequens, quod est contra jus vetus. Nam neque in suis, neque in legitimis heredibus erat locus successioni, sed proximiore, cui delata erat hereditas repudiante vacabat hereditas, nec deferebatur sequenti gradui, ut etiam in legitimis heredibus non esset locus successioni. Sed nova hac constitutione Justinianus introduxit, ut post liberos vocentur cognati patroni usque ad quintum gradum. Et hac in re est aliqua differentia inter successionem liberti, & ingenui: Nam in successione ingenui vacantur in infinitum agnati, & cognati usque ad sextum gradum, & ex septimo etiam invitatur unus, scilicet sobrino, sobrinave natus, *l. 2. §. agnati, de suis & legit. hered. l. 8. unde cognati, §. ult. Instit. de success. cog.* Et hæc est fere sententia hujus constitutionis.

AD TITULUM V.

SI IN FRAUDEM PATRONI, &c.

POST titulum de bonis libertorum, datur tit. Si in fraudem patroni a libertis alienatio sit facta, &c. In quo de bonis libertorum hoc additur, ut si quid ex iis bonis libertus dolo malo in fraudem patroni alienaverit, id post mortem liberti pro portione sibi debita in bonis liberti, rescissa alienatione, revocari possit per actionem Fabianam & Clavisianam. Hæ autem actiones patrono non competunt nisi post mortem liberti, *l. qui res, §. 1. de solut.* Quia nec ante mortem liberti patrono debetur legitima portio, & in fraudem patroni alienatio facta intelligitur ea, quæ minuit portionem legitimam, & legibus debitam verecundiæ patronatus, ut ait *l. si patronatus, de donat.* quæ hodie est triens bonorum liberti ex constitutione Justiniani. Et observandum hunc titulum loqui de alienatione, non de manumissione. Aliud enim est alienatio, longe, aliud manumissio, nimirum quia is, qui manumittitur non fit alterius, & alienare est transferre dominium in alterum: aliud igitur est alienare, aliud manumittere, vel manumittere non est alienare. Et ita recte *in l. judiciorum, de accusat.* qui contraxit crimen læsæ majestatis, inquit, nihil nec alienare, neque manumittere potest. Et similiter in *l. prospexit, qui & a quib. &c.* Et in hac re, de qua agimus, distant etiam manumissio, & alienatio, quod alienatio facta in fraudem patroni valeat interim, sed post mortem rescindatur per actionem Fabianam aut Calvisianam, manumissio autem facta in fraudem patroni ipso jure nulla sit ex l. Ælia Sentia, Instit. *Quibus ex causis manu. &c.* Et Ulpian. *lib. reg.* & Cajus 1. *Inst. 1. l. qui in fraudem, qui & a quib. manumis. & l. servum filii, §. si idem servus, de leg. 1.* Libertati statim ab initio lex obstat, nec locum obtinet, quia lex scit, ex post facto vix, ac ne vix quidem convelli posse libertatem, quæ semel competiit, alienationem, quæ semel obtinuit, facile impugnari, & revocari libertatem ægerrime, *l. 4. §. 1. de fideicom. libert. l. si ex causa, §. ult. D. de minor.* Quæ negat adversus libertatem esse restitutionem in integrum, quod ægre liber homo redigatur in servitutem, *l. sicut, inf. de lib. causa*. Difficilius permittitur & spissius, quæ dat ægre revocaretur, ut ait Cornel. Tacit. quodam loco, tarde concedendum, quod datum non adimeretur. Idcirco lex statim ab initio obstat manumiss. factæ in fraudem patroni, eamque statuit nullam ipso jure, nec tamen ita lex occurrit alienationi, propterea quod facile est rescindere alienationem. Male Æmilius tentat libertatem datam in fraudem creditorum non esse ipso jure nullam contra locos manifestissimos, quos protuli, motus hac ratione, quod libertas data in fraudem creditorum revocari dicatur, *l. 1. inf. Qui manu. non poss.* Quasi vero verbum revocari non sit ambiguum, quod significat tam revocari ipso jure, quam revocari remedio actionis, ut in *l. si libertus, §. ult. de jure patron.* Ipso jure revocabitur, inquit, citra actionem: ac similiter rescindi dicitur in libris nostris non tantum, quod per actionem, sed etiam, quod ipso jure rescinditur, ut scriptum nominatim in *l. hoc modo, D. de cond. & dem. l. 5. §. qui & a quibus man. l. 5. sup. de resc. vend.* Movetur etiam idem, ut affirmet libertatem datam in fraudem creditorum, non esse ipso jure nullam, & indigere judicio rescissorio, *l. si creditorib. inf. de ser. pign. dato*. Nam si quis dederit servo suo libertatem fraudandorum creditorum gratia, ipse quidem, qui manumisit, non potest manumisso movere controversiam, sive quæstionem status adversus factum suum, non potest infringere factum suum, nec honeste fraudem allegare suam. Idem etiam non potest heres ejus manumissoris. Nam heredis est tueri, quod gessit defunctus, etiamsi id jure non gessit, quia propius accedit ad vicem defuncti, & sustinet personam defuncti, ut quod defunctus non potuit immutare & retractare, nec possit etiam ipse heres. Hæc est sententia *d. l. si creditor.* Unde ita concludit. Ergo ipso jure non fuit nulla libertas, quam dominus dedit servo in fraudem creditorum. Vitiosa est collectio. Si, inquit, heres manumissoris non potuit manumissum in fraudem creditorum habere, ut servum: Ergo non fuit libertas ipso jure nulla. Ergo libertas momentum aliquod habuit. Sane quidem, quantum attinet ad manumissoris personam, vel heredis ejus, quoniam, quod actum est mutare non possunt, vel reprehendere, quod sit absurdum, eundem hominem pugnare secum, & modo aliquid probare, modo improbare, non quod ipso jure nulla non fuerit libertas, quod apparebit manifesto, si vel creditor dicat, nullam ipso jure, vel patronus, quo casu patroni allegatio proderit, heredi manumissoris. Ut scilicet manumissione declara-

ta ipso jure nulla interventione patroni, ex eo non tantum patronus lucrum ferat, id est, portionem legitimam, sed etiam heres ipse, quod superest portioni legitimæ, *l.9. §.pen. de lib.cau.* Et ita evenit sæpe in jure, ut quod quis per se non habet, habeat per alium, *l. cum hereditate, de acq.hered.* Per se heres manumissoris non potest dicere manumissionem ipso jure nullam, sed si alius eam dixerit nullam, puta patronus, ea res proderit heredi manumissoris, perinde ac si ipse heres jure licito manumissionem nullam dixisset. Et ita omnino res est explicanda, & pro certo tenendum est, quod posui initio, alienationem factam in fraudem creditorum indigere actione rescissoria, manumissionem non indigere, quod ab initio nulla fuerit datio libertatis ipso jure: addamus revocari alienationem factam in fraudem patronorum per actionem Fabianam vel Calvisianam, nisi (quod semper excipiendum est) patronus alienationem ratam habuerit post mortem liberti, vel etiam eo vivo, *l.2. h.t. l.non videtur, D.h.t.* At quæso, quid distant inter se hæ duæ actiones, quæ patronis dantur rescindendæ alienationis gratia, quam liberti fecerunt in eorum fraudem, Fabiana scilicet & Calvisiana? Et certissimum est Fabianam actionem competere testato liberto: Calvisianam intestato, suo cuique casui aptatam esse suam actionem propriam: ut testatus libertus si quid videretur fecisse, quo minus portio legitima ad patronum perveniret, id corrigetur actione Fabiana. Itemque si intestatus, per actionem Calvisianam. Duo sunt edicta, duæ actiones comparatæ in eam causam, *l.2. h. t. & l.3. §.si intest. D. h.t.* Et omnino Græci solam hanc differentiam agnoscunt inter actionem Fabianam & Calvisianam in *l. quod si in diem, §.idem scrib. de pet.her.* Si libertus testatus decesserit, per actionem Fabianam alienata revocari: Si intestatus, per Calvisianam, & adjiciunt utramque esse in factum. Nam certum est, omnes actiones, quæ nomina acceperunt a prætoribus, esse in factum actiones, nimirum quia inde apparet eas fuisse proprio nomine destitutas. Quæ nomen non habent actiones dicuntur in factum, vel a Prætore, qui eas edidit, mutuantur. Male vulgo statuunt hanc esse differentiam tantum inter Fabianam & Calvisianam, quod illa soli detur patrono, Calvisiana non tantum patrono, sed etiam fraudato creditori, quod non possis comprobare ullo loco: Nam semper hæc & illa actio datur soli patrono, non creditoribus. Creditoribus enim, quos debitor fraudavit alienando, vel aliud quid agendo, in eorum fraudem actio datur, quæ dicitur Pauliana *in l. videamus 2. §.in Fab. de usur. Et Theoph. in Inst. §.item si quis in fraudem, de act.* quæ & ipsa est actio in factum, & datur etiam ex eadem causa defraudato creditori de possessione rerum alienatarum interdictum fraudatorium, ex quo etiam nascitur actio in factum, de qua agit *l. ait prætor, quæ in fraudem credit. l.postulante, ad Senatusc. Trebell. l.pupilli, de solut. l.1. C.Theod. de in integr. restitut.* Hinc quæritur, cur actio Pauliana non sufficiat creditori, cui debetur legitima portio in bonis liberti, cur opus fuerit patrono dare specialem actionem, Fabianam nempe & Calvisianam? Hoc velim mihi explicari, quod tamen explicare possum hoc modo. Si dicam actionem Paulianam dari creditoribus, qui missi sunt in possessionem bonorum debitoris ex edicto, & quibus permissum est ea bona excutere, & distrahere crediti sui servandi causa, quod probat *lex 1. & penult. inf. de revocand. iis, quæ in fraud.credit. & d.§.item si quis in fraudem.* Verum patronus hoc ordine, id est, bonis possessis, excussis, & distractis, non persequitur portionem legum datam in bonis liberti. Igitur creditor non est. Creditoris quidem appellatio latissime patet, ut ostendit *l.10. 11. & 12.de verb.signif.* Sed quod notandum, nunquam aptatur creditoris nomen aliis, quam iis, quibus ex ea causa debetur, ex qua potest fieri missio in bonorum possessionem debitoris, cujus generis non est patronus, quia hoc remedio non persequitur legitimam portionem ipso jure sibi debitam: est igitur alio jure, quam cre-

A ditoris, aut certe creditoribus non est ullo modo annumerandus. Et licet dicatur ei deberi legitima portio, licet is libertus, qui quid alienavit in fraudem patroni dicatur debitor patroni, *d.l.quod si in diem, §.idem scribit,* ipse tamen non est creditor, ut potuerit ei sufficere actio Pauliana: debendi, aut debitoris verbum latius patet, quam creditoris. Nam debitor generaliter dicitur, cum quo agi potest, & ita debendi verbum accipitur in definitione actionis. Creditor non est quicunque agere potest. Legitima portio debetur filio in bonis patris, & est debitum (sic appellatur χρέος in Novella 1.& 18.) nec tamen dicitur filius creditor; Et adsummam: Si quid mihi debetur ex contractu, vel ex delicto, qui contractus dicitur involuntarius, scilicet contractus malus, *l.si rerum, de re judic.* Si, inquam, aliquid mihi debetur

B ex delicto, sive contractu, creditor sum, & sic contractus nomen generaliter accipimus. Si vero mihi quid debetur ex beneficio legis, & munere, creditor non sum. Quod mihi debetur ex contractu, ut ait *l.6. in fi. D.ad l.Cornel. de fals.* mihi merito debetur, id est, necessario, & optimo jure. Quod mihi debetur ex beneficio, & munificentia legis, non merito debetur, quia scilicet id non merito mihi, sed benigne & gratis concessum est, sicut si quid mihi privatus donaverit, non merito dicam, sed benigne dedisse. Ex quibus efficitur, patronum non esse adnumerandum inter creditores. Et merito hac in re, quam tractamus separatas actiones dari creditoribus, & patronis, atque non posse diversis personis adscribi unam eandemque actionem, quæ diverso jure, viaque diversa sua jura prosequitur,

C quæ sub easdem leges non cadit. Et ita manifesto in *d.l. 6.§.ult.* separatur patronus a creditore in specie elegantissima. Finge; creditor testatoris adhibitus ad scribendum testamentum debitoris, sua manu adscribit sibi quod debet testator jure legati. Nam plerisque casibus jure mihi legatur quod mihi debetur, ut ostendit *lex si creditori, de legat.1.* Creditor igitur quoniam sibi adscripsit quod testator debet, reus est falsi ex Senatusconsulto Liboniano. Sed facile impetrabit a principe veniam falsi, si modo abstineat legato, & plerumque cui facit veniam falsi princeps, eum jubet abstinere ab eo, quod sibi temere adscripsit. Non poterit igitur quod sibi debetur ex causa legati petere. Sed an non poterit petere quod sibi debetur ex pristina causa, an ei denegabitur actio pecuniæ debitæ? Minime vero, ne meri-

D to debito careat, id est, optima lege. At contra si patronus sibi adscripserit portionem legitimam, & venia falsi impetrata, abstinere legato jussus sit, an tum poterit petere emolumentum legitimæ portionis ex causa bonorum possessionis contra tabulas? Minime: Caret ergo penitus portione legitima, si legatum elegerit. Denique non habebit bonorum possessionem contra tabulas, neque portionem legitimam, neque legatum, quia eo se abstinere jussus est, & tanquam non creditor carebit eo, quod non tam merito, quam benigne debebatur. Sic sunt ponendæ ob oculos juris rationes in hac re. Videamus si parens in emancipatione filii manumissor extiterit (nam aliquando idem non mancipabat & manumittebat) ei ut patrono, si in testamento filii præteritus fuerit, datur bonorum possessio contra

E tabul. in portionem legitimam, vel si intestatus fuerit filius, ei tamquam patrono & manumissori datur bonorum possessio unde legitimi, *l.si a mil. §.ult. de milit. test. l.1. §.ult. si quis a parente.* Non tamen ei datur actio Fabiana, vel quasi Fabiana, seu Calvisiana, id est, neque directa, neque utilis, si quid filius in ejus fraudem dolo malo alienaverit. Cur ita, cum sit manumissor & patronus? igitur sic respondeo: Non omnem manumissionem libertinum facere. Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt, id est, qui a dominis manumissi sunt, non qui a parentibus. Sic igitur statuam primum, non omnem manumissionem libertinum facere; manumissio, quæ fit a dominis, libertinum facit. Æquum est igitur libertino homini non esse liberam rerum suarum admi-

nistra-

nistrationem in necem patroni, a quo meruit libertatem, cum in multis articulis pro servo habeatur, qui & Stoicis, a quibus IC. nostri imbuti sunt, ut alias ostendi, est δοῦλος, vel ἀντίδουλος, ὑποτάξει οὐκ ἐνδέσει, id est, non servus jure mancipioque, sed observantia, cultu, beneficio, operibus, obsequiis, donis, & muneribus, & portione legitima, quæ omnia patronis debentur. Iis igitur, qui tot debent patronis, in fraudem patronorum non est usquequaque suorum bonorum libera alienatio, aut si quam fecerint in fraudem patronorum, ejus revocatio concedenda est patronis, quod non tantum licuerit in patronum homini libertino, heri servo, hodie libertino, quæ vox est de via collecta, heri servus, hodie libertus. Manumissio autem parentis facta in emancipatione ea mente, ut filius exeat potestate parentis, libertum non facit, filii ingenui conditionem non mutat, & est iniquum ingenuo homini non esse liberam rerum suarum alienationem, etiamsi ea res patri & manumissori sit fraudi, *l.2. si a parente quis manumiss.* Et consequenter iniquum est, alienationem, quam fecerit ingenuus, revocari actione Fabiana vel Calvisiana, vel quavis alia actione ad exemplum illius. Nam & eadem ratione parens, qui manumisit filium, nec ex jurejurando filii potest ei operas imponere, nec ab eo exigere, etiamsi juraverit filius se eas daturum patri. Quia filius patri debet pietatem & obsequium, non officium & operas officiales, *l. pen. de obseq. parent. præst.* Quia indignum est, hominem ingenuum obstringi operis officialibus, vel ei in alienandis rebus suis ullam præscribi legem, & quod ab ingenuo alienatum fuerit, id rescindi & revocari, quoniam id convenit libertinis, non ingenuis. Ergo etiamsi pater manumissor sit filii, tamen Fabiana vel Calvisiana, & nulla omnino alia actione potest revocare alienationem, quam fecit filius rerum suarum. Dico eadem ratione filio impuberi non dari actionem Fabianam aut Calvisianam, vel utilem, si parens ex bonis suis aliquid alienaverit dolo malo, ut portio legitima non perveniret ad filium. Quia licet patri homini libero alienare, quæ sua sunt, etiam in fraudem filii, consulto consilio, consulta opera, dolo malo, nec alienatio revocari potest Fabiana, vel quasi, sed tantum est querela inofficiosi testamenti, inofficiosæ donationis, aut dotis, non querela inofficiosæ venditionis ex constitutione Alexandri. Nam si pater vendat omnia sua, nec quicquam relinquat filio moriens, irrevocabilis est venditio. Verum posses objicere, quod cœperam, dari filio impuberi adrogato actionem Calvisianam, si adrogator dolo malo aliquid alienaverit, quo minus quarta portio bonorum, quæ impuberi adrogato debetur ex constitutione D. Pii, qui primus permisit adrogationem impuberis, neque enim ante investis adrogari poterat, & eam permisit cum hac lege, ut impuberi adrogato ex bonis adrogatoris omnino debeatur quarta pars: quod si quid fecerit adrogator, quo minus quarta pars obveniret adrogato, si quid fecerit dolo malo, id revocatur per actionem quasi Fabianam, *l.ult. ff. si quid in fraud. pat.* Quam das actionem Fabianam filio adoptivo, cur non das filio naturali adversus patrem, qui dolo malo alienavit, ut fraudaret filium legitima portione debita, tum natura, tum legibus? Nihil est quod tam facile expediri possit. Et res est notatu dignissima. Primum hoc invenio tantum datum impuberi adrogato, non puberi. Deinde animadverto patrem naturalem etiam dolo malo in fraudem filii firmo jure alienare bona sua, vel partem bonorum, non tantum quod sit ingenuus, & hominem ingenuum deceat liberam rerum suarum alienationem habere, sed etiam quod dolus malus patris naturalis neque vivi, neque mortui, non possit a filio honeste coargui. Nam exploratissimum est, honorem deberi parenti cum vivo, tum mortuo, & ut vivum non potest arguere doli mali, neque etiam mortuum, & per hoc revocare alienationem, quam ipse fecit, quasi factam dolo malo, *l. apud, §. adversus, de doli except.* at mortuum patrem adoptivum non debemus ea memoria colere, qua naturalem, ut nec possimus dolum ejus arguere proposita actione Fabiana vel Calvisiana in id quod pater adoptivus in necem nostram alienavit bona sua, ut nos privaret quarta Antoniana, cum nec vivo patri adoptivo eundem honorem exhibeamus, nisi quamdiu manet adoptio, & tum jure potestatis potius, quam debiti honoris, cum tamen emancipatus patrem naturalem colere debeat, perinde ac si in ejus familia permansisset, *l. adoptivum, de in jus voc.*

AD TITULUM VI.

DE OBSEQUIIS PATRONIS PRÆSTANDIS.

EXPLICATURI sumus hodie *tit. 6. 7. & 8.* Tit. 6. qui est *de obsequiis patronis præstandis*, non eadem semper est ratio vel conditio patronorum & parentum, nam, ut dixi nudius tertius, patronis datur actio Fabiana & Calvisiana, non datur etiam parentibus manumissoribus, *l. 2. si quis a parent. manumiss. &c.* Et quæ patronis debentur officia, id est, operæ officiales, etiam parentibus non debentur, nec si filius juraverit patri se eas præstiturum operas, *l. pen. de obseq. par. præst. les fils ne doivent aux peres des jurèes*, id est, ne juratas quidem, quas promisit operas officiales patri, eas edere cogitur, quia pietatem ei debet, non officiales coronas, ut Tertullianus vocat, quas liberti gestabant, etiam patronos persequentes in conviviis, vel aliis hilaritatibus publicis. At obsequia, de quibus agitur in hoc titulo, jure naturali æque debentur parentibus, ac patronis. Officia, sive operæ separantur ab obsequiis, *l. libertus, qui operam, D. de oper. lib. l. ult. si ingenuus esse dic.* & inde tituli diversi de operis, & de obsequiis. Fateor aliquando officia appellari obsequia, ut in *l. 6. sup. de oper. lib.* Et vere dicere possum, officia esse obsequia operarum. Obsequia autem esse pietatis officia, honoris, reverentiæ, verecundiæ, officia grati animi & benevoli, quæ liberi parentibus, liberti patronis cujuscunque sexus debent, etiam tacentibus, non petentibus obsequia, cum tamen officia non debeantur, nisi petentibus & indicentibus patronis, ut diximus in *tit. de oper. lib.* Ac præterea, ut constet magis differentia inter obsequia & officia, officiorum sive operarum ex edicto actio competit, *l. 2. de oper. libert.* Obsequiorum autem nulla petitio est, quæ sit edicto prætoris proposita, sed in libertum, vel filium, qui contra obsequia debita fecit, est actio ingrati, de qua agitur in tit. seq. Item officia sive operæ non debentur patroni heredibus extraneis, *l. liberti, sup. de oper. lib.* Liberis patroni debentur non exheredatis, quia & liberi patroni sunt patroni, *l. cum patronum, de jure patron.* Obsequia autem non tantum debentur liberis patroni, vel patronæ, sed etiam privignis, *l. pen. h. t.* & heredibus extraneis, *l. pen. tit. seq.* Qua in re rursum distant patres a patronis: Nam patribus solis debentur obsequia, non ceteris liberis, id est, fratribus, non heredibus patris, ut sit hæc tertia differentia inter patres & patronos. In obsequiis autem quæ sint, exemplis demonstremus. In obsequiis hæc sunt, non facere injuriam parenti vel patrono, non facere convicium, non cervicem adversus eos erigere, ut ait *l. 2. tit. seq.* Græce τραχηλιᾶν, non agere cum iis actione famosa, id est, parcere pudori eorum, *l. 1. h. t.* quæ ducta est ex *l. 1. sup. si tut. non gess.* Et est de actione suspecti tutoris, quam constat esse famosam. Item non agere adversus patrem vel patronum ulla actione, etiamsi ipso jure non sit famosa, si quam in se habeat atrocitatem verborum. Non agere igitur nisi leni mitique judicio: non agere nisi modeste, & verbis compositis ad omnem reverentiam, in agendo non facere mentionem doli parentis vel patroni, non fraudis, quoniam atrocia sunt nomina, non vis, non audaciæ, ut ait *l. 4. h. t.* non posse objici patrono vim & audaciam. Utroque nomine, atrocitas significatur, crimen: audacia in jure est vis,

l. si

l. si quis in tantam, unde vi, inf. & illo loco Ciceronis pro Cæcinna: *si tantum in agris, locisque desertis audacia potest*, id est, vis, de qua tota oratio est. Ad hæc nec ullo alio judicio licere agere sine venia prætoris cum parente, vel patrono, non temere, sine venia cum eo litigare, ut eleganter ait *l. 4. hoc t.* Quis te fecit idoneum ad litigandum? In servitute enim eras: non eras idoneus litigator, cum eo insolenter litigare indecens est, & contra obsequia, pietatemque debitam parentibus, & patronis. In obsequiis item hæc sunt, non damnare parentes, vel patronos, non exigere ultra facultates, non avare, neque acerbe ab iis exigere, quod debent, sed quatenus eorum facultates patiuntur & ferunt. Non desiderare ab iis jusjurandum calumniæ, ne videantur ii, quibus debemus omnem cultum & reverentiam, nobis esse suspecti calumniæ, qui etsi non indigeant bona existimatione nostra, eam tamen præstare & exhibere eis debemus. Ea igitur honeste iis denegare non possumus, quin committamus contra obsequia iis debita, jusjurandum de calumnia ab iis exigere nefas est, *l. licet, de obseq. parent. vel patr. præst.* Non etiam ab iis exigere judicio sisti fidejussores locupletes, non fastidire quos offerunt, & respuere, sed qualicunque fidejussore, quem nobis offerunt, nos contentos esse oportet, *l. 1. in jus voc. ut eant, l. 2. §. prætor, qui satisd. cogantur.* Postremo etiam non postulare, quod notandum est, restitutionem in integrum adversus ea, quæ parentes, vel patroni nobiscum gesserunt, non revocare, & retractare, quoniam qui petit restitutionem in integrum adversus aliquem, tacite ei fraudem objicit, quam indignum est filium, aut libertum objicere parenti, aut patrono, *l. ult. qui & advers. quos restitut. in integr. pet. poss.* Et in summa obsequium, quod debetur parentibus, & patronis, est pietas, honor, cultus omnis, atque reverentia, non quodcunque ministerium; non omnia præstanda sunt iis personis, sed ut ait *l. 5. & 6.* consuetum obsequium, legitimum, quæ erant verba solemnia in judiciis, non ministerium servile, aut vile. Breviter igitur hæ personæ nobis sunt omni genere pietatis, & obsequii observandæ, & reverendæ, non solum dum vivunt, sed etiam post mortem, id est, quod ait *l. liberto, de obseq. parent. vel patron. Liberto, & filio*, inquit, *semper persona patris, & patroni honesta & sancta videri debet.* Sancta sunt nomina patris, & patroni. Colenda igitur religione multa. Quid est quod ait *semper?* id est, tam vivi, quam mortui, ut indicat *l. apud, §. adversus, de dol. except.* ex qua emendanda est inscriptio *d. l. liberto.* Igitur non possum post mortem arguere dolum, aut vim parentis, aut patroni. Nam nec cuiquam honeste post mortem maledicitur, *non velletur*, ut ait ille, *barba mortuo Leoni.* Quæ fuit una lex Solonis, ut ne defunctis quisquam impune malediceret, multo magis patronis, & parentibus. Quæ præcepta omnia summe notanda sunt, & sufficiunt nobis: nam & continent pleraque, quæ possem dilatare dicendo, & locupletare multis auctoribus, sed esset perlongum, & quam partem de moribus sibi vindicant studiosi juris, eam aliena potius, quam sua prudentia fulcire.

AD TITULUM VII.

DE LIBERTIS, ET EORUM LIBERIS.

HIC tit. est etiam de obsequiis. Nam expositis obsequiis tit. 6. quæ debentur patronis, subjicitur in tit. 7. pœna & ultio non præstitorum obsequiorum: Proponitur etiam hoc t. actio ingrati, & impietatis (quæ primum locum habet in principes: est enim actio impietatis, sive ut Græci loquuntur, ἀσεβείας, accusatio majestatis) in ingratum filium, vel libertum, vel donatarium. Nec citra hos in quemquam est actio impietatis, vel ingratitudinis. Proponitur, inquam, actio impietatis, vel ingratitudinis,

A quæ patrono datur adversus libertum, qui contra obsequia debita vel minimum peccavit, qua actione libertus rescissa manumissione retrahitur in servitutem, & exuitur libertate. Et est actio vetustissima recepta jure civili pop. Rom. & Atheniensium, & confirmata Hispalensis concilii 2. *can.* 8. in libertinas personas, & Toletani concilii 4. *can.* 66. & *conc. Tolet.* 6. *c.* 10. & *Novell. Leonis* 25. Inde apud Ambrosium de beata vita, *ita*, inquit, *libertatem accepisti, ut manumissoris tui meminisse debeas, ut patrono noveris legitimum obsequium esse deferendum, ne ab ingrato revocetur libertas.* Eadem etiam actio ingrati datur patri in liberos emancipatos, rescissa emancipatione, sed nonnisi ex magna & gravi offensa *l. unic. inf. de ingrat. liber.* Et similiter actio ingrati est in donatarium ad rescindendam donationem, non ex causa qualibet, non ex
B levi offensa, sed ex his causis, quæ enumerantur in *l. ult. inf. de revoc. donat.* At in libertinos est actio ingrati etiam ex levi offensa & causa ex *l. 2. h. t.* Quia scilicet coercendi sunt magis & continendi libertini homines, qui plerumque solent redire ad nequitiam ingenii servilis, *l. pen. h. t.* Hinc Plautus in Persa: *Ita pars libertinorum est: nisi patrono, qui adversatus est, nec satis liber sibi videtur, nec satis frugi, nec satis honestus: Ni id efficit, ni ei maledixit, ni grato ingratus repertus est.* Et notandum ex *l. 1.* hanc actionem ingrati esse extraordinariam, nam eam actionem extra ordinem præberi ei, qui voluntate servo suo libertatem gratuitam dedit, non qui debitam restituit. Quo in loco velim deleatis verbum *voluntate*, & ita legatis, *actionem extraordinariam præberi ei, qui servo suo libertatem gratuitam dederit, non qui debitam resti-*
C *tuit:* veluti ex causa fideicommissi, cui non debentur obsequia: ergo ei non potest dari actio ingrati. Cur autem dicis hanc actionem esse extraordinariam? Quia scilicet legibus, quod est jus ordinarium, nunquam fuit prodita ingrati actio, aut si qua, veluti ex *l. Ælia Sentia*, ut in *l. sciendum, de verb. signific.* nunquam de ingratitudine actum est jure ordinario, sed extraordinario. Denique actio ingrati est extraordinaria, quia legibus nunquam fuit prodita, aut si quæ est prodita, nunquam fuit in usu. Certe generalis actio ingrati in malemeritos nunquam legibus edita fuit, cui etiam vix omnia fora sufficerent. Esset tamen non inutile in universum introduci etiam actionem ingrati, cum ingratitudo inimicitiarum multarum est causa, quæ tacitæ & occultæ majores fiunt, & pejores, quam si liceret eas palam excipere in foro,
D atque judiciis, ut differit eleganter Themistius oratione 3. Celant odia occulta, nec manifesta faciunt in judicio, non ab ingratis vindictam jure, judicioque expetunt, quod tamen esset utilius, & sane qua in regione multæ sunt lites inter cives, ut in Gallia, quæ dicitur nutricula causidicorum, judicia leniunt & mitigant iras: tum etiam, quod qui adsuescunt impune ingrati esse adversus quemcunque, paulatim etiam sensim sine sensu, quod abhorreo dicere, ingrati sunt adversus Deum omnipotentem. Quæ est sententia Xenophontis in adolescentia Cyri, lib. 1. Eum, qui adsueverit esse ingratus apud homines, paulatim erga Deum ipsum ingratum fieri. Non esset igitur inutile, & incivile omnibus patere ingrati actionem, causis evidentissime prolatis & probatis. Verum ad rem: invenio in hoc titulo actio-
E nem ingrati in libertum dari non tantum patrono, sed etiam liberis patroni, qui & ipsi sunt patroni: & non tantum filiis, sed etiam extraneis heredibus, *l. pen. h. t.* quam male Accursius coangustat ad filios. Et rectius Placentinus accepit de omnibus heredibus, etiam extraneis, ut in libertos defuncti heredibus, si liberti eos offenderint, competat ingrati actio, qua eos libertos retrahant ad servitutem. Quod tamen scio displicuisse Valentiniano Imperatori Novella de libertis, & succeff. qui scilicet voluit filios patroni, vel heredes extraneos, si qua contumelia affecti essent a liberto defuncti, cum liberto experiri jure communi, qui eos remisit ad jus ordinarium, veluti ad actionem injuriarum, quæ est ordinaria, nec voluit extraordinario judicio aliis

A aliis, quam patronis licere ex causa ingratitudinis revocare libertum in servitutem, sed hoc displicuit Justiniano in *Novell.* 78. ex qua plane restat etiam heredibus patroni competere actionem extraordinariam. Titulus est de libertis, & eorum liberis, ut exponamus hanc partem ultimam *de liberis*: ad eam pertinet *l. 2. hoc tit.* ut scilicet liberto ingrato redacto in servitutem, liberi postea ex eo suscepti patrem sequantur, quod ad conditionem servilem attinet, *l. ult. hoc tit.* Quod prima specie novum & mirum videtur, ut non tantum libertini ex causa ingrati possint revocari ad servitutem, sed etiam filii libertinorum post mortem patris, si & ipsi ingrati extiterint adversus patronum paternum. Hoc ideo mirum est, quia filii libertinorum sunt ingenui, non libertini, sed tamen & hos teneri actione ingrati manifesto proditum est in *l. ult.* B *hoc tit. & Novell. 22. & in l. 2. sup. de in jus vocando*, nec novum videri debet. Nam invenio etiam in *l. ult. sup. de bonis libert.* id est, in const. Græca Just. de jure patronat. filiis libertorum morientibus sine legitimis heredibus intestatis, quamvis sint ingenui, patronum paternum ab intestato eis succedere: nec alia ratio est, quam quod & ii suam ingenuitatem acceptam referre debeant patrono paterno. Igitur obsequium præstare debent ratione ingenuitatis: quod si non præstiterint, tenentur actione ingrati extraordinaria.

AD TITULUM VIII.

C

DE JURE AUREORUM ANNULORUM, ET DE NATALIBUS RESTITUENDIS.

IDEO subiicitur tit. 8. *de jur. aureorum annulorum, & de natalibus restituendis*, quoniam non debent obsequia, & consequenter non tenentur actione ingrati liberti, qui natalibus restituti sunt a principe, quoniam his natalibus restituuntur, in quibus omnes homines fuerunt, ut ait *l. 2. de natalib. restit.* nondum descripto jure naturali, vel civili, nondum agnita servitute, ac si nunquam servitutem serviissent. Denique ea natalium restitutio jus ingenuitatis restituit, & libertum omnimodo ingenuum facit, ut nec obsequia manumissori debeat, nec teneatur D actione ingrati, *l. pen. de bonis libert. l. 10. §. sed & si jus, de in jus voc.* Qua de causa princeps nunquam restituit natalibus libertinum hominem invito patrono, vel invito patroni filio, ne ei faciat injuriam. Restitutio enim natalium juris patronatus plenissima est abolitio, *l. 2. l. pen. & ult. de nat. restit.* Non oportet beneficium principis pertinere ad alterius injuriam, *l. 4. inf. de emancip. liber.* Trajanus apud Plin. *privilegium in injuriam privatorum a me dari non oportet*. Idcirco in restitutione natalium exigitur consensus patroni. Verum alia conditione est is, cui princeps dedit jus gestandi annuli aurei, id est, quem equitem Romanum fecit. Nam hic non solvitur obsequiis debitis patrono, & si contra ea deliquerit, tenetur ingrati judicio, quia non fit ingenuus: imaginem potius, quam statum ingenuitatis præstat, *l. 2. hoc tit.* quamdiu vivit E libertus, qui jus annuli aurei impetravit, umbram tantum, non statum ingenuitatis habet, non est vere ingenuus. Atque ideo non solvitur obsequiis debitis verecundiæ patronatus, ut observatur in *l. 2. hoc tit.* Pessime vulgo in omnibus libris ita legitur, *aureorum usus annulorum beneficio principali tributus libertinitatis quoad vivunt, imaginem, non statum ingenuitatis præstat*, sed legend. *libertinis*, *l. 1. inf. ad leg. Viselliam.*

AD TITULUM IX.

QUI ADMITTI AD BONORUM POSSESSIONEM POSSINT, ET INTRA QUOD TEMPUS.

HACTENUS diximus de successionibus libertinorum, & ceteris partibus juris patronatus, & nunc dicturus est de successionibus ingenuorum, quod hæ vel jure prætorio obveniant, aut jure civili: incipit a jure prætorio, id est, a bonorum possessione: Prætorum enim est bonorum possessionem dare, juris civilis legitimam hereditatem dare; prætor bonorum possessorem facit, non B heredem, possessorem, non dominum, sed quem facit heredem, vel bonorum possessorem, in omnibus causis habetur pro domino, vel pro herede, *l. 2. de bonorum posses. l. prætor, de regul. juris, l. cum emancipatus, in principio, de bonorum possess. contra tabulas*. Ac proinde effectu bonorum possessor similis est heredi, *l. vel similem, de alienat. jud. mutandi causa*. Bonorum possessio est similis hereditati in re ipsa, in jure est aliqua differentia. Imo multæ, & singulæ differentiæ inter jus prætorium & civile, quod attinet ad successionem suis locis declarabuntur. Et, ut definit Ulpianus. Bonorum possessio est jus persequendi, & retinendi patrimonii, sive rei, quæ cujusque cum moritur fuit. Jus persequendi, id est, formula, auctoritas, sive titulus, quo nanciscimur actiones hereditarias, & petitionem heredita- C tis, & interdictum quorum bonorum, & tanquam heredes omnia jura, quæ heredibus competunt, *l. facta, §. si in danda, & §. seq. ad Trebell.* Si, inquit, petierit bonorum possessionem, & ita nactus sit actiones, quas quidem actiones Ulp. *lib. reg.* fictitias appellat, quod in eis bonorum possessores fingantur esse heredes, & heredum jure censeantur: Frequentius dicuntur possessoriæ actiones, *l. 1. de possess. hereditatis petit. l. ideoque, de Carbon. ed. l. pen. de bon. lib. d. l. cum emancipatus*. Et additur, *jus retinendi*, quo verbo proprie significatur possessio, hereditas, ut ait M. Tull. *in Top. non est, quæ possessione retenta est*. Quod proculdubio dicit ad differentiam bonorum possessionis. Bonorum possessio est hereditas possessione retenta, id est, jus obtinendæ & retinendæ hereditatis, quod indulget prætor postulanti- D bus, meliore conditione, quam lex faciat heredibus jus succedendi in universum jus defuncti, & suscipiendi ejus rei omne commodum & incommodum, in vicem locumque defuncti, ad quem etiam non minus accedit bonorum possessor, quam heres, ac proinde in omnibus fingitur defuncti loco. Addit Ulp. *patrimonii*, quod est pecuniæ, sive rei, ut in l. Falcidia, *quam pecuniam, quasque res*, non alia ratione, ut mittam, quæ leguntur in glossematibus, quam quod rei latior sit appellatio, quam patrimonii, vel pecuniæ, *l. 5. & 23. de verb. sign.* Res est genus, pecunia species. Res pecunia, quæ dicebatur olim simul pecunia, & pecuaria res uno eodemque sensu. Alia res est in pecunia, alia in nominibus, alia in juribus. Ex iis satis credo, vos percipere quid sit bonorum possessio, pergamus ad alia. Hic titulus duo E pollicetur. Primum, qui admitti possunt ad bonorum possessionem. Secundum, intra quæ tempora admittantur. De primo primum videamus. Certissimum est ex testamento ad bonor. possess. secundum tabulas admitti heredes scriptos, & liberos præteritos ad bonor. possess. contra tabulas; ab intestato autem admitti ad bonor. possessionem unde liberi, vel unde legitimi, vel unde cognati, vel unde vir & uxor. Et his capitibus proximiores ex agnatis, vel cognatis, & ad extremum conjuges, & his omnibus deficientibus, ll. caducariis bona transire in fiscum. Hæc sunt expeditissima: quæ sunt difficiliora tractemus, & ea quidem solum, quæ in hoc titulo proponuntur, ut solemus semper fines eosdem præscribere, quos præscripserunt auctores. Disces *ex*

l. 1.

l. 1. hoc tit. ad bonorum poſſeſſionem delatam filiofamilias vel ſecundum tabulas, vel unde legitimi, filiumfamil. admitti etiam ignorante patre, id eſt, recte a filiofamil. peti bonorum poſſeſſionem ſibi delatam, etiam ignorante patre, & emolumentum bonorum poſſeſſionis deinde adquirere patri, ſi petitionem ratam habuerit, *l. 6. de acquir. hered. l. ult. quis ord. in bon. poſſ. ſervetur.* Qua in re differentia eſt inter jus prætorium & civile, & inter jus novum & vetus. Jure prætorio ratihabitio patris ſufficit in acquirenda poſſeſſione bonorum, vel ratihabitio cujúſcunque, cui abſenti, vel ignoranti fuerit petita, dataque bonorum poſſeſſio, *l. 3. §. acquirere, de bonorum poſſeſſ. l. ſervo, §. 1. ad Senatuſc. Trebell. l. 7. & pen. rem rat. hab.* Quia prætor ratihabitionem comparat juſſui, & mandato, nec ſcrupuloſius juſſum, quod præcedat exigit, & ratihabitione contentus eſt. Jure autem civili juſſum patris præcedere oportet in adquirenda hereditate, *l. ſi quis mihi bona, §. juſſum, ff. de adquir. hered.* Nec alia differentiæ ratio eſt inter jus civile & prætorium, quam quod jus prætorium benignius ſit jure civili: jus prætorium eſt mite & moderatum: Jus civile aſperum & directum. Rigor juris nullus eſt in jure prætorio, ſed eſt omnis in civili, & ſcrupuloſitas, diligentia, ſolemnitaſque nimia. Quod ſi filiusfamil. ignorante patre, ſibi delatam poſſeſſionem bonorum petierit, & non ſequatur ratihabitio patris (ut oſtendam hac in re, quæ ſit differentia inter jus vetus & novum) jure veteri eſt inutilis bonorum poſſeſſionis petitio, quam poſtea ratam non habuerit pater, *l. ult. §. pen. D. quis ordo in bon. poſſeſſ. ſerv.* Jure autem novo eſt utilis, & proficit filio pleno jure, ut nec eorum bonorum, quorum poſſeſſionem filiusfamilias accepit, uſusfructus pertineat ad patrem ex conſtitutione Juſtiniani, in *l. ult. §. 1. inf. de bon. quæ liber.* Additur in *l. 1. h. t.* bonorum poſſeſſionem delatam filiofamil. amitti, ſi omittatur, id eſt, ſi non petatur intra conſtituta tempora. Et vero tempora notanda ſunt ex *l. ult. quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſervet.* cedere, & currere ab eo die, quo filiusfamil. ſciverit ſibi delatam bonor. poſſ. & certiorare patrem potuit. Igitur ex quo die patrem certiorare potuit, ſi non petat bonorum poſſeſſionem intra conſtituta tempora, uterque, ſcilicet pater & filius amittit commodum bonorum poſſeſſionis. Nam ſcientia filii, atque negligentia patri ignoranti nocet, quia filius eſt principalis perſona, cui defertur bonorum poſſeſſio, ſcientia principalis perſonæ ei nocet, & cuilibet alii, *l. 2. de litig.* Contra ſcientia patris, in hac ſpecie, ignoranti filio non nocet, cum filius ſit principalis perſona, cui ſucceſſio delata eſt, *l. 3. quis ordo in bon. &c.* Quod ſumme notandum eſt. Vel etiam, ſi filius ex die, quo potuit certiorare patrem ante tempora conſtituta, petat bonorum poſſeſſionem, nihil agit, niſi etiam intra ea tempora pater eam petitionem fecerit ratam, *d. l. ult.* Et retro, ſi filius, antequam potuerit certiorare patrem, non petat bonorum poſſeſſionem, nihil amittit, vel ſi petat, nihil acquirit jure veteri, ratum non habente patre. Jure autem novo ſibi adquirit, ſicuti ſi ex quo die potuerit certiorare patrem, petat bonorum poſſeſſionem ſibi delatam, jure veteri nihil adquirit, ratum non habente patre: jure novo ſibi adquirit. Atque ita videmus quantum in ſpecie *l. 1.* diſtet jus prætorium a civili, & jus vetus a novo. Addamus de iis, qui admitti ad bonor. poſſeſſionem poſſint, infantis nomine admitti bonorum poſſeſſionem, quæ infanti delata eſt, aut delata intelligitur ex *l. 3. hujus tit.* & poſſe admitti bonor. poſſeſſionem infantis nomine, non tantum a tutore, vel patre, ſed etiam a quolibet. Nam nihil eſt, quod facilius impetretur a prætore, quam bonor. poſſeſſio, quæ plerunque titulum tantum, & colorem adfert agere volenti, non rem. Non omnis bonorum poſſeſſio eſt cum re, id eſt, frequentiſſime eſt tantum titulo tenus bonorum poſſeſſio, quod in hoc tractatu ſæpiſſime demonſtravi. Et ita quilibet recte petit bonorum poſſeſſionem abſentis, & ignorantis nomine, ſi modo judex non ignoret quid agatur, ſi non ignoret

A abſentem, vel ignarum eſſe eum, cujus nomine petitur bonorum poſſeſſio, & nihilominus tamen eam dat petenti, *l. 7. de bon. poſſ.* Si igitur cum infans ipſe ſibi non poſſit petere bonorum poſſeſſionem, cum fari non poſſit, tamen tutor, vel pater, vel quilibet ejus nomine recte petet bonor. poſſeſſionem: & ſi moriatur infans poſtea, dicemus recte bonorum poſſeſſionem competere, ut ait *l. 3.* Quo verbo ſemper in jure ſignificatur recte tranſmitti in heredem infantis bonor. poſſeſſionem, vel competere actionem, & in hac cauſa rem eſſe, ut moriente eo, cujus nomine data eſt ea poſſeſſio, vel actio transferatur in heredem, & competat heredi ejus, *l. 9. §. ult. & l. 10. ff. de tut. & rat. diſtrah.* Et hæc etiam de infante confirmantur *l. 7. §. pen. de bonor. poſſeſſ. l. 1. de bon. poſſ. infanti, l. 2. §. ſed ſi infanti, ad S.C. Tertyll. &* B *l. ſi infanti, inf. de jure delib. & l. 2. inf. tit. 12.* Reſtat adhuc, quod proditum eſt de pupillo, qui exceſſit infantiam. Pupillus major infante admittitur ad bonor. poſſeſſionem petendam, vel agnoſcendam cum auctoritate tutoris, vel ſine tutore, auctoritate judicis ſcientis, nec ignorantis ejus ætatem, qui petit bonorum poſſeſſionem non adhibito tutore, & rurſus vides quam facilis ſit impetratio bonorum poſſeſſionis, cum pupillo detur ſine auctoritate tutoris ſciente judice. Tutor etiam recte admittitur ad bonorum poſſeſſionem petendam pupilli nomine, *l. 7. hoc t.* Pater autem non admittitur ad petendam bonorum poſſeſſionem filii ſui impuberis nomine, niſi ex conſenſu filii, qui major eſt infante, *d. l. 1. de bon. poſſeſſ. infan. compet. l. 13. qui heres, de acquir. hered.* Et hac in re rurſus obſervanda C eſt differentia inter bonorum poſſeſſionem, & hereditatem: inter jus prætorium & civile: nam ut dixi, tutor poteſt petere bonor. poſſeſſionem pupilli nomine, *l. 7. hoc t.* non poteſt adire hereditatem nomine pupilli, *l. potuit, inf. de jur. delib. l. ſervo invito, §. ſi pupillo, ad SC. Trebell.* quia aditio hereditatis eſt actus legitimus, & nullus actus legitimus peragitur per alium: ceterum bonor. poſſeſſionem licet admittere, & adquirere per alium, qui eam petierit nobis abſentibus, ſine conſenſu noſtro, puta per tutorem, per amicum voluntarium. Et quod attinet ad tempus, intra quod admittenda eſt bonorum poſſeſſio, vel petenda, nemo eſt, qui neſciat, edicto prætoris ad petendam bonorum poſſeſſionem, agnoſcendam, admittendam, conſtitutos dies centum utiles, niſi ii, quibus delata eſt bonor. poſſeſſio, morte D alterius ſint ex liberis, vel parentibus. Iis enim datur largius tempus, nempe annus utilis, qui conſtat 365. diebus utilibus, quibus prætorem, vel præſidem adire eſt. Gallice *jours de plaiderie*, *l. 2. 4. & 5. hoc t.* Qua in re etiam eſt differentia inter jus civile & prætorium. Nam jus adeundæ hereditatis non circumſcribitur tempore, ſed eſt perpetuum, ut Græci notant in *l. 4. hoc t.* Niſi ipſe teſtator aditioni, vel cretioni certum præſcripſerit tempus, ut ſolebat olim fieri, *intra centum dies cernito*, vel niſi judex aditioni præſtituerit certum tempus urgentibus creditoribus, vel filio exheredato. Alioquin jus adeundæ hereditatis perpetuum eſt, petitio hereditatis perpetua eſt, id eſt, non tollitur, niſi præſcriptione triginta annorum, *l. hereditatis, ſup. de petit. her. l. pen. inf. in quibus caſib. ceſ. præſcrip. longi temp.* Dies autem utiles, E qui ſervantur in bon. poſſeſſione, ſunt, ut jam attigi, quando is, cui delata eſt bon. poſſeſſio morte alterius, ſibi delatam ſciverit, potueritque ſibi bonorum poſſeſſionem admittere, & petere. Continui dies cedunt etiam ignoranti ſemper in jure, *l. genero 8. D. de his, qui notan. infam.* utiles dies non cedunt ignoranti, quandoquidem ſunt dies, quibus ſcierit, poteritque, ut in cretionibus, etiamſi addi ſolebat. In hac cauſa igitur dies petendæ bon. poſſeſſionis non cedunt ignoranti mortem cognati ſui, non cedunt ignoranti ſe heredem ſcriptum eſſe, vel ignoranti tenorem teſtamenti, ignoranti jus neceſſitudinis, ſive cognationis ſibi cum defuncto fuiſſe. Denique non cedunt ignoranti factum, *l. 5. hoc tit.* Nam ignoranti jus cedunt tempora etiam

mu-

mulieri, ut puta, si sit soror defuncti, & putet in successione amitam defuncti fratris sorori præferri, atque ita sinat abire diem petendæ possessionis bonorum, tempore excluditur, *l. 6. hoc tit.* Et generaliter in lucro juris ignorantia mulieri non prodest, maxime si Jurisconsulti habuerit copiam, *l. 8. de juris & facti ignor. l. ult. sup. qui pet. tut.* Imo nec rustico temere profuerit in lucro juris ignorantia, si Jurisconsultorum copiam habuerit. Scio quod Poeta ait Odys. 9. *ἄγριον οὔτε δίκας εὖ εἰδότα, οὔτε θέμιστας*. Sed tamen in lucro vix ulli unquam subvenitur, qui contempserit Jurisconsultum, nec consuluerit de jure suo cum liceret. Et hic commodissime explicabitur *l. pen. h. t.* quæ nescio an adhuc sit bene, & liquido explicata. Primum, monebo in Basilicis, & in *κατὰ πόδας*, duos adfero testes, non ita esse perscriptam *l. pen.* ut perscripta est vulgo. Illi sic se habent, si per rusticitatem, vel ignorantiam, vel aliam quamlibet rationem, prætermissis illis verbis, aut sane nunquam cognitis, *facti vel absentiam*, *ἐὰν ἀγροικίαν ἢ ἄγνοιαν ἢ οἷον ὁ ὑποτελογισμόν*, & ita ignorantiam accipio pro inscitia juris. Nam ita vult *lex pen.* nullum excludi commodo bonorum possessionis sibi morte alterius delatæ, ob id solum, quod eam bonorum possessionem intra tempora constituta solemniter a prætore non petierit, modo si eam agnoverit qualiter qualiter intra tempora. Jus tamen ita est, quod diu obtinuit, ut peti debeat bonor. possessio a præside, vel a prætore solemnibus verbis, & dari æque solemniter in jure, vel de plano, nisi sit decretalis bonorum possessio, quæ tantum pro tribunali datur. Igitur jure veteri necessaria est petitio, datioque bonorum possessionis solemnis, conceptave solemniter, & verbis, ut loquuntur formalibus, id est, typicis. Nunc si quis rusticus, ut vult *lex penult.* vel si quis alius juris ignarus, vel qua alia ratione præpeditus, non ita solemniter petierit possessionem bonorum intra tempora, an ideo amittet commodum bonorum possessionum? Minime vero, si modo eam agnoverit, & admiserit postea. Omissio solemnitatis, omissio petitionis nihil nocet. Et hæc est sententia *leg. penult.* quæ est Constant. & refertur etiam in *l. penult. §. eos itaque, sup. de cur. fur.* Et idem Constantinus in *l. ult. hoc t.* addit, qualemcumque testationem sufficere ad adquirendam bonorum possessionem amplectendæ hereditatis causa factam apud præsidem, vel magistratum municipalem, intra tempora constituta, & eam testationem cedere pro solemni petitione: In quo duo sunt nova, ut nihil obsit omissio petitionis amplectendi bonorum possess. Deinde, ut testatio fieri possit apud Magistratum municipalem. Namque olim non potuit a magistratu municipali peti, vel dari bonorum possessio, quoniam magistratus municipalis non habet ea, quæ sunt mixti imperii, *l. ea quæ, ad municipal.* & datio possessionis bonor. est mixti imperii, *l. imperium, de jurisd. om. jud.* Denique dare bonor. possessionem prætoriam, vel jurisdictionalem, non est magistratus municipalis. Ac præterea, quod etiam novum est, ut ita tria introducat nova *l. ult.* præmatura testatio sequentis gradus cognati, id est, quæ fiat nondum præteritis diebus datis proximiori cognato, quæ fiat intra tempus datum proximiori cognato, eo postea proximiore cognato repudiante, vel omittente bonor. possess. valet testatio, quam fecit sequentis gradus cognatus præmature, perinde ac si suis esset usus curriculis. Nam ita legendum est *in l. ult.* præmatura testatio, & agnitio bonorum possessionis, quæ fit intra fines, diesve datos proximiori, perinde effectum habet, ac si suis fuisset usa curriculis. Quod non obtinuit olim. Nam intra dies quibus possum petere bonorum possessionem, non admittebatur sequens ad bonorum possessionem, *l. si filius, §. cum filius, de bon. lib.* Hoc igitur valde notandum, præmaturas agnitiones, vel adquisitiones admitti. Sunt hæ duæ *const. pen. & ult. Constantini*. Sed post Constantinum plus est, quod adjecerunt Theodosius & Valentinianus Imperatores, ut etiam citra testationem illam possit admitti, & adquiri bonorum possessio quocunque indicio, ut jam, quæ introducitur in *l. ult.* loco solemnis petitionis testatio non sit necessaria, cum sufficiat qualecunque indicium. Ita Theodosius & Honor. Impp. in *l. 1. C. Theod. de cretione, vel bon. poss.* ad bonorum possessionem sufficere qualecunque indicium; quod & Justinian. probat in *§. ult. de bon. pos.* & hoc jure utimur, *c'est assez de faire quelche acte d'heritier.*

AD TITULUM X.

QUANDO NON PETENTIUM PARTES PETENTIBUS ADCRESCANT.

SEQUITUR titulus 10. *quando non petentium*, &c. sub quo tantum est una constitutio, ad cujus interpretationem hæc adnotare satis erit. Ex pluribus personis ejusdem juris, vel gradus, quibus bonor. possessio defertur, si qui intra id tempus, quod dedit *tit. superiori* ad petendam bonorum possessionem, non eam petant, vel non admittant, *in hoc tit.* docet portiones eorum adcrescere iis, qui bon. possessionem petierunt, vel admiserunt, *ut in specie constitutionis hujus tit.* Si intestato defuncto plures sunt filii emancipati, quos lex ad hereditatem patris non vocat, prætor tamen iis pollicetur bon. possessionem unde liberi, uno ex eis bon. possessionem non petente intra id tempus, quod finivit titul. qui præcessit, ceteris, qui petierunt adcrescit illius portio. Et hac in re consentit jus civile cum prætorio. Nam ut est in hereditate jus adcrescendi, tam legitima, quam testamentaria, *l. si ex pluribus, de suis & legit. hered. l. qui ex duabus, §. ult. de adquir. hered.* Ita etiam in bon. possessione locum habet jus adcrescendi inter eos, qui eodem jure ad eandem successionem invitantur prætoris beneficio, quod ostendit hæc constitutio, *& l. 3. §. ult. & l. 4. & 5. de bon. poss. & §. cum igitur, Instit. de bonor. possess. l. 2. §. pro qua quisque parte, D. de bon. poss. secund. tab.* Et introductum quidem primum est jus adcrescendi in hereditate, non novo quidem jure, sed antiquissimo jure civili, quod in ipsis initiis describendi juris civilis, non minus fuit absurdum, quam hodie unius hominis unam hereditatem scindere, & partem amplecti, & partem repudiare, qua ratione utitur *lex unica, §. his ita definitis, inf. de cad. toll. l. 7. & 12. §. ex testamento, de bonis lib.* Absurdum est quod nusquam convenit, & nusquam convenisse verosimilius est: ac proinde antiquissimum esse hoc jus, ut coheredis portio vacans coheredi adcrescat, & ut eam, quam amplexus est, non possit habere, nisi & deficientem partem amplectatur. Quo genere fit, ut qui semel adiit, licet non possit repudiare, tamen deficiente coherede, dum non vult amplecti partem coheredis deficientis, vel possit abstinere a toto, & idem ipsum respuere, quod est semel amplexus, *l. cum hereditate, de acquir. hered.* secundum id, quod evenit sæpe, ut quod ego non possum, alius interveniens faciat ut possim, & quam ire non possum viam patefaciat alius. Ab hereditate autem statim exemplum pervenit ad legatum, ut eleganter ait Paulus *lib. 12. Sent.* ut scilicet legatarius non possit scindere legatum, & legati sibi adscripti partem amplecti, partem repudiare, vel partem sibi adscriptam amplecti, & adcrescentem repudiare. Et ita etiam ab hereditate exemplum pervenit ad bonor. posses. Stultum est quod dicunt originem adcrescendi manare ex l. Julia & Papia .i. ex ll. Cad. quæ id potius agebant, ut abolito jure adcrescendi, in ejus locum succederet jus caduci. Et quod ait *l. 5. de vulg. & pupil. subst. per leg. adcrescere l.* Juliam, scilicet, & Papiam, ad quam pertinet *d. l. 5.* ut docet inscriptio, non hoc significat auctoritate *l.* Juliæ & Papiæ inductum jus adcrescendi inter coheredes, sed sine impedimento *l.* Juliæ & Papiæ, quæ plus nimio favet fisco, quandoque heredibus servari jus adcrescendi, veluti liberis, aut parentibus.

tibus. Nam l.Jul. & Papia iis perſonis erubuit adimere jus adcreſcendi, quod ademit ceteris augendi ærarii cauſa. Et *d.l.*5. loquitur tantum de liberis, & parentibus, non de aliis heredibus, quibus per legem non licet uti antiquo jure adcreſcendi. Poſui ſpeciem ad conſtitutionem hujus tit. in filio emancipato, ut explicarem hæc verba, quæ ſunt in ea conſtitutione, *ceſſante legit.ſucceſſ. &c.* Quia liberi emancipati non ſunt legitimi ſucceſſores, §. *emancip. Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. def. l. ſed cum patrono*, §.1. *de bon.poſſ.* Quia lex tantummodo novit agnatos, & emancipatione tollitur agnatio. At prætor etiam novit cognatos, & emancipatione non tollitur cognatio. Jus naturale tolli non poteſt, cujus ſunt cognationes. Jus civile, cujus ſunt agnationes, alio jure tollitur. Igitur conſtitutio hujus tit. eſt de filiis non habentibus jus legitimum, puta capite deminutis, ſive emancipatis, quibus tamen prætor defert bonorum poſſeſſionem. Et non poteſt, quod tentat multis verbis Accurſius, poni ſpecies in matre, cui liberi ſuccedunt, quia matri liberi ſunt legitimi ſucceſſores ex S.C. Orfit. licet cognati, non agnati ſint. Quia heredes facit non tantum lex, ſed etiam SC. & conſtitutio principis. Solus prætor is eſt, qui non facit heredem, ſed bonor. poſſeſſor. qui dominum non facit, ſed poſſeſſorem tantum. Nam & eum, quem jubet ex decreto ſecundo bona poſſidere debitoris, vel ejus, qui cautionem prætoriam cavere detrectat, non facit dominum, ſed poſſeſſorem tantum, ut uſucapione opus ſit ei, qui poſſidere juſſus eſt ad dominium adquirendum, & quoties legitur, Prætorem facere dominum, id ſemper accipiendum eſt ita, ut dominus accipiatur in iis locis pro poſſeſſore, quod prætor ſoleat poſſeſſorem, quem fecit, tueri pro domino, quamquam duplex ſit dominium, imo multiplex, dominium proprietatis, dominium poſſeſſionis, dominium uſusfructus. Et quæſo cur *in l.ſi procurat. de acq. rer.dom.* ait dominium, id eſt, proprietas, ne ſcilicet, quis intelligeret poſſeſſionem. Ac præterea etiam poſui ſpeciem ad conſtitutionem *h.t.* in iis, qui intra tempora conſtituta non petunt, vel admittunt bonorum poſſeſ. quoniam conſtitutio ait, *omittentibus*: Et omittere in jure eſt ſemper non petere intra tempus, ſive beneficio prætoris finito tempore excludi bonorum poſſeſſione, commodo hereditatis finito tempore cretionis, aut tempore ad deliberandum, & conſultandum a judice dato, *l.quod ſi minor*, §. *Scæv. l.aux. de min. l.*1. §.*ult. ut in poſſ. legat. nomine*, *&c.* Hæc eſt ſincera interpretatio conſtitutionis hujus tit. Sed expediendæ nobis ſunt quæſtiones ab Accurſio propoſitæ in hanc conſtitutionem. Duæ ſunt gloſſæ magnæ, priorem jam circumſcripſi, eo ſolum retento & admiſſo, ut ſpecies ad conſtitutionem ponatur in filiis non habentibus jus legitimum, veluti emancipatis. Nec infeliciter tractantur ea, quæ agitat de ſucceſſione matris, quam conſtat eſſe legitimam. Primum quærit Accurſius, an non petentium bonor.poſſeſ. partes adcreſcant petentibus ipſo jure, ſine nova agnitione, aut petitione bonorum poſſeſſionis. Et ita diſtinguit: aut eodem jure vocantur plures ad bonorum poſſeſ. aut diverſo. Peſſima diſtinctio eſt: primum, quia nuſquam invenietis jus adcreſcendi eſſe inter alios, quam inter eos, qui eodem jure innitantur, *l. ſive*, §.*duob. de jure patr.* non inter eos, qui diverſo jure innituntur. Cur igitur diſtinctioni miſces eos, inter quos non eſt adcreſcendi jus, tractans de jure adcreſcendi, an obveniat ſine agnitione, vel petitione nova tacito jure, & intellectu? Et omnino ita eſt ſi plures eodem jure vocentur, ut ſi ſint plures filii, quorum alii admittant bonorum poſſeſſionem, alii non admittant; iis, qui admiſerunt portio, quæ ceteris competeret, ſi admiſiſſent, bonorum poſſ. adcreſcit ipſo jure, & tacito ſenſu, *l.ſervus communis*, *de acquir.hered. l.*2. §.*ſi duo*, *de bon. poſ. ſecund.tab.* & ſi objiciatur *l.ſi ita ſcriptum*, §.1. *eod. tit.* non poſſes ad eum locum luculentius reſpondere, quam fecit idem Accurſius, ad quem te remitto. Parum enim eſt, & pene recitatu indignum, quod efficere conantur

A ex illo loco, ut non adcreſcat ipſo jure iis, quibus accreſcit portio vacans. Si autem diverſo jure duo, pluresve vocentur in bona alterius demortui, ut ſit heres ſcriptus teſtamento liberti, cui defertur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, & patronus præteritus, cui defertur bonorum poſſeſſio contra tabulas, *l.6. D.de bonor.poſſeſ.* in portionem legitimam, id eſt, in trientem, proculdubio eſt inter eos non poſſe verſari jus adcreſcendi. Sed non petente herede ſcripto bon. poſſeſ. ſecundum tabul. patronus, qui petiit jam bon.poſſ. contra tabul. in trientem, poteſt denuo nominatim ejus quoque partis, quam heres ſcriptus amplecti noluit, bonor.poſſeſ. petere, & per hoc habebit partem, quam habuiſſet heres ſcriptus, ſi petiiſſet bon. poſſ. non per jus adcreſcendi, ſed per beneficium prætoris, non jure adcreſcendi, ſed

B jure poſſeſſionis novæ, qui & præmature petierat priorem bonorum poſſeſſionem, nimirum herede ſcripto deliberante. Nam bonorum poſſeſſio contra tabulas patrono præterito, cum re, cum effectu non datur, antequam heres ſcriptus extiterit, id eſt, hereditatem adquiſierit, *l.illud*, *in princ. de bonor.poſſ. contra tab. l.*3. §. *ut patronus*, *de bon.libert.* Qua in re eſt differentia inter bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ patrono præterito datur, & bon.poſſ. contra tab. quæ filio præterito datur. Nam hæc datur contra lignum, contra ipſas tab. teſtamenti ligneas, vel alterius materiæ, *l.quod vulgo*, *de bon.poſſ. contr.tab.* Etiamſi nondum heres ſcriptus adierit hereditatem, aut ſe pro herede geſſerit. Denique datur filio præterito contra lignum, non contra heredes: Nam etſi necdum heres ſcriptus heres extiterit,

C datur. At quæ competit patrono præterito, cum re non datur, niſi contra heredes, qui adquiſierint hereditatem. Igitur deliberante herede ſcripto, ſi patronus occupaverit poſtea bonorum poſſeſ. contra tab. cum nondum nullus exſtaret heres teſtamentarius, petitio erit ſine re: adeo ut poſtea herede ſcripto repudiante neceſſe ſit denuo patrono petere bonor. poſſ. totius aſſis, non concurrente herede ſcripto: Sed ita totum obtinet beneficio prætoris, vel bonor. poſſ. non jure adcreſcendi: nam jus adcreſcendi ipſo jure procedit, nec auxilium deſiderat novum, quæ eſt ſententia *l.ſed cum patrono*, *de bon.poſſ.* Sine diſtinctione igitur concludamus, coheredibus, vel bon.poſſ. ad exemplum heredum adcreſcere ipſo jure ſine aditione, vel petitione nova, quod fingantur ab initio ex aſſe heredes, aut bonorum poſſeſſores

D eſſe. Idem Accurſius poſtea, dum quærit an invito adcreſcat, non animadvertit, ſe id, quod jam antea expediverat, in dubium revocare: Nam ſi ipſo jure adcreſcat, invito igitur adcreſcit, ut ſuus heres ipſo jure exiſtit ſine aditione, *l.in ſuis*, *de ſuis & legit. hered. l.*7. *de inoff.teſt. l.pen.* §.*pen. de bon.lib.* Et invitus igitur, & ignorans heres exiſtit, §.*ſuis autem, de hered. quæ ab inteſt.* Adeo ut etiam ſui heredes exiſtant furioſi, & infantes, & peregrinati, ut eſt legendum 4. *Sent.* Pauli in collat. illa veteri *ll. popul. Jud. & ll. pop. Rom.* Sicut alias docui etiam in §.*ult. Inſt.de hered.quæ ab inſt.* eſſe legendum, poſſe etiam ignotos heredes ſcribi, id eſt, quos nunquam vidimus, veluti peregri natos, ut veteres loquebantur, quod in Theoph. eſt *ἐπὶ ξένης διάγοντας*. Et ad eundem modum, ſi ipſo jure adcreſcit ſine petitione nova bon.

E poſſ. & invito igitur adcreſcit. Denique qui illud, & hoc etiam dicit, & præcipit: oportet ſemper explorare quas proponimus quæſtiones, & etiam atque etiam videre, quemadmodum ſimus eas expoſituri, ne de eadem bis mutatis verbis inquiramus fruſtra. Et elegantiſſime Ariſtoteles tertio Metaphyſic. non minus eſſe difficile proponere quæſtionem aliquam, quam illam recte expedire & pertingere. Et multi ſunt loci, in quibus dicitur invitis adcreſcere, quod nihil aliud eſt, quam ipſo jure adcreſcere, *l.un.* §.*his ita definitis*, *de cad. coll. l.ſi quis heres inſtitutus*, *l.qui ex duobus*, §.*ult. ff.de acquir.hered.* Quod in heredibus, & in aliis ſucceſſoribus, qui ſimiles ſunt heredibus eſt indiſtincte verum. Quia ſemper, quod notandum eſt, univerſi juris ſucceſſores, poteſta-

te

te juris re conjuncti esse censentur, licet forte testator eos separaverit separata oratione, & aliis atque aliis adscriptis partibus, id est, non ideo minus singuli intelliguntur vocati in assem, ut scilicet nonnisi concursu facerent portiones sibi adscriptas, quia unius personæ, id est, defuncti, uniusque hereditatis vicem sustinent, ut eam non possint scindere, nisi absurde & inconvenienter. Et hac in re est differentia inter jus adcrescendi, & jus substitutionis. Nam jus substitutionis non obvenit invito. Jus adcrescendi obvenit invito, & coheredi coheredis substituto: exsistente casu substitutionis portio deficiens coheredi obvenit magis jure adcrescendi, quam substitutionis, licet substitutus sit in portionem coheredis, ut constat ex *l.pen. de injust.rupt. & irrit.* Et hinc fit ut portio coheredis coheredi substituto obveniat invito, & sine aditione nova, *d.l.si quis heres institutus, & l.testam. inf.de impub. & aliis substit.* Certum est igitur invito obvenire jus adcrescendi, aut quasi accrescendi. Nec offendor *l.si minor, de acquir. heredit.* quæ ponit duos fuisse coheredes, & unum ex iis fuisse minorem 25. annis, & utrumque adiisse hereditatem pro sua parte, mox minorem, qui adierat pro sua parte se abstinuisse beneficio restitutionis in integrum. Unde quæritur, an portio ejus accrescat coheredi, vel obveniat invito? Et lex ait non obvenire invito ex constitutione Severi. Ergo inquies, jus adcrescendi non obvenire invito? Sed dices non esse proprie jus adcrescendi. Nam certa definitio hæc est, portionem non adquisitam adcrescere adquisitæ, & portionem non petitam adcrescere petitæ: semel autem adquisita portio non accrescit consorti, sive collegæ portioni adquisitæ, excepto usufructu, *l.1. §.interdum, de usuf. adcresc. l. aquam, §.ult. quemadm. ser.amit.* At portionem suam jam semel minor adquisiverat. Igitur non proprie ea defertur restituto in integrum minore substituto ejus jure adcrescendi, quia adquisitione perimitur jus adcrescendi, & quicunque concurrit semel, etiamsi postea concurrere desinat, non ideo facit, ut portio ejus obveniat invito. Quæ est ratio Novellæ primæ Just. Si heres, qui adiit, non exequatur voluntatem defuncti, portio ejus adcrescit coheredi volenti, non invito. Nec enim proprie adcrescit portio, quam coheres adquisiverat jam, & quæ nunc ei eripitur ob contumaciam, inobedientiam. Non offendor etiam *l.si solus, §.ult. de acq.hered.* Finge: servus Titii heres scriptus est ex parte pure, & ex parte sub conditione, dato coherede in reliquam partem hereditatis: Idem servus ex pura institutione adiit jussu domini, nec mutavit dominum. Et cum igitur esset in ejusdem domini potestate, extitit conditio institutionis conditionalis. An portio illa conditionalis existente conditione obvenit ipso jure statim domino ejus, qui jam adquisierat sibi commodum puræ institutionis? Minime, inquit, quia adeundum est etiam jussu domini ex conditionali institutione. Ergo non adcrescit invito, non ipso jure, quia nova aditione opus est. Nihil est, quod tam facile expediri possit. Non adcrescit invito, fateor: sed non adcrescit etiam volenti sine nova aditione. Et ne huic definitioni *l.si solus* videatur obstare *l.si quis heres institutus*, observandum, aliam proponi speciem in *d.l.si quis heres*, nempe unum eundemque fuisse institutum ex parte, & substitutum, coheredi, & extitisse casum substitutionis: Et ideo d. l. ait portionem coheredis ei invito adcrescere sine aditione nova. Quia scilicet, ut ait l.substitutio illa est appendix substitutionis, id est, magis est accrementum, quam substitutio, quia & hac omissa substitut. portio coheredis ei obveniret jure adcrescendi: obveniet igitur invito, & magis jure accrescendi, quam substitutionis, ut etiam ait *l.pen. de injust.rupt. & irrit.* At cum est substitutus ex parte pure, & ex parte sub conditione, conditionalis substitutio non est appendix pure substitutionis. Et ideo nova aditione opus est. Quoniam omissa conditionali institutione, ut posui, ea pars, quæ relicta est sub conditione, non ei obveniret, & accresceret soli, sed utrique heredi, ut non possit censeri appendicula esse puræ institut. Et postremo quærit Accurs. pro qua parte adcrescat, & respondet pro rata ejus, quod eis competit, quod male probat ex *l.1. infra, de impub. & aliis substit.* quæ non loquitur de jure adcresc. Sed probare id posses ex *l.si ita 66. de hered.inst. & l.Mævio, de leg.2.* Nec te offendere debet, quod constitutio *de cad. toll.* ait adcrescere pro virili portione. Nam, & virilis portio significat ratam, & rationalem, sive æqualem, sive inæqualem, *l. 1. inf. unde liberi, & §. ult. Instit. de inoff. test.*

AD TITULUM XI.

DE BONORUM POSSESSIONE SECUNDUM TABULAS.

DOCUIT qui admitti possint ad bonorum poss. quæ prætoria, vel honoraria hereditas dici potest: & intra quæ tempora: & non petentium partes quibus adcrescant, atque accedant. Quo præmisso, bonorum possessionis species omnes exequi parat. Et cum alia ex testamento competat, alia ab intestato, ab ea, quæ ex testamento competit, initium sumit, & facit. Ea vero, aut est contra tabulas, seu voluntatem testatoris, aut secundum voluntatem, *l.sed cum patrono, §.1. de bon.poss.* Et prius quidem in edicto prætoris proponitur ea, quæ est contra voluntatem testatoris, id est, bon. posses. contra tabulas, *l.2. in princ. de bon.poss.secund.tab.* Quare etiam in libris nostris sæpe beneficium bon.poss. contra tabulas appellatur primum edictum, aut prima pars edicti, *l.4. l.scriptus, de Carbon.edic. l.2. l.filius 42. §.cum filius, de bon.liber.* Et hic etiam ordo servatur in titulo ff. Prior enim est tit.de bon.poss.contra tab. Ille, qui est de bon.poss. secundum tabulas, secundum ordinem edicti perpetui. In titulo hujus libri hic ordo perturbatur. Prior enim est titulus de bon.poss. secundum tabulas. At bonorum possessio secundum tabulas datur heredibus scriptis tab. testamenti, etiamsi injustum sit testamentum, vel nullum jure civili, vel ruptum, vel irritum, vel falsum, modo sint supremæ tabulæ testamenti, & obsignatæ non minus quam septem testium signis, & is, cujus bonor.poss. datur, utroque tempore mortis, & testamenti, testamenti factionem habuerit. Sed si postea testamen. in judicio appareat, cum de hereditate ambigitur, esse injustum, vel nullum, vel ruptum, vel irritum, vel falsum, bonor. possessio, quam petere occupavit heres scriptus, sine re constituitur, & sine effectu, & ad eum perveniet ea res, ad quem meliori jure pertinere videbitur. Ut is, cui data est actio, non semper rem evincit, & aufert. Ita nec is, cui data est bonor. poss. utrumque est jus persequendi: sed modo cum re, modo sine re. Tria potissimum exigit prætor, qui daturus est bon.poss. secundum tab. ut sint supremæ tabulæ testamenti, sicut dixi in *l.1. §.1. de bon.poss. secund.tab.* ut obsignatæ sint non minus quam 7. testium signis, *l.cum tab.eod. l.2. h.t.* Et vetus hoc fuit edictum prætoris, & translatitium est, ut ait Marc.Tul. in prætura urbana: Si de hereditate ambigitur, inquit prætor, & tabulæ testam. obsignatæ minus multis signis, quam lege oporteat, ad me proferentur, secundum tab. testamenti bon.poss. non dabo. Exigit ergo prætor omnimodo signa 7. testium, quia scilicet hæc est solemnitas juris prætorii. Numerum testium introduxit jus civile, signa prætorium. Subscriptiones constitutum jus, sive constitutiones Principum, ut Institutiones docent. Non exigit prætor, quæ sunt ex constitutionibus, vel ex jure civili solemnia: satis habet si agnoscat non minus quam 7. testium signa, quæ ipse introduxit, & adhiberi in testamentis voluit. Et tertium exigit prætor, ut testator utroque tempore testamenti factionem habuerit, testamenti faciendi tempore, & mortis, *l.1. §.exigit, de bon. poss. secund.tab.* Quod ita est accipiendum ut testamentum, quod quis non jure fecit, non valeat, etiamsi postea testamenti factionem habere cœperit: testamentum,

tum,

tum, inquam, quod quis non jure perfecit, quod non haberet teſtamenti factionem, non valeat, etiamſi poſtea teſtamenti factionem habere cœperit, ut ſi filiusfam. aut pupillus teſtamentum fecerit, & paterfamil. factus, aut pubes vita deceſſerit, *l. ſi filiusfam. qui teſtam. fac. poſſint.* Contra ut teſtam. quod quis jure perfecit, cum haberet teſtamenti factionem valeat, etiamſi poſtea teſtamenti factionem habere deſierit, ut ſi poſtea ei interdictum ſit bonis ob vitium prodigalitatis, ob diſſolutionem morum. Nec ideo intercidit teſtament. quod fecit ante interdictionem. Idemque eſt ſi quis poſt teſtamentum, quod jure fecit, factus ſit mutus, aut ſurdus, aut furioſus, *l. 6. l. is qui lege, Qui teſtam. fac. poſſ. l. 1. §. ſi quis autem, de bon. poſſ. ſec. tab. l. 7. de jure codicill.* Idemque eſt ex Nov. 5. Juſtin. ſi quis poſt teſtament. factus ſit monachus. Nam quod poſt monachiſmum teſtamentum fecerit, ipſo jure non valet. Quod vero monachiſmo antiquius habuerit teſtamentum, hoc valebit. Non idem erit, ſi poſt teſtamentum factum capite deminutus eſt, id eſt, ſi factus ſit ſervus, vel peregrinus, vel alieni juris, alienæ familiæ: Nam hoc exigitur omnino, ut utroque tempore teſtamenti & mortis teſtator fuerit ſui juris, & civis Romanus, §. *non tantum, Inſtit. Quibus modis teſtam. infirm.* Igitur ſi teſtator deportatus ſit poſt factum teſtamentum, ſi redactus ſit ad peregrinitatem, vel ſi adrogatus ſit, deportatione, peregrinitate, adrogatione, omni jure civili & prætorio irritum fit teſtamentum, optima ratione, quia deportatus, & adrogatus omnia ſua bona amittit, & transfert in fiſcum, vel adrogatorem, & ita eſt accipiendum quod ait *d. §. exigit*, prætorem exigere, ut teſtator utroque tempore habuerit teſtamenti factionem. Nec enim hoc eſt per omnia verum, nec tenendum præciſe, deſtricte, aut præfracte, ſed adhibendæ ſunt ſuperiores diſtinctiones. Illa igitur tria potiſſimum, quæ dixi prætorem exigere, ut petenti det bonorum poſſeſſionem ſecundum tabul. ſi concurrant, prætor a quo petitur bonorum poſſeſſio non ſpectat, an ſit injuſtum teſtam. id eſt, an defuerint in eo ſolemnia juris civilis, non ſpectat an jure civili nullum ſit teſtam. id eſt, an filius ſuus in eo ſit præteritus, non ſpectat an ruptum ſit agnatione poſtumi, *l. poſtumus, de injuſt. rupt. & irr.* Non ſpectat etiam admodum an teſtamentum irritum factum ſit medio tempore per capitis deminutionem inter teſtamentum & mortem, *l. 1. §. ſed etſi quis utroque, de bon. poſſ. ſec. tabul. l. conficiuntur, §. ſi poſt, de jure codicill.* Interdum etiam non ſpectat an ſit falſum teſtamentum, non excutit an ſit verum teſtamentum, aut ſi prima ſpecie videatur non eſſe verum, non ideo minus petenti heredi ſcripto largitur bon. poſſeſſ. ſec. tabul. l. 1. *inf. de his qui ſibi adſcrib. in teſt.* in cujus ſpecie petenti heredi ſcripto, & reo falſi compertiſsimo prætor dat bonorum poſſeſs. ſecundum tabul. nempe filio emancipato herede ſcripto, qui ſibi adſcripſerat hereditatem dictante patre, atque ita inciderat in crimen falſi ex Senatuſconſulto Liboniano. Huic enim prætor dat bon. poſſeſs. ſecundum tabulas, ſi nemo alius in ea re illo potior futurus ſit. Quæ eſt brevis explicatio *d. l. 1.* Plus dico: Etiamſi qua alia ratione quis dicat teſtamentum eſſe falſum, nec dum probet eſſe falſum, vel etiamſi probet, nec dum pronuntiatum ſit eſſe falſum, ſine controverſia interim petenti heredi ſcripto prætor dabit bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Nam ſive heres ſcriptus accuſetur falſi, nec dum damnetur, ſive alius quilibet, ſicut heres ſcript. poteſt interim adire heredit. ſi modo ei liqueat de innocentia ſua, vel innocentia ejus, qui reus poſtulatur: ita etiam interim poteſt bonorum poſſeſſionem admittere ſecundum tabulas, *l. cum falſum, l. Pannonius, §. rei, de adq. vel omitt. hered.* Et non eſt verum quod Accurſius notat in *l. 1. hujus tit.* hac in re differentiam eſſe inter jus civile & prætorium, inter bonorum poſſeſſionem & hereditatem, ut alio teſtamentum dicente falſum, heres ſcriptus poſſit adire hereditatem, non admittere bonorum poſſeſſionem. Et merito etiam Bart. eam Accurſii differentiam abdicavit,

A quoniam prætor ſemper (ut ſatis licet intelligere ex iis, quæ ante dicta ſunt) ſatis habet, dum ab eo petitur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, ſi teſtamentum non fuerit ruptum mutatione, id eſt, ſi ſit ſupremum teſtamentum, & ſi non perſeveraverit eſſe irritum uſque ad mortem teſtatoris, id eſt, ſi moriens teſtator fuerit ſuæ poteſtatis, & civis Romanus: Et quod eſt tertium, ſi teſtamentum non careat ſolemnibus juris prætorii, id eſt, ſi obſignatum ſit ſeptem teſtium ſignis, *l. 2. hoc t. l. poſtumus, de inj. rupt. & §. non tamen, Inſtit. quibus modis teſtam. infir.* Et eleganter Ulpianus *lib. regul. tit. quemadmodum teſtam. rump.* Si, inquit, teſtamentum 7. teſtium ſignis ſignatum ſit, licet jure civili ruptum, aut irritum ſit: tamen prætor heredibus ſcriptis bonor. poſſeſs. dat ſecundum tabulas, ſi teſtator fuerit ſuæ pote-
B ſtatis, & civis Romanus cum moreretur fuit, quæ poſſeſſio cum re habetur, ſi nemo alius jure heres ſit. Ergo ea tria ſi concurrant, ſufficit. Nec quidquam obſtat, quod teſtamentum eſſe dicitur falſum, ſicut nec ea res obſtat aditioni hereditatis. Et plane hac in re conſentit jus civile cum jure prætorio. De falſo teſtamento eſt *l. 1. hoc tit.* ſpecies hæc eſt: Quidam falſum teſtamentum dixit contendens de hereditate cum herede ſcripto, & teſtamentum falſum pronuntiatum eſt: heres ſcriptus, qui petierat jam bon. poſſeſſ. ſecundum tabulas, & obtinuerat rem, appellavit: pendente appellatione nondum eſt certum, an defunctus inteſtatus deceſſerit, quoniam pendente judicio appellationis adhuc viget & præpollet cauſa teſtamenti: ideoque, ut lex ſtatuit, pendente eo judicio non defertur bonorum poſſeſſ. ab inteſtato,
C quoniam incertum eſt an ſit inteſtatus. Et ita demum bonorum poſſeſſ. ab inteſtato competit, ſi neque bon. poſſ ſecundum tabulas, neque contra tabulas admiſſa & agnita ſit, *l. 1. §. 1. ſi tab. teſtam. nullæ exſtab.* Nec obſtat quidquam, quod prior judex teſtamentum falſum eſſe pronuntiavit. Nam eam pronuntiationem appellatio exſtinxit. Ne dicas appellationem ſuſpendere, ſed exſtinguere judicatum, *l. 1. §. ult. ad Turpill. l. furti, §. 1. de his qui not. infam.* Quod adeo verum eſt, ut ſi damnatus furti appellaverit, & deinde injuſtam appellationem videri pronuntiatum ſit, non fiat retro infamis ex die prioris ſententiæ, ſed hodie ex die poſterioris ſententiæ, quæ priorem confirmavit, vel potius conſervavit. Nam ne etiam unquam dicamus judicem, ad quem appellatum eſt, confirmare priorem ſententiam: Nam ſi confirma-
D ret, vis ejus retro traheretur, atqui non retrotrahitur, cum ex hoc die demum infamis fiat. Sed dicamus conſervari priorem ſententiam, non confirmari, ut in *l. ult. §. ult. Quod cum eo, &c.* Et hæc quidem omnia ſunt de teſtamento, id eſt, de tabulis teſtamenti. Quid ſi teſtamentum non ſit ſcriptum, an dabitur bonorum poſſeſſio ſecundum nuncupationem, & voluntatem defuncti non ſcriptam, ſed nuncupatam ſeptem teſtibus præſentibus. Jus prætorium non novit teſtamentum non ſcriptum. Jus civile novit teſtamentum non ſcriptum, modo præſentes fuerint 7. teſtes, *l. 2. hoc t. §. ult. Inſtit. de teſtam. ordin.* Igitur ſecundum teſtamentum non ſcriptum, id eſt, ſecundum nuncupationem ex edicto non competit, vel non defertur bonorum poſſeſſio. Ceterum ex æquo & bono datur utilis bonorum poſſeſſio ſecundum nun-
E cupationem. Ut actio alia eſt directa, alia utilis: Ita bonorum poſſeſſio alia eſt directa, alia utilis, utramque eſt jus perſequendi, modo directum, modo utile. Et ita utilem poſſeſſionem bonorum dari ſecundum nuncupationem a prætore, *l. 2. hoc tit. & l. ſi ita ſcriptum, §. ult. D. hoc t. & l. ult. inf. de codic. & l. 2. inf. tit. 13. hujus lib.* Quæ quidem erit decretalis bonorum poſſeſſio, quæ dabitur interpoſito decreto a prætore pro tribunali, non edictalis. Nam ſecundum voluntatem defuncti ex edicto non datur bonorum poſſeſſio, niſi extent tabulæ jure directo: ut omnes actiones utiles ſunt decretales, ita & bonorum poſſeſſiones utiles. Nec omittam quod in *l. 2. hoc tit.* Græci exigunt ſeptem teſtes, vel quinque. Cur quinque? & eadem quæſtio fieri poteſt ad *l. 1. C.*

Theod. de teſtam. An quod in urbe exigantur ſeptem teſtes, ruri ſufficiant quinque? ut eſt proditum in *l. ult. inf. de teſtam.* An vero quod hodie ex Novella Leonis 42. etiam in urbe ſufficiant quinque teſtes, & ruri tres?

AD TITULUM XII.

DE BONORUM POSSESSIONE CONTRA TABULAS, QUAM PRÆTOR LIBERIS POLLICETUR.

BONORUM poſſeſſio contra tabulas, de qua agitur in hoc tit. 12. datur liberis naturalibus ſuis, vel emancipatis, non etiam in adoptionem datis, quia in aliena familia ſunt: emancipati etſi non ſint in familia patris, tamen non ſunt in aliena familia, ſed ſuæ propriæ familiæ & poteſtatis ſunt. Item datur bonorum poſſeſſio contra tabulas poſtumis natis, qui ſui futuri erant: Datur liberis adoptivis non emancipatis; Datur, inquam, iis omnibus liberis, ſi præteriti ſint, & omiſſi teſtamento parentis virilis ſexus, & per virilem ſexum cognatione juncti. Hæc omnia exiguntur reſcindendi ejus teſtamenti cauſa. Bonorum poſſeſſio contra tabulas reſcindit judicium parentis, reſcindit teſtamentum, *l. 1. in princ. de legat. præſtand. l. ut liberis, inf. de collation.* Impugnat igitur teſtamentum patris, quia & præteritio injuria eſt filii, *l. quidam, inf. de fideicommiſſ.* Et ne hoc etiam omittam, liberi præteriti dicuntur, qui ſilentio prætermiſſi ſunt a patre, atque neglecti in teſtamento, id eſt, nec heredes inſtituti, neque nominatim exheredati, *§. eadem, Inſtit. de her. quæ ab inteſtato def. l. 2. hoc tit.* ut apud Feſtum Senatores præteriti dicuntur, qui neglecti ſunt a cenſoribus, quod erat ignominioſum, & ut ante dixi, etiam per præteritionem filius a patre afficitur ignominia, *dict. l. quidam.* Et exheredatio, & præteritio ignominia eſt. Quamobrem exheredato ſubvenitur per querelam inofficioſi teſtamenti, ſi probet ſe immerito exheredatum, vel confidat ſe probare poſſe judici. Præterito autem ſubvenitur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ etiam dicitur actio præteriti in *Nov. 1.* Valentiniani *de teſtam.* non male. Nam bonorum poſſeſſio definitur jus perſequendi, ſicut actio, & bonorum poſſeſſionis datio nihil aliud eſt, quam actionum hereditariarum datio. Et ita etiam Paulus in *Sentent.* relatis in *coll. illa veteri ll. Judaicar. & Roman.* qui ſui heredes ſunt, inquit, ipſo jure etiam ignorantes heredes conſtituuntur, ut furioſi, infantes, & peregri nati, quibus bonorum poſſeſſio propter prætoriam actionem non erat neceſſarium. Qui ſermo latinus eſt elegantiſſimus. Ut apud Marcum Tull. *eam rem præſidio non futurum.* Recte igitur dixeris vel bonorum poſſeſſ. contra tabulas, vel actionem præteriti, vel bonorum poſſeſſionis contra tabulas prætoriam actionem, qua emendatur nota præteritionis reſciſſo judicio paterno, liberis quidem emancipatis præteritis, quia ad eos non pertinet legitima hereditas, cum non ſint agnati patri, ſed cognati tantum, quia ceſſat legitima ſucceſſio, neceſſaria eſt bonorum poſſeſſio contra tabulas, *l. 2. §. 1. de bonor. poſſeſſ. ſec. tabul.* Suis non eſt neceſſaria, ut Paulus dixit, id eſt, iis, qui manſerunt in poteſtate & familia parentis; qui eo moriente in poteſtate ejus fuerunt, *l. 7. de inoffic. teſtament.* Cur ſuis non eſt neceſſaria? Quia ſcilicet ipſo jure ſtatim, vel ut Græci exprimunt, ἀπεντεῦθεν, nullum eſt teſtamentum, in quo ſuus filius eſt præteritus, *§. 1. Inſtit. de exhered. lib.* Et ipſo jure rumpitur, in quo poſtumus præteritus eſt. Si naſcatur, rumpitur id ipſo jure agnatione poſtumi præteriti, *l. 2. hoc t.* Ergo non eſt neceſſe id reſcindi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quod ipſo jure reſciſſum eſt. Sed tamen, quia ſi teſtamentum, in quo filius ſuus eſt præteritus, ſignatum ſit non minus quam ſeptem teſtium civium Romanorum ſignis, Prætor petente herede ſcripto poteſt dare bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, ut oſtendi nudiuſtertius: ideo, ut filius ſuus præteritus obviam eat heredi ſcripto, non inutile erit eum agnoſcere bon. poſſeſſorem contra tabul. atque ita prævenire heredem ſcriptum, quoniam hac agnita heres ſcriptus tanquam præventus, non poteſt admitti ad bonor. poſſeſſionem ſecundum tabulas, quæ eſt ſententia *l. 2. hoc t. & l. quod vulgo, D. hoc t.* Imo aliquando utilius eſt, filium ſuum præteritum teſtamento patris admittere bonor. poſſeſſ. contra tabul. quam dicere nullum ipſo jure, ut in hac ſpecie, quæ tractatur in *l. 14. de lib. & poſt.* Si filius ſuus præteritus ſit a primo gradu, id eſt, ab inſtitutione, & exheredatus a ſecundo gradu, id eſt, a ſubſtitutione vulgari, quia præteritio non infirmat ipſo jure totum teſtamentum, ſed tantum eum gradum, a quo filius eſt præteritus, ut in hac ſpecie, ipſo jure nullus eſt primus gradus inſtitutionis: ſecundus valet, & incipit teſtamentum a ſecundo gradu, id eſt, a ſubſtitutione, & ſubſtitutus venit, non ut ſubſtitutus, ſed ut inſtitutus, quia ei priori defertur hereditas, primo gradu habito pro nullo, *l. 3. §. ult. l. 14. §. quod vulgo, de lib. & poſt.* Igitur ſi in ea ſpecie filius ſuus præteritus dicat primum gradum nullum eſſe ipſo jure, a quo ſolo eſt præteritus, ſibi locum non facit, ſed potius ſubſtituto, id eſt, declarat teſtamentum incipere a ſubſtitutione, a qua ipſe fuit rite exheredatus, non præteritus. Sed ſi velit adverſus ſubſtitutum inſtituere querelam inofficioſi teſtamenti, in ejus arbitrio eſt, tanquam non videatur pater juſtam cauſam habuiſſe exheredandi filium, juſtas cauſas irarum non habuiſſe: ſed in eadem ſpecie ſi filius ſuus, qui, ut dixi, a primo gradu, hoc eſt, qui ab inſtituto eſt præteritus, a ſubſtituto exheredatus, agnoſcat bonorum poſſeſſionem contra tab. & inſtitutionem & ſubſtitutionem vulgarem, infirmabit & omnem ſcripturam teſtamenti, atque ita repellet ſubſtitutum, ut in *l. non putavit, §. ſi primo, de bon. poſſ. contra tab.* Atque ita hoc caſu utilior eſt bonor. poſſeſſ. petitio contra tab. quam dictio nullius teſtam. Ex his ergo ita concludamus, hac in re differentiam eſſe inter filium emancipatum, & filium ſuum. Nam in emancipato, ut dixi, neceſſaria eſt bonorum poſſeſſ. contra tab. In ſuo non eſt neceſſaria, & non inutilis tamen, & aliquando utilior, quam dictio nullius teſtamenti. Addamus etiam aliam differentiam inter emancipatum & ſuum. Emancipatus non omnino infirmat teſtam. ſi petat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quandoquidem præſtat legata ex teſtamento patris quibuſdam perſonis exceptis edicto prætoris, *l. is qui in poteſtate, de leg. præſt.* ut liberis & parentibus & uxori, vel nurui dotis nomine legata, *l. 1. hoc t.* quæ eſt accipienda de liberis emancipatis. Conſervantur etiam ex æquo & bono ſecundæ tabulæ, ſi quæ ſint, id eſt, tabulæ pupillares, teſtamentum, quod pupillo fecit pater, & legata relicta eis tabulis quibuſcunque perſonis, id eſt, omne teſtamentum pupillare, & primum dumtaxat reſcinditur, *l. ex duobus, §. ult. & l. ſeq. de vulg. & pupil. ſubſtitut.* Suus autem præteritus, etiamſi petat bonorum poſſeſſio. contra tabulas, ſi malit uti jure prætorio, quam civili, nullis perſonis præſtat legata, & infirmat omne teſtament. & tabulas primas & ſecundas. Certe legata nulli præſtat, quia & ſine bonorum poſſeſſione ſuo jure omnimodo habiturus erat hereditatem optima lege ſine ullo onere legati, aut fideicommiſſi, aut libertatis. Et hoc oſtenditur in *l. illud, de bonor. poſſeſſ. contr. tab. & l. pen. §. legata, eod. tit. & l. is qui in poteſtate, de legat. præſt.* Hæ ſunt ſummæ differentiæ hac in re inter emancipatos & ſuos. Et hæc ſola ſunt, quæ dici poſſunt ad duas conſtitutiones hujus tituli.

AD

AD TITULUM XIII.

DE BONORUM POSSESSIONE CONTRA TABULAS LIBERTI, QUÆ PATRONIS, LIBERISQVE EORVM DATUR.

CUR ſubjicitur hic titulus? An quod non ſatis explicata ſit pars illa de ſucceſſ. libertorum initio libri? Cur ad eam rem regreditur, qui poſt ſucceſſiones libertinorum cœpit jam aliquot titulis tractare *de ſucceſſionibus ingenuorum*? dico ſubjici hunc titulum non ut tractet de ſucceſſione libertinorum, de quibus dixit potiſſimum in tit. 4. *ſup.* in conſtitutione græca, ſed ut, vel ex diverſitate tit. tacite oſtendat, differentiam eſſe magnam, & latam inter bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ datur liberis præteritis, & bon. poſſ. contra tabulas, quæ datur patronis præteritis, & extraneis heredibus ſcriptis, vel liberis patronorum præteritis, & extraneis heredibus ſcriptis, ut ait titulus, qui & ipſi ſunt patroni, *l. cum patronum, de jur. patron.* Et hæ nimirum ſunt differentiæ inter hanc & illam bonorum poſſeſſionem, quod bonorum poſſeſſio contra tabulas, quæ datur liberis præteritis, ſit contra lignum, ut vulgo dicebant JC. vox erat de foro collecta, bonorum poſſeſſ. contra tabulas, quæ liberis præteritis competit, eſſe contra lignum, id eſt, contra teſtamentum, etiamſi heres ſcriptus nondum adierit hereditatem, vel non petierit bonorum poſſeſſ. ſecundum tabulas. Denique non eſſe contra heredem ſcriptum, ſed contra lignum, *l. illud, l. quod vulgo, de bonor. poſſ. contr. tab.* At bonorum poſſeſſio, quæ datur patrono præterito contra tabulas liberti, non eſt contra lignum, ſed contra heredem ſcriptum, id eſt, non aliter competit patrono, quam ſi ex teſtamento heres extiterit aliquis, cum quo litigare poſſit de bonis liberti, *d. l. illud, & l. 3. §. ut patron. & §. ſi patronus, de bon. lib.* Similiter quærela inofficioſi teſtamenti datur exheredatis contra heredem ſcriptum, non contra lignum: Nec enim ante datur, quam heres ex teſtam. aliquis extiterit, quia querela hæc competit exheredato: & exheredatus non intelligitur, id eſt, exheredatio nullas vires habet, ut queri de ea prǽmature poſſit, antequam aliquis extiterit heres ex teſtamento, cum quo de hereditate contendat: Nam adita hereditate ex teſtamento, exheredatio vires ſuas aperit, & extat nota, ſive ignominia in perſona exheredati, quam eluit per querelam inofficioſi teſtamenti, dicens ſe immerito exheredatum eſſe. Et ita licet petitio hereditatis regulariter non detur contra verum heredem, ſed contra eum, qui pro herede poſſidet, id eſt, contra falſum heredem, vel contra eum, qui pro poſſeſſore poſſidet, id eſt, contra prædonem: tamen agente patrono præterito ex cauſa bon. poſſ. contra tabul liberti, petitio hereditatis ei datur contra verum heredem: & ſimiliter filio exheredato querela inofficioſi teſtamenti, petitio hereditatis ei datur adverſus verum heredem. His duobus caſibus contra regulas juris, petitio hereditatis datur in verum heredem, quos notat *l. per ſervum, de petit. her.* Et ut eluceat magis ratio prioris differentiæ inter bon. poſſ. contra tab. patris, & bon. poſs. contra tab. liberti, quarum illa datur contra lignum, hæc contra heredem. Proponenda eſt alia differentia inter hanc & illam bon. poſſ. Bonorum poſſeſs. contra tabulas patris datur in aſſem, id eſt, in totum. Bonorum poſs. contra tabul. liberti ex edicto datur patrono tantum in legitimam debitam verecundiæ patronali. Jure veteri in ſemiſſem, jure novo in trientem. Denique datur ut hereditatem liberti patronus partiatur cum herede ſcripto, non ut ei auferat aſſem, eumque penitus excludat. Prius igitur heredem eſſe oportet ex teſtamento, cum quo partiatur patronus, alioquin incertum erit utrum patronus perſequi partem debeat bon. poſſ. liberti, an aſſem: quia omittente herede ſcripto, nec adeunte, vel admittente bonor. poſ-

A ſeſſionem ſecundum tabulas, patronus vindicat aſſem, ut legitimus heres, *l. cum patrono, de bonor. poſſeſſ. l. ſi libertus præterito, de bon. liber.* Vicinitas igitur horum titulorum nos admonuit de iis differentiis, nec alia ratione defendi poteſt. Sunt autem etiam in hoc titulo duæ conſtitutiones. Prima docet patrono præterito dari bonorum poſſeſſionem contra tabulas in partem, etiamſi non gratuitam libertatem præſtiterit, ſed debitam reſtituerit, ut ſi ex cauſa fideicommiſſi ſervum manumiſerit, *l. 1. hoc t.* quod confirmat etiam lex 3. §. 1. *de ſuis & legit. hered. & l. qui ex cauſa, de bon. lib.* Nam & qui ex cauſa fideicommiſſi coactus manumiſit, habet etiam alia jura patronatus, quia liberto eſt tutor legitimus, *l. 13. de tut. & curat. dat.* & in jus ab eo liberto vocari non poteſt ſine venia, *l. 9. de in jus voc.* Non habet tamen cetera B jura patronatus, non habet actionem ingrati, ut docui in *l. 1. ſup. tit. 7.* Non poteſt etiam donum, munus, operas imponere liberto, quem ex cauſa fideicommiſſi manumiſit, vel impoſitas non poteſt exigere, *l. 7. §. reſcriptum, l. ſi quis hac lege, §. 1. & l. Campanus, de operis libert.* Ac præterea etiam libertus, ſi juſtam cauſam excuſationis habeat, invitus non cogitur ſuſcipere tutelam filiorum patroni, qui eum ex cauſa fideicommiſſi manumiſit, qui tamen cogeretur, ſi manumiſiſſet eum ſponte ſua, *l. nequaquam, de excuſ. tut.* Et pleraque etiam alia, qui manumiſit ex cauſa fideicommiſſi jura non habet, quæ tamen habent, qui donarunt, non ſolverunt libertatem. Denique quædam ei tantum jura patronatus ſervantur, & inter cetera, ut non poſſit impune a liberto injuria affici per præteritionem. Altera conſtitutio (in quam C quæcunque ſcripſit Accurſius ſunt ſomnia) vult bon. poſſ. contra tabul. liberti non dari patrono præterito, qui poſt mortem liberti elegit donum, munus, operas impoſitas liberto, ut ea heres extraneus teſtamento ſcriptus patrono exhiberet inſtar defuncti: Nam ex edicto prætoris, ut indicat *l. ſicut, de jure patron.* electio datur patrono præterito, ut vel amplectatur bonorum poſſeſſionem contra tabulas in portionem legitimam, vel ſit contentus donis, muneribus, operis, quæ præſtare ei ſolebat defunctus libertus. Et hæc ſi elegerit, non poteſt mutare factum, non poteſt variare, & tranſgredi ad bonorum poſſeſſ. contra tabulas. Hæc eſt ſententia *l. 2.* quæ in omnibus libris male adſcribitur Anaſtaſio: Eſt enim Theod. Imp. ut conſtat ex *l. ult. C. Th. de codicill.* ex qua ſumpta eſt. Ex quo apparet etiam omnino eſſe con- D jungendam *l. ult. inf. de cod.* quæ eſt ejuſdem Theod. & variationem etiam non admittit in eo, qui ex codicillis maluit amplecti bona, cum ea poſſet amplecti ex teſtamento, & plenior, *l. ult. C. Th.* exemplo leg. ſecundæ utitur, ut quemadmodum qui elegit operas, non poteſt venire ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas: ita qui elegit codicillos, non poteſt tranſire ad teſtamentum, nec ſubinde variare. Vnde etiam ſubſcriptio eſt emendanda, & legendum eſt *Victore*, non *Viatore*.

AD TITULUM XIV.

E UNDE LIBERI.

TITVLVS decimus quartus *unde liberi* ſic explicandus eſt: Pars edicti unde liberi ad ſucceſſionem parentum ab inteſtato vocantur. Liberos dicit omnes deſcendentes, filium, filiam, nepotem, neptem, pronepotem, proneptem, & deinceps. Parentes omnes aſcendentes, patrem, matrem, avum, aviam &c. & expoſitis quidem bonorum poſſeſſionibus, quæ ex teſtamento competunt, ab hoc titulo incipit proponere eas, quæ ab inteſtato deferuntur. Ac quemadmodum ex teſtamento prima edicti parte liberis præteritis ſuis, vel emancipatis prætor pollicetur bonorum poſſeſſ. contra tabulas: ita ab inteſtato prima parte, primoque capite liberis ſuis, vel emancipatis prætor promittit bonorum

possess. unde liberi; Et rectissime in *l.* 1. §. *recte, si tab. testam. null. exstab.* prætorem a liberis initium facere in successionibus ab intestato, ut sicut contra tabulas ipsis primo loco defert, ita ab intestato eos priore loco vocet. Et similiter in *l.*2. *hoc t.* tam ex testamento, quam ab intestato. Et ex testamento per bon. poss. contra tab. ab intestato per bonor. possess. unde liberi. Siquidem suus heres, de quo agitur in *l.* 2. velit bonor. possessionis actione prætoria uti ex testamento, vel ab intestato filio, aut nepote suo, aut herede existente, neminem ab intestato heredem existere posse. Quæ lex secunda scripta est tota secundum jus civile, ut suo herede existente, nemo alius heres existere possit, *l. pen.* §. *ult. unde legit.* Nam jure prætorio eodem jure sunt sui liberi, & non sui, sui & emancipati, & etiam ii, qui nunquam in potestate parentis fuerunt, *l.* 5. *si tab. test. null. exstab.* Nam & emancipatos liberos, & eos, qui nunquam fuerunt in familia parentis, prætor vocat inter suos. Secundum jus civile igitur dicimus, priorem & potiorem causam heredum suorum esse. Secundum jus prætorium, potiorem & priorem causam liberorum. Est etiam secundum jus civile scripta omnino *l.* 2. *inf. de usucap. pro her.* quæ dicit, existentibus suis heredibus, nihil ab alio pro herede usucapi posse. Et nihil aliud est præterea in ea lege, quæ satis difficilis est explicatu. Nihil, inquit, pro herede ab alio usucapi posse suis heredibus existentibus. Existunt autem subito, etiam inviti & ignorantes, quod est *apparent*, sive ut Græci semper vertunt, ἀναφαίνονται, ut ait *l. ult.* §. *si vero perpetuo, sup. de curat. fur.* quibus etiam existentia sui heredis dicitur ἀνάφανσις, quæ est adquirendæ hereditatis species. Igitur, ut ait *d. l.* 2. si vel existant sui heredes, impediunt alios quoscunque, ne quid ex ea hereditate pro herede usucapere possint, licet abstinuerint se hereditate. Existere satis est, nec necesse est ut attingant, vel teneant bona, vel se iis immisceant. Nam & sui heredes, qui abstinent se beneficio prætoris, vel principis, heredes manent, *l.* 6. §. *pen. de bon. liber. l. cum quasi*, §. *sed & si suis, de fideicommiss. libert.* Heredes manent nomine & jure, non re, quatenus re ultro se abstinent heredes, sunt sine re, quæ res tamen, id est, nomen heredis excludit ceteros omnes, ne heredes esse possint, & consequenter ne quid pro herede usucapere possint. Igitur suis existentibus, nec immiscentibus se agnati legitimo, & civili jure venire non possunt, jure prætorio venire possunt ad bonorum possessionem. Quia prætor eum, qui se abstinuit, non habet pro herede: igitur secundum jus civile sic dicamus, vel existentibus suis heredibus nihil pro herede usucapi potest. Secundum jus prætorium hoc modo: etiam suis existentibus heredibus procedit usucapio pro bonor. possessore. Et hæc pertinent ad *l.* 2. *hujus tit.* L. 1. est facillima. Ex ea notandum est, si plures sint liberi emancipati, qui simul admittantur ad bonorum possessionem unde liberi, eos inter se dividere hereditatem, sive bona, ut lex ait, pro rata portione, quod M. Catoni est pro ratione .i. ἀναλογίᾳ. Analogia autem hæc est, ut viriles, & æquales partes ferant, non inæquales, qui veniunt ab intestato, quibus nullus adcripsit partes. Et observandum est etiam in hac lege, bonorum possessores appellari heredes accise, id est, veluti heredes, & l. 1. loqui secundum jus prætorium, aliter quam loquatur lex 2. loquitur enim de liberis emancipatis, quibus scilicet maxime est necessaria bonorum possessio unde liberi, propterea quod jus civile eos non novit, nec eis opitulatur quicquam, & ita *l.*3. *hoc t.* maxime emancipatis inquit. Suis autem non est necessaria possessio bonorum unde liberi, *l.*7. *de inoffic. testam.* Cum nec aditio, nec cretio hereditatis suis sit necessaria, quia ipso jure heredes existunt derepente, *l. in suis, de suis & legitim. l. in suis, de liber. & post.* Existentia illa facit heredem, etiam invitum & ignorantem, adeo ut ad mortem parentis videantur sui heredes continuare dominium, quod habuerunt vivo parente, ut nec si pupilli sint sui heredes, necessaria sit eis tutoris auctoritas: si furiosi, non sit necessarius eis

A curator, si solvendo sit hereditas, quæ jure sui ad eos pertinet, *l.* 8. *de acquir. hered.* Restat igitur ut exponamus hanc partem edicti unde liberi, qua ab intestato bonorum possessio defertur, quæ necessaria est maxime emancipatis, vel non suis: necessaria non est suis. Et restat modo tantum, ut exponamus speciem *leg.* 3. quæ est vexata a multis, & respersa multo pulvere. Omnis difficultas consistit in ponenda specie, quod etiam accidit fere in ll. omnibus: ut aptas & convenientes species ponere nesciamus, & sæpenumero vehementer laboremus. Et studiosis velim hanc esse præcipuam curam, & hanc habere diligentiam, ut se exerceant in bene & recte apponendis speciebus, quandoquidem & se parat quisque ad forum, in quo ridiculus est, qui nescit bene enarrare facta, quæ in judicium deducuntur. Ut intel-B ligamus speciem l. 3. sciendum est, aut quoniam id scire arbitror omnes, memoria repetendum, suos esse liberos: qui sunt in potestate morientis, & qui primum gradum obtinent delatæ hereditatis tempore, id est, quos nemo præcedit gradu eo tempore, quo defertur hereditas, vel a morte parentis, vel apertis tab. secundum jus vetus & novum. Nam hanc partem exigimus omnimodo in definitione heredis sui. Nec enim satis est, si dicas suum heredem esse filium, vel nepotem, qui, est in potestate morientis, nisi adjicias, qui primum gradum tenet delatæ hereditatis tempore ex *l. scripto, unde lib.* Et notandum in suis heredibus non esse successionem, & hoc esse tenendum regulariter, *l.* 1. §. *sciendum, de suis & legit. heredib.* Quid hoc est, in suis heredibus non esse successionem? Finge filius suus extitit C heres patri, & postea abstinuit se, an nepoti ex eo deferetur hereditas avi, ut suo heredi, an nepos succedet suo patri, qui se abstinuit bonis avi? Minime: quia in suo herede non est successio, quia suo heredi non succedit sequens gradus. Nepoti igitur ex eo non defertur hereditas avi, quasi suo heredi, quia pater eum præcessit delatæ hereditatis tempore, qui & post abstentionem sui heredis nomen & jus retinet. Ergo nepos venire non potest jure sui ad bona avi, quoniam ei obstat pater, licet abstinuerit se: ei obstat nudum heredis nomen, & quod nepos tempore delatæ hereditatis non obtinuerit proximum gradum. Verum veniet nepos auxilio prætoris petita bonorum possessione unde liberi, quæ defertur etiam iis, qui sui heredes parentis non sunt. Veniet igitur non ut suus, sed ut nepos, non ci-D vili jure, sed prætorio. Diversa hæc sunt venire ut suum, & venire ut nepotem, *l. si quis filio*, §. *non fuisse, de injus. rupt. & irr. &c.* Hoc cognito nullus erit labor in ponenda specie *leg.*3. Species hæc est: Ego & pater meus simul sumus in avi potestate: avus prior moritur intestatus, ego recido in potestatem patris mei, & pater meus avo ipso jure heres existit ut suus: mox etiam moritur pater meus, ego ei suus heres sum, & in hereditate ejus invenio hereditatem avi, & utramque si volo complector. Quid tamen si velim dividere hereditates, & separare paterna bona, & avita? Quid si me abstineam a bonis paternis: avi autem bona retinere malo, an audiendus sim? aut mihi satisfiat, qua via id consequi possum? Distinguendum est: aut miscuit se pater bonis avi mei, aut non: mixtio & abstentio sunt ex jure præ-E torio. Si miscuit se bonis avi, dum me abstineo bonis patris, & avi bonis abstineo, quæ patri adquisita sunt, non tantum jure civili, quod ipso jure heres extiterit avo, sed etiam prætorio, quod miscuerit se bonis avi, ut plane coaluerint, & confusa sint utriusque bona, & ut cum jam una sit hereditas, non liceat mihi eam scindere, & pro parte amplecti, & pro parte repudiare, & illo casu cum miscuit se bonis avi, quia jure prætorio gessit se pro herede, ego nullo remedio consequi possum, ut mihi eam hereditatem liceat separare, & ex una facere duas. Sed si pater meus non miscuit se bonis avi, ad quem casum referenda est lex tertia, & nolim esse heres patris, malim esse avi, venire etiam non possum jure civili ad hereditatem avi, quasi suus heres, licet in potestate

testate avi morientis tempore fuerim, quia delatæ he- A reditatis tempore pater me præcessit, & in suis heredibus non est successio. Et cum jure civili adquisita sit patri meo hereditas avi jure ἀναφάνσεως, seu existentiæ statim a morte avi, & hoc casu, dum me abstineo hereditate paterna, & avita similiter me abstineo. Verum quia eo casu jure prætorio patri non est adquisita hereditas avi, propterea quod non miscuit se, sed ut ponendum est, ab avo confestim, & ipse vita functus est: ideo prætor concedit separationem bonorum, & me ad bona avi admittit per bonorum possessionem unde liberi, licet avo suus heres non fuerim. Denique me ad bona avi admittit, qui sprevi bona patris, ut nepotem, non ut suum heredem. Quod ita evidentius procedit in nepote emancipato ab avo, quod lex significat in illo loco, *maxime emancipatus*, ut scilicet is non possit, neglectis bo- B nis paternis, venire ab bona avi, nisi per bonorum possessionem unde liberi. Quia emancipatus jure civili nullam speciem succedendi, vel nullum colorem habet. Hoc est, quod ait lex. Et ut titulus indicat, est omnino accipienda de bonorum possessione unde liberi, non ut tentant quidam, unde legitimi. Qui etiam male tentant introducere bonorum possessionem unde parentes, quæ nulla fuit unquam, cum parentes ex sequenti parte unde legitimi vocentur. Ergo secundum titulum hæc lex est de bon. poss. unde liberi: dubitari tamen potest, cur ea lex posita sit in C. *Theod. sub titulo de bonis maternis, & materni generis l.* 5. Ex quo apparet multo ampliorem fuisse constitutionem hanc, quæ est Constantini Aug. ad Leontium Comitem Orientis, & minimam partem ejus constitutionis eam esse, quam ex- C posuimus, reliquam, quæ est amplior, totam esse de bonis materni generis. Qua in re notandum est, separata fuisse constitutionibus materna bona a bonis materni generis. Nam ex constitutione Constantini, cum omnia bona materna patri per filiumfamilias adquirerentur plenissimo jure, ex ea constit. Constantini bona materni generis non adquiruntur, nisi usufructus jure, proprietas residet apud filiumfa. Quod non idem obtinuit in bonis materni generis ante *l.* 2. *inf. de bon. mat.gener.* Jus civile crescit paulatim, ut ait *l. fideicommissa*, §. *si rem*, *de leg.* 3. Primum constitutum est, ne bona materna acquirerentur patri proprietatis jure. Deinde etiam ne bona materni generis, puta profecta ab avo, vel proavo materno *l.* 2. Tum fuit constitutum, ut etiam lucra nuptialia non adquirerentur per filiumfamilias patri jure D proprietatis, deinde lucra sponsalitia, vel munera: Et ad extremum, ne adventitia ulla bona, quod a Justiniano constitutum est, qui quasi soritem facit hac in re. Non adquiruntur patri bona materna, non bona materni generis, non lucra nuptialia, non munera sponsalitia. Nec adquiruntur ergo adventitia ulla bona: reliqua pars loquitur non de bonis maternis, sed de bonis profectis ab avo materno, quæ tempore ejus Constitutionis pleno jure adquirebantur patri per filiumfamil. Et ideo, ut ait lex, si quid avus maternus jure institutionis, vel legati, vel fideicommissi filiofamilias reliquerit, id patri adquiritur, si filius adierit jussu patris, vel si legatum, aut fideicommissum solutum sit, vel si antequam pater moreretur, dies legati, aut fideicommissi cesserit, ejus legati commodum pertinet ad heredes patris. Et adde- E batur, quod si dies legati cesserit postquam filius sui juris effectus est, vel si adierit hereditatem avi materni, postquam sui juris effectus sit, ut tum sibi omne id adquirat. Quæ postrema pars ex illa constitutione est etiam relata in *l.* 15. *inf. de jure delib.* quæ est conjugenda cum *l.ult.* Utriusque eadem esse debet inscriptio, & subscriptio. Quod est in tit. seq. non est longi subsellii.

AD TITULUM XV.

UNDE LEGITIMI, ET UNDE COGNATI.

SECUNDA pars edicti ab intestato vocat legitimos. Inde *tit. unde legitimi, & unde cognati*. Secunda, inquam, pars edicti vocat legitimos, ut agnatos, & patronos, & qui vocatur ex Senatusconsulto Tertulliano & Orfitiano, vel quo alio Senatusconsul. vel qui vocantur ex constitutionibus. Nam ii omnes sunt heredes legitimi. SC. est simile legi, & per omnia: quos igitur S.C. vocat, heredes legitimi sunt. Constitutio Principis per omnia est legi similis. Edictum prætoris non est legi per omnia simile: & ideo prætor heredem non facit. Datur hæc bonorum possessio legitimis legum tuendarum causa, ut ait *lex sed cum patrono*, §. *pen. de bonor. possess.* Igitur non est necessaria, quia patet aditus ad hereditatem jure civili. Et non esse necessariam bonorum possessionem unde legitimi, etiam proditum est in *l.* 3. *inf. de Senatusc. Orfit. & l.* 1. *Cod. Theodos. de leg. her.* Et addamus tantum liberos, qui ab intestato vocantur ex prima parte si sui sint, omissa prima parte bonorum possessionem occupare posse ex secunda parte, unde etiam legitimi vocantur, *l.* 2. *in princ. unde legitimi*, *l. prima*, §. *sed vidend. de success. edict.* Quoniam qui sunt sui, sunt etiam legitimi, & agnati, retro qui non sunt sui, non sunt etiam agnati, vel legitimi, ut in *l. de bonis*, §. 1. *de Carb. edic. l. scripto*, *unde liberi*, *l.* 6. *sup. si quis omis. caus. test.* Liberi non sui omissa prima parte, non admittuntur ad secundam partem, quia non sunt legitimi. Tertia pars edicti vocat cognatos, id est, conjunctos per matrem. Et hæc bonorum possessio unde cognati est necessaria, quia cognati jure civili deficiuntur. Necessariam esse ostendit *l.* 2. *& ult. hoc tit.* id est, non alia via pervenire possunt ab intestato ad bona cognatorum, quam si petant bonorum possess. unde cognati. Et hic rursus notandum est legitimos, qui omiserunt successionem ex secunda parte, puta agnatos, deinde posse eam occupare ex tertia parte, unde cognati vocantur, quia qui sunt agnati, & cognati sunt, *l.* 5. *unde legitimi*, *l.* 1. §. *si qua prægnans*, *unde cognati*, *l.* 1. §. *sed videndum*, *de success. edic.* Ut plane ita concludere liceat, has tres partes edicti unde liberi, unde legitimi, & unde cognati, ita inter se vinctas esse, ut qui potest venire ex prima, possit etiam venire ex secunda, & qui possit ex secunda, possit ex tertia, sed non retro, ut qui possit venire ex tertia, possit ex secunda, & qui ex secunda, possit ex prima. Et omnes quidem constitutiones hujus tituli sunt de bonorum possess. unde cognati, qua succeditur consobrinis, qui cognati sunt, non agnati, id est, sororum filii, *l.* 1. *h.t.* vel avo materno, *l.* 3. vel propiori sobrino, id est, nato ex sobrina, *l.* 2. qui omnes sunt cognati, non agnati, id est, conjunti non per patrem, sed per matrem. Una est lex tantum, pen. nempe, quæ possit aptari legitimis, dum ait, necessariam esse agnitionem hereditatis, vel bonorum possessionem unde legitimi, ut quis obtineat rem: nam quod bona, teneat, hoc non præbet idoneum argumentum adquisitæ hereditatis: possunt plerique adquirere hereditatem, vel bonorum possessionem, etiamsi non teneant bona, sola voluntate animi, solo judicio voluntatis, at contra licet obtineant bona, non ideo statim videntur adquisiisse, vel admisisse bon. possess. *l. si sorori*, *inf. de jure deliber.* ut cum una sit tantum lex in hoc titulo de hac bon. possess. titulus hic ita datus sit unde legitimi, & unde cognati, ut notarentur tantum hæ duæ partes edicti.

AD

AD TITULUM XVI.

DE SUCCESSORIO EDICTO.

SEQUITUR ut exponamus *tit. 16. de success. edicto*. Prima pars edicti ab intestato vocat liberos suos, & non suos. Secunda pars vocat legitimos: tertia cognatos, quod heri exposuimus. Quarta autem pars edicti, quæ in hoc titulo dicitur edictum successorium, dat successionem inter liberos, & inter cognatos, id est, in jure liberorum, & in jure cognatorum, ut scilicet liberi, vel cognati, qui primum gradum obtinent, si omittant, aut repudient successionem, eam transmittant ad sequentem gradum. Successio est transmissio ad sequentem gradum, quæ ex hoc edicto competit, & a Grecis dicitur proprie ἐπανάβασις. In jure autem suorum, aut in jure legitimorum non est successio, non est locus huic edicto, nisi in jure legitimorum ex nova Constit. Just. in *l. 4. sup. de bonis libert.* Hæc sunt rata & fixa, quæ latius explicabo datis positionibus quatuor. Prima hæc sit. Deficiente eo, qui suus heres repertus est, delatæ hereditatis tempore, veluti filio, in jus sui non succedit nepos ex eo, hoc est, in suis non est successio, non successorium edictum. Secunda, deficiente filio, sive suo, sive emancipato in jure bonorum possess. unde liberi, quæ ei deferebatur, succedit nepos ex eo, hoc est, in liberis est successio, seu valet edictum successorium. Tertia, deficiente fratre consanguineo, id est, agnato, qui defuncto ab intestato proximior agnatus repertus est tempore delatæ hereditatis, in jure legitimo, in jure agnatico, vel in jure bonorum possessionis unde legitimi, non succedit filius natus ex eo, id est, in legitimis non est successio, non valet successorium edictum. Quarta, deficiente fratre agnato, sive cognato, in jure bonorum possessionis unde cognati, quæ etiam agnato deferebatur, propterea quod qui agnatus est, & cognatus est, succedit filius natus ex eo, id est, in cognatis est successio, seu valet vis edicti successorii. Et hæc postrema positio confirmari potest etiam posita specie *l. 1. hoc tit.* Species hæc est: Mortuus est patruus sine liberis, relicta tantum filia fratris, quæ ei est agnata, hæc non petiit bon. possess. unde legitimi, patruo intestato mortuo, nec bonor. possessionem unde cognati, quæ etiam ei deferebatur, & mortua est. Filius ejus mulieris succedit in jure bon. possess. unde cognati patruo suo magno. Nam qui matri est patruus, filio est patruus magnus, & qui matri agnatus, filio ejus cognatus, non agnatus est. Et nihil vetat idem cognationis nomen tribui agnato, & cognato. Sic enim fit, ut patruus aliis sit agnatus, aliis cognatus, filius aliis sit agnatus, aliis cognatus. Ideo autem in specie *legis 1. h. t.* mortuo patruo, filia fratris non petiit bon. possess. unde legitimi, vel unde cognati, quia ei impedimento fuit furor, & alienatio mentis, quia corripiebatur, & ex edicto non defertur bonor. possess. nisi vivo & sano homini. Dico vivo, ut excludam postumum nondum natum: dico sanum, id est, sanæ mentis, ut excludam furiosum, ut petere non possit ex edicto. Furioso enim nulla ex parte defertur bonorum possessio. Ex decreto tamen curatori furiosi datur bonorum possessio, sed præstita cautione bona reddendi sequentis gradus cognato, si ille in furore moriatur, ut obtinuit olim ante Justinianum in *l. heres furiosi, de petit. hered. l. ult. §. sin autem ex alia, sup. de curator. fur.* Ut in hac specie, filia fratris in furore mortua, etiamsi curator ejus agnoverit decretalem possessionem bonorum unde legitimi, vel unde cognati, necesse sit bona reddi sequentis gradus cognato, id est, nepoti fratris ejus, de cujus bonis agitur, & admitti eum ex successorio edicto ad bon. posses. unde cognati. Et ita fit, ut in cognatis, vel in jure posses. bon. unde cognati sit successio. Idemque evenit in specie *l. 2. hoc tit.* quæ talis est: Duo sumus fratres, qui nullum agnatum habemus, qui nobis inte- A statis defunctis, jure legitimo succedat, & cognatum non habemus proximiorem avunculo magno, id est, fratre aviæ nostræ, qui est in quarto gradu. Is post mortem nostram adiit hereditatem, velut ex testamento nostro, quod erat falsum, quia intestati mortui sumus. Quare adeundo nihil agit. Mox etiam obiit idem avunculus magnus, qui cognatus est, non agnatus, non petita bon. possess. unde cognati, quam utique petere potuisset, etiam post aditionem, veluti ex testamento factam. Nam qui adiit hereditatem ex testamento falso, quod putat esse verum, non videtur repudiare successionem ab intestato, quam nescit sibi deferri, *l. 8. legitimam, de petit. hered. l. mater, de inoffic. test.* Quinimo is, qui scit jus suum, quod sibi competit, vere id non amittit, sed si eligat aliud jus, quod falso arbitratur sibi B competere, ut patronus præteritus, qui scit sibi competere bon. poss. contra tabul. liberti, si falso putet libertum sibi legasse aliquid, vel sibi portionem hereditatis reliquisse, cum nihil reliquisset, id legatum, eamve portionem acceperit, & admiserit, non ideo amittit bon. poss. contra tabul. Electio ei erranti, aut ignoranti, vel (ut dicam explicatius) falso existimanti alio jure pervenire ad bona liberti, nihil nocet, *l. Paulus 46. de bon. libert.* Cui legi dum Accursius opponit *l. 3. in princip. si quid in fraudem patroni.* & dum respondet, in ea lege patronum jus civile ignorasse, & ideo ei non subveniri, si adierit hereditatem liberti, ut redeat ad bon. poss. contra tabulas, quæ competit non tantum patrono præterito, sed etiam heredi instituto ex modica parte, errore labitur. Nam in specie *d. l. 3.* patronus jus non ignoravit, sed igno- C ravit tantum libertum alienasse in fraudem suam, sed non existimavit falso se heredem institutum: fuerat enim heres ex modica parte institutus a liberto, atque ita adiit hereditatem, non ductus falsa opinione institutionis, & aditio ei nocet, ut nec possit postea transgredi ad bonorum possess. contra tabulas, vel ad actionem Fabianam, vel Calvisianam, qui contentus fuit institutione. Sed redeamus ad rem. Posui speciem *l. 2.* nondum posui quæstionem, quæ ex ea specie ducitur. Deferebatur successio avunculo magno, is adiit hereditatem ex testamento falso, ac proinde nihil egit, ac non petiit bonor. possess. unde cognati. Deficit igitur avunculus magnus. Unde quæritur eo deficiente in jure bon. possess. unde cognati, an succedat quinti gradus cognatus, ipse enim erat quarto gradu. Et ait *l. 2.* succedere ex edicto successorio. D Duæ tantum sunt ll. sub hoc titulo, & utraque igitur docet in cognatis, vel in jure possessionis bonorum unde cognati esse successionem ex edicto successorio. Quod est, ut Græci dicunt eleganter, non περὶ διακατοχῆς, sed περὶ διαδοχῆς, id est, de successione, sive transmissione in sequentem cognatum. Quod dixi in suis heredibus non esse successionem, id heri satis exposui. Rursus, quod dixi in legitimis, etiam non esse successionem, id etiam Paulus scribit *4. sent. tit. 8. in legitima*, inquit, *hereditate non est successio*. Et ideo fratre decedente, antequam adeat, vel repudiet hereditatem, filius fratris admitti non potest, quia omnis successio proximiori defertur. Et ita Ulpianus *lib. regul. tit. de legit. heredibus*. Si proximior agnatus, inquit, non adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quia in legitimis here- E dibus non est successio. Ac similiter Cajus in *Institut. lex 12. tabul.* inquit, *dat hereditatem agnatis iis, qui tunc cum certum est aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt, nec in eo jure successio est*. Ideoque si proximus heres omiserit, vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil juris competit. Et ita scribit Theophilus in *§. sunt autem, Instit. de bon. possess.* Et Accursius recte in *l. 1. in fin. de leg. 3.* in successione liberti mortui sine liberis patrono omittente bonorum possess. unde legitimi, filius non vocatur ex ea parte, sed ex altera parte, unde liberi patroni, vel patronæ. Denique secundum jus vetus, quod obtinuit usque ad Justinianum, in legitimis heredibus non erat successorium edictum, sed in liberis tantum, qui jure liberorum veniunt, vel in cognatis. Hodie

die tamen ex Græca constitutione Justiniani in *l.* 4. *sup. de bon. libert.* cujus sententia etiam refertur in §. *placebat, Instit. de legit. agnat. succes.* etiam in legitimis heredibus est successio, id est, in jure bonorum possess. unde legitimi, vel in jure adeundæ legitimæ hereditatis. Et utitur hac ratione, quia & olim in legitimis tutelis erat successio, id est, proximo agnato, cui deferebatur pupilli legitima tutela, capite deminuto, qui erat post eum, id est, sequentis gradus agnatus succedebat in tutelæ administratione, & succedit etiam hodie, *l.* 3. §. *pen. de legit. tut.* Quæ ratio, quia valuit in onere tutelæ, par est ut etiam valeat in lucro hereditatis, ex constitutione Justiniani. Igitur non tantum in legitimis tutelis, sed etiam in legitimis hereditatibus est successio, porrigitur edictum successorium etiam ad legitimos heredes. Non dicam etiam porrigi ad suos heredes, quia nusquam invenio in suis esse successionem, & religiosissimos juris nos esse oportet. Et est etiam, cur in hac re separentur sui heredes a legitimis: Nam sui heredes existunt statim, nec desinunt esse abstentione. Non possunt igitur non obstare sequentib. gradib. & adferre impedimentum: legitimi non existunt, sed fiunt aditione hereditatis. Si igitur non adierint, quibus deferebatur prioribus hereditas, non male dicitur hodie eos non obstare sequentibus gradibus, licet subtili jure obstent, eo quod proximiores fuerint delatæ hereditatis tempore. Et hoc quidem genere, ut animadvertistis, gradus cognationis succedit gradui eodem jure, ut puta, secundus gradus liberorum succedit primo gradui eodem jure per bon. poss. unde liberi; secundus gradus cognationis succedit primo. Et ex constitutione Justiniani secundus gradus agnationis succedit primo gradui, si defecerit primus omissione, aut repudiatione. Et de hoc genere success. est h. tit. vel hæc pars edicti, quæ successoria dicitur: est aliud genus successionis, de quo h. tit. non est, quo gradus intestati successionis succedit gradui diverso jure, ut primo gradui unde liberi succedit secundus unde legitimi, & secundo tertius unde cognati, quod fit non tantum in pluribus & diversis personis, puta non petentibus liberis, ut succedant legitimi, non petentibus legitimis, ut succedant cognati, sed etiam in una eademque persona, ut qui omisit bon. possessionem unde liberi, idem postea eam occupet, quæ dicitur unde legitimi: qui omisit unde legtimi, ut sequentem occupet, quæ dicitur unde cognati, *l.* 2. *in prin. unde legit. l.* 1. §. *sed videndum, de success. edic.* Igitur hoc secundo genere successionis, de quo est edictum successorium, idem sibi ipsi non succedit, *l. ult. ff. eod.* quoniam absurdum est, qua ex parte omisi poss. bon. ex eadem ipsa parte rursus me bonorum possess. amplecti. Gradus ergo bifariam accipiuntur. Primum, pro gradibus cognationis, & de horum successione est hic titulus: & pro gradibus intestati successionis, sic enim vocatur in *l.* 1. *quis ordo in bon. poss. serv. & l.* 1. *si tab. test. nullæ exst.* Quæ etiam dicuntur partes, capita, & ordines. Et de horum graduum successione, quæ perpetua est, & valet in omnibus, est titulus in *ff. quis ord. in bon. poss. servetur.* Duæ igitur sunt successiones, & unaquæque suum titulum habet, & hic de ea tantum est, qua gradus cognationis succedit gradui eodem jure.

AD TITULUM XVII.

DE CARBONIANO EDICTO.

POST successorium edictum, quo inter bonorum possessores datur successio, proponitur aliud edictum, quod Carbonianum dicitur, quod tamen in ordinatione edicti perpetui non sequebatur successorium edictum, sed edictum bon. possess. contra tabul. promissum liberis præteritis, ut indicat *l.* 4. *ff. h. tit.* Nam Carbonianum edictum maxime pertinet ad bonorum possessionem contra tabulas, & ad liberos ætate parvos præteritos testamento patris, quibus

A fit controversia status, & bonorum paternorum. Igitur si puero infanti, vel nondum puberi præterito testamento patris, is, qui ad eam hereditatem venire præoptat, ei faciat controversiam hereditatis paternæ, eam suam vocans, simul atque status, id est, si eum neget esse ex liberis defuncti, prætor ex edicto Carboniano causa cognita, interim ei dat bon. possess. contra tabul. perinde ac si ei nulla fieret controversia status, & bonorum paternorum, & utramque controversiam plerunque differt in tempus pubertatis, ne puer, antequam se tueri possit, periclitetur de statu suo, & de bonis paternis; periculum est ne minus idonee defendatur, ideoque interim quasi præsumitur esse filius, & veluti ex justa præsumptione datur ei Carbon. poss. contra tabul. *l.* 3. §. *pen. ff. h. tit. l. pen. in fin. ne vis ei fiat, qui in*
B *bon. poss. missus est.* Atque ita quamdiu est ætate parvus pro filio habetur, aut pro filio eum tuetur prætor, neque ei controversiam ullam fieri patitur, jubet litem omnem interquiescere, tam scilicet eam, quæ est de statu pueri, quam eam, quæ est de bonis paternis, & interim facit puerum possessorem, ita ut se possit alere ex bonis paternis, id est, quæ contendit esse paterna, & ad se jure legitimo redire, & pertinere, aut jure honorario. Quid hoc est, alit se ex bonis defuncti, qui fortasse post pubertatem judicabitur non esse filius, aut liber, ait se interim ex bonis alienis? Sic est ex edicto Carboniano, quia major cura adhiberi debet, ne filius fame pereat, quam ne minoris hereditas ad adversarium perveniat, si forte appareat non esse filius, atque ita interdum videbitur altus ex alienis bonis. Interim si
C habuerit justam causam, & probabilem existimandi se esse filium defuncti, si nihil ipse, vel mater ejus, vel tutor egerit per calumniam, etiamsi post pubertatem judicetur non esse filius, adversario tamen non competit sumptuum repetitio, quod notandum in *l.* 1. §. *interesse, si mul. vent. nom. in poss. mit.* Et observandum est Carbonianam bonorum possess. non tantum dari petitori, vel non possessori, sed etiam possessori, vel ut persequatur possessionem, vel ut retineat, *l.* 3. §. *parvi, & §. seq. ff. h. tit.* quod dici potest de omni bonorum possessione, ut scilicet detur possessori, & non possessori. Nam in definitione bon. poss. jus persequendi, & retinendi nihil aliud est, quam possessori, & non possessori dari bon. poss. ejus, quod cujusque cum moreretur fuerit. Nec omittendum hanc bon. poss. Carbon. esse ex-
D traordinariam, non ordinariam, id est, decretalem esse, hoc est, dari causa cognita, non edictalem, in *l.* 3. §. *pen. eod. tit.* Unde exsistunt, & manant multæ differentiæ. Nam edictalis bon. possessio datur etiam de plano, in via publica, in transitu, in processu. Decretalis non datur, nisi pro tribunali. Omnis enim causæ cognitio tribunal desiderat, omne decretum, *l.* 3. §. *pen. de bon. poss.* Edictalis datur etiam die feriato, datur quocunque die: decretalis tantum die sessionis, quo sedet prætor pro tribunali, *l.* 2. §. *dies, quis ord. &c.* Ac postremo edictalis possess. quæ ipso jure defertur ex edicto, potest repudiari, quia defertur quidem statim ex edicto, sed non adquiritur antequam agnita sit: ergo in arbitrio est ejus, cui defertur, eam repudiare, vel agnoscere. Decretalis autem repudiari non potest, quia non ante defertur,
E quam decreta sit, & cum decreta est, sera est repudiatio, quia cui decreta est, ei & adquisita est, & quod adquisitum est, non potest repudiari: quia delata tantum repudiantur, non adquisita, *l.* 1. §. *decretalis, de success. edic.* Ergo ne dicamus bon. poss. Carbonianam, tametsi proficiscatur ex edicto Carboniano esse edictalem, sed decretalem. Nam certe non defertur etiam ex edicto Carboniano, sed hoc tantum edicto Carboniano comprehensum est, ut impuberi causa cognita, id est, ex decreto detur bon. poss. cui fit controversia status, & bonorum paternorum, dilata utraque controversia & status, & bonorum paternorum ad pubertatem. Videtur Cn. Carbo ejus bon. poss. instituendæ, & ejus edicti auctor fuisse, quem legimus apud Valerium lib. 5. c. 3. Pompeii pue-

pueritiæ, & bonorum patris ejus, de quibus controversiam patiebatur, admodum impubes, fuisse acerrimum defensorem & protectorem, interposito decreto in causa bon. patris Pompeii, & status Pompeii, dilataque ea causa a Cn. Carbone, cum præturam gereret, in tempus, quoad Pompejus in suam tutelam pervenisset. Nam cum dicatur decretum Carbonianum in *l. 2. de vent. inspic.* verisimile est decretum illud Carbonis deinde transiisse in edictum, id est, in jus commune, ut quod valere is decrevisset in causa Pompeii admodum pueri, valeret in omnibus pueris. Etiam illud non est omittendum, ut res omnis omnibus modis intelligatur bonorum possessionem Carbonianam non impedire ordinariam bonor. possessionem: hoc probat *l. 3. §. ult. l. 4. l. de bonis, §. 1. l. impubes, ff. h. tit. l. 1. §. sed etsi ex Carboniano, si tab. testam. nullæ exstab.* Quid hoc est? Carbonianam bon. poss. non impedire ordinariam, id est, edictalem bon. poss. Res ita se habet: mortuo parente relicto postumo, vel infante, vel impubere filio, primo loco ei defertur ordinaria bon. possess. contra tabulas, si sit præteritus, vel si sit institutus inutiliter, vel exheredatus inutiliter. Nam definitio præteriti hæc est, qui neque heres institutus, vel exheres scriptus est, aut inutiliter heres, aut exheres scriptus est, *l. 1. §. idem ait, & §. seq. ff. h. tit.* Vel etiam ab intestato impuberi primo loco defertur ordinaria, & edictalis bonorum possessio unde liberi: Nam edictum Carbonianum licet proprie sit coarctatum ad bon. possessionem contra tabulas, & liberos præteritos, tamen etiam postea porrectum est edictum Carbonian. ad bonor. possess. ab intestato. Imo & ad bon. possess. secundum tabulas, si quis institutus sit ut filius, ut si institutus sit postumus, qui ex uxore nascetur, & negetur esse filius, simul ac ei fiat controversia bonor. paternorum, interim ei dabitur Carbon. possessio secundum tabulas, vel ad exemplum edicti Carb. bon. poss. secundum tab. *l. 1. §. Pomponius, l. 3. in prin. ff. h. tit.* Qua ex re Interpretes Græci dicunt, hanc bonorum possessionem esse τῶν πρόστι, non esse propriam quandam bon. poss. sicut de peculio est, τῶν πρόστι, propria actio ex empto, ex locato, conducto, &c. Sic bon. poss. Carbon. contra tabul. vel secundum tab. vel unde liberti, vel unde legitimi. Nam cui patet ea, quæ est unde liberi, patet & ea, quæ est unde legitimi, & unde cognati. Hæc tria capita concatenata sunt, unde liberi, unde legitimi, unde cognati. Primo igitur loco defertur ordinaria, & edictalis bon. possessio contra tabulas, vel secundum tabul. vel unde liberi, deinde eidem impuberi sequenti parte dabitur bonorum possessio Carboniana, & ex eodem jure, videlicet si post acceptam bonorum possess. ordinariam ei fiat controversia status, & bonorum paternorum. Accepit igitur primum impubes ordinariam, & edictalem, post fit ei controversia status, & bon. paternorum, tum accipiet Carbonianam, quæ dabitur causa cognita, dilata utraque controversia ad pubertatem. Et necesse est dari hoc casu bonorum possess. Carbonianam: quia ubi negatur esse filius, cui ut filio data est bonor. possessio jure ordinario, sane statim ea bonor. possessio corruit, & sine re constituitur. Denique controversia status moratur, aut inhibet effectum ordinariæ bonorum possess. Igitur ut sustineatur interim impubes, & ne quid in re ejus innovetur, statim facta, & peracta controversia status, & bonorum paternorum, non exspectata pubertate, necesse est, ut denuo postulet sibi dari bonorum possessionem Carbonianam, ut scilicet nihilominus possideat bona, & ut alatur ex bonis interim, & ut exerceat actiones hereditarias, & ut res hereditatis persequatur, ut debita exigat, ut etiam ei conferatur, si forte frater emancipatus concurrat. Hi sunt effectus Carbonian. poss. bon. vel etiam, si statim post mortem patris filio fiat controversia duplex: Nam una ex eis si fieret, non esset locus huic edicto, si inquam ei fiat controversia, & prius petierit bonorum possess. Carbonianam, non inutiliter etiam postea petet bonorum possessionem ordinariam, & edictalem, ut scilicet repel-

A lat heredem scriptum a possessione bonorum secundum tabulas, vel heredem legitimum bonorum a possessione unde legitimi, quem non repelleret, si agnosceret solam bonorum possess. Carbonian. *l. si impubes, §. ult. & l. scriptus, ff. eod.* Non repelleret, inquam, heredem scriptum, vel legitimum, si admitteret tantum bonorum possessionem Carbon. quia est temporaria bon. possess. id est, pupillaris, ut ita dixerim bonorum possessio, quæ datur pupillis tantum, & finitur pubertate, *l. 2. §. sed etsi quis cum status, ad S. C. Tertull. l. 3. §. puberi, de Carbon. edict.* Nec igitur Carboniana perpetuum jus tribuit, jus quidem plenum tribuit, sed ad pubertatem tantum favore parvæ ætatis, non igitur perpetuum. Ex quo intelligitur, quod initio dixi, quam sit verum bonorum possessionem Carbonianam non impedire or-
B dinariam. Nam & ei, qui amplexus est ordinariam, necessaria est Carboniana, & ei, qui amplexus est Carbonianam, non inutilis est ordinaria. Et quod dixi Carbonianam bonorum possessionem esse pupillarem, id est pupillo tantum dari, non puberi, id est verissimum, & compertissimum. Id tamen quis posset fortiter impugnare *l. 1. sup. de alimentis pupillo præstand.* quæ dicit, partes tutoris esse, vel interveniente, vel cogente præside, ne mora pupillis fiat in alimentorum præstatione: etiam, inquit, si de statu pupilli, vel adulti, & bonis ejus controversia pendeat (quæ verba videntur respicere ad edictum Carbonianum, & complectuntur non tantum pupillum, sed etiam adultum) non debemus propterea tamen arbitrari eodem jure esse hac in re pupillum, & adultum: Nam pupillo, cui utraque fit con-
C troversia, status, & bonorum, datur quidem Carboniana, & in jure ejus alitur ex bonis, in quorum possessionem mittitur potestate edicti Carboniani, sive decreti potius. At adulto non datur Carbon. bon. possessio, licet ei fiat hæc & illa controversia. Sed pendente illa controversia curare debet tutor, ut ex bonis, quæ alio jure possidet, quam Carboniano decreto, ea tueatur, atque exhibeat. Et ita est accipienda *l. 1. sup. de aliment. pup. præst.* Et postremo, ut propius accedam ad interpretationem utriusque legis, quæ tantum sunt duæ in *h. t.* Sciendum est impuberem, cui data est Carboniana, solum possessorem bono. constitui: interim ablata etiam possessione adversario, si is forte possessor fuerit hereditatis, quod interim præsumatur esse filius, & calumniose negatur esse filius is, quem solum possessorem constituit, si satisde-
D derit se bona restituturum adversario, si judicatum fuerit eum filium non esse, si lis secundum adversarium fuerit data, vel si non satisdare potuerit adversarius, cum erit in possessione eorundem bonorum. Possessio adversario cedet pro satisdat. communis poss. cum pupillo, *l. de bonis, §. qui pupillo, ff. h. t.* Ac præterea, ut ostenditur in specie *leg. 1. hoc tit.* Carboniano edicto locus est non tantum si quis negetur esse ex liberis defuncti, (quæ est quæstio de statu familiæ) sed etiam multo magis, si dicatur esse servus ex ancilla editus, (quæ quæstio est de statu capitis, longe gravior) Edictum quidem Carbonianum loquitur de eo, cui fit controversia, an sit inter liberos. Sed ex sententia Juliani comprobata rescripto Divi Pii, edictum etiam trahitur ad controversiam, quæ impuberi fit an sit liber. Et species *l. 1.* hæc
E est: Frater possidet bona defuncti fratris, & impuberem filium ejus justum non esse filium, id est, ex ancilla natum & editum esse dicit, ac proinde hereditatem defuncti ad eum non pertinere, sed ejus heredem se esse legitimum: contra filius impubes, aut tutor ejus nomine contendit jure hereditatem ad se pertinere, jure prætorio, jureque legitimo, & petit hereditatem a patruo, qui eam possidet pro herede. Quæritur an admittatur ad petitionem, sive possessionem hereditatis? Et statim initio lex ait, eum non posse petere hereditatem, id est, edictalem possesionem, aut si eam petit, præmature petit (*davat le temps*) antequam agnoverit bon. possesionem Carbonianam. Quod utique verum est, licet agnoverit bonorum possesionem ordinariam unde liberi.

Quia

Quia ubi movetur controversia status, bonor. possessio ordinaria sine effectu est, id est, rem non perducit ad effectum, non constituit possessorem eum, qui eam accepit, non aufert possessionem adversario, qui ei facit controversiam status, & bonorum paternorum. Vires igitur cum nullæ sint ordinariæ, necessaria est Carboniana bon. possessio, ut interim is fruatur bonis, qui dicit esse paterna, & jure ad se rediisse, cui locus est non tantum, si fiat controversia, an sit inter liberos, sicut scriptum est edicto Carboniano; sed etiam, si dicatur esse servus, ut in specie *leg. primæ*, & editus ex ancilla, si & ipse & mater ejus dicantur non esse liberi ex sententia Juliani, comprobata, ut dixi, rescripto Divi Pii. Et additur ratio in *l.1.§.sed.etsi quis, ff. hoc t.* ad Julianum, & divum Pium. Nam, inquit, magis consulendum est eis, quibus majus periculum intenditur: & majus est periculum, si quis cadat libertate, quam si familia cadat, quam rationem videtur duxisse ex Herodis oratione, *περὶ πολιτείας*, in qua ita est, *οἷς κίνδυνος οἰκειότατος γίνεται, τούτοις ἀναγκαῖον ἐστὶ μάλιστα μέλειν: eos maxime nobis curæ, & in commendatione prima esse debere, quibus majus periculum intenditur*. Nostri multa sumpsere ex veteribus Philosophis. Ergo accepta, ut diximus, Carboniana bonor.possessione, nec præmature petita hereditate, jure civili prætor, quasi justa præsumptione sumpta pro filio impubere, & dilata omni controversia ad pubertatem, solum eum impuberem interim bonorum eorum possessorem facit, atque instituat, si modo satisdederit, ut *lex 1.* ait, *de bonis restituendis adversario:* si post pubertatem secundum adversarium pronuntiatum fuerit, vel si non satisdederit, vel noluerit, aut non potuerit, pati debet adversarium secum in possessione eorundem bonorum esse, satisdationis vice. Hæc est sententia *l.1.* cui objicitur *l. 1. sup. de ord. jud.* ut ostendatur ex ea, etiam non petita bon. poss. Carboniana, vel admissa filium impuberem posse petere hered. directo judicio civili, directa petitione hereditatis. Nam *l.1.sup.de ord.jud.* ait, rupto testamento agnatione postumi, postumum posse petere hereditatem apud præsidem, etiamsi fiat ei controversia status, & bonorum paternorum. Nam etsi præses provinciæ principaliter non possit cognoscere de statu, quod illa lex omnium optime probat, & quia cognitio de statu tantum data fuit proconsuli, ut intelligere est ex epistola Plinii ad Trajanum de assertione ingenuorum. Proconsulis major est dignitas, quam præsidis. Nam proconsul spectabilis dicitur, præses clarissimus tantum, quæ est infima dignitas. Præsidi non est cognitio de statu, nisi datum sit ei specialiter jus prætorium, vel proconsulare, id est, nisi missus sit in provinciam cum jure proconsulari, & prætorio titulo præsidis. Quamvis igitur alias præses non possit de statu cognoscere principaliter, tamen quoties quæstio status incurrit in petitionem hereditatis, eam discutere potest, & disceptare, *l. 3. sup. de judic.* quia non est pronuntiaturus de statu, sed de hereditate tantum. Et interim tamen causam status excutiet, & examinabit, alioquin non possit dirimere causam hereditatis. Hoc ait *l. 1. sup. de ord. jud.* In cujus specie impuberi recens nato fiebat controversia status, & bon. paternorum, & tamen non dicitur esse præmatura petitio hereditatis, nec dicitur necessaria esse Carboniana bon. poss. Quid statuemus? Facillimum est hoc expedire, ut mittam diversas opiniones, quod non est mei moris insequi: Distinguendum est ita: aut tutor magis arbitratur e re pupilli esse, quæstionem utramque differri in tempus pubertatis, & tunc necessaria est Carboniana poss. & petitio præmatura hereditatis est, & præmaturitatis ratione etiam nulla, quod notandum: aut tutor arbitratur utilius esse directa petitione hereditatis agere jure civili, & omnem quæstionem hodie dirimi, quo casu sane cessat Carboniana bonorum possessio, si nolit differri: Nam & inducta est differendæ quæstionis causa, & probat aperte hanc distinctionem *l. 3. §. missum, de Carbon. edic.* Postremum notandum est ex *l. 2. hoc t.* Huic edicto Carboniano derogare edictum de ventre inspiciendo. Nam ut breviter expediam, si uxore a defuncto relicta prægnante, protinus ea secundum formam edicti de custodiendo partu non denuntiaverit proximioribus cognatis defuncti, se esse ex eo prægnantem, & ut mitterent legitimas personas, puta mulieres aliquot, vel quinque bonæ existimationis ad ventrem inspiciendum, & ad partum observandum, & custodiendum, si mulier hoc omiserit, si edictum de partu custodiendo neglexerit, & præcepta ejus edicti, postea edito partu, si ei fiat controversia status, & bonorum paternorum, erit confestim dirimenda, nec quidquam erit dandum ætati parvulæ, & beneficio edicti Carboniani. Et hoc est, quod dixi, edicto Carboniano derogare edictum de custodiendo partu, si ei obtemperatum non sit, quandoquidem non præsumitur esse filius, quod non sint observata præcepta legum in custodiendo, & servando partu: nec induci potest hoc casu illa favorabilis præsumptio edicti Carboniani. Etiam adiicit *l.2. hoc tit.* necesse esse, ut certum sit, indubitatum esse matrimonium, & ut certum sit legitimam hereditatem pertinere ad filium impuberem, de quo agitur. Quæ omnia prætor, antequam decernat Carbonianam, debet summatim examinare. Nam si certum sit non esse matrimonium, vel eum filium legitimum heredem non fore, puta quod sit rite exheredatus, proculdubio cessat Carbonianum edictum, *l. cum sine, ff. eod. tit.*

AD TITULUM XVIII.

UNDE VIR, ET UXOR.

POST edictum successorium, quo datur successio inter eos, qui ex parte unde cognati, vel unde liberi, vel etiam secundum Justinianum ex parte unde legitimi vocantur: & post edictum Carbonianum, quod etiam omnibus iis edicti partibus aptari constat, merito subjicitur ea pars edicti, qua post cognatos prætor virum & uxorem vocat ad conjugis intestati hereditatem. Cur merito? nempe quia ad hanc partem unde vir & uxor bonorum possessio defertur, neque successorium, neque Carbonianum edictum aptari potest. Nam & plures in eo ordine non sunt personæ, quam vir & uxor, ut possit alii alia succedere ex edicto successorio, & ex eis nemo est pupillus, ut possit esse locus edicto Carboniano, quod pertinet tantum ad pupillos. Ergo data parte unde liberi, & unde legitimi, & unde cognati, recte iis aptavit continuo edictum successorium, & edictum Carbonianum, & nunc proponit partem unde vir & uxor, ad quam illa duo nihil pertinere possunt, & huic quidem parti unde vir & uxor vocantur, locus est, si sit justum matrimonium, quod est notandum in *l. 1. ff. hoc t.* Itemque secundum jus vetus, si uxor non fuerit in manu viri. Hæc enim non succedit viro, nisi post cognatos ex hac parte edicti petita bonorum possessione: quæ autem fuit in manu viri, ea viro succedit ex l. 12. *tab.* ut suus heres, quia viro est filiæ loco, & vicissim vir ei est patris loco, ut sit inter eos legitima successio ex l.12. tabularum, & possit etiam ea uxor suo marito succedere ab intestato, ut sua heres cum filiis communibus, qui in potestate mariti morientis fuerunt. Eodem modo hæc, quæ convenit in manum viri, id est, per coemptionem, & conventionem in manum, nuptias cum eo contraxit, atque adeo in manu est ejus, & potestate ut filiaf. ea, inquam, filiis suis ex justo matrimonio susceptis succedit ut consanguinea .i. si quasi soror, & filii sunt loco fratrum, loco consanguineorum. Nam in jure semper, atque in aliis auctoribus consanguinei dicuntur tantum fratres & sorores, non ceteri cognati; consanguinitas est tantum fraternitas, non agnatio quælibet. Consanguinitas est species agnationis, non generale nomen, & qui dicit arborem consanguinitatis, duo peccat. Nam graduum dispo-

sitio similitudinem nullam habet cum arbore, sed cum scala potius, vel gradibus. Neque consanguinitas unquam significat cognationem, sed fraternitatem tantum. Quæ est igitur in manu viri veluti consanguinea, ea filiis suis est veluti consanguinea. Et vicissim sunt filii consanguinei, & ab intestato invicem sibi succedunt ex l. 12. tab. Ex SC. autem Tertulliano ea tantum mater succedit filio cessante l. 12. tab. quæ non fuit in manu patris, ut eleganter notat Ulpianus lib. *Regul. tit. de leg. her.* Et retro vice mutata ex SC. Orfitiano; cessante lege nimirum 12. tab. filius ab intestato ei matri succedit, quæ non fuit in manu patris. Neque enim ei, quæ fuit in manu patris, opus fuit SC. Ergo secundum jus vetus adjecit viro & uxori post cognatos necessarium esse, ut invicem sibi succedant ex hac parte bon. possess. si modo mulier convenerit in manum viri, id est, si per conventionem in manum coierint nuptias, quo genere uxor marito est suus heres. Sunt enim heredes sui alii naturales, ut liberi, quos in potestate habemus, alii non naturales, ut adoptivi, vel uxor, quæ in manu est viri, vel nurus, quæ in manu est filii, quem in potestate habemus. Quæ omnia deprompta sunt ex jure veteri. Sed pergamus ad alia. Etiam notandum est, ita demum huic parti locum esse, si defuncto, vel defunctæ conjugi deficiant parentes, & liberi, & cognati omnes, ut in *l. ult. inf. quor. bon. l. 9. de legat. 3.* Hæc bon. poss. ultimum edicti locum occupat .i. nonnisi deficientibus superiorib. gradib. defertur atque competit. Et ut ait *l. 1.* deficiente successione legitima & naturali, vocat successionem legitimam agnatorum, & successionem naturalem cognatorum. Tunc igitur deficiente omni cognatione virum & uxorem sibi invicem succedere in solidum, fisco excluso jure antiquo, inquit lex 1. Non vocatur fiscus, nisi post conjuges ex l. Julia caducaria, *l. quidam, §. quoties, de leg. 1.* Quod autem ait l. unica, virum & uxorem deficiente omni cognatione sibi invicem succedere in solidum pro jure antiquo, non est ita scriptum, ut Thalelæus voluit, tantum ad differentiam legis Papiæ decimariæ, quoniam ea l. pertinebat ad causam testati, non intestati, de qua tractatur *l. 2. de infir. pœn. cœlib.* Ubi loquitur de illis decimis, quæ solæ ex testamento poterant conjugi relinqui. Nec enim inter se conjuges ex *l. Pap.* habebant ex testamento solidi capacitatem. Sed constitutio hujus tituli jus antiquum dicit ad differentiam, sive ἀντιδιαστολὴν cujusdam novæ constitutionis Theodosii & Valentiniani, quæ non cum liberis defuncti mariti intestati, sed cum parentibus etiam & propinquis defuncti mariti intestati vocabat etiam uxorem in certam partem. Et iis demum deficientibus in solidum secundum jus antiquum. Cujus constitutionis novæ Theodosii & Valentiniani fit mentio in *l. ult. C. Theod. tit. de leg. her.* & cujus etiam portio quædam est in hoc tit. nimirum illa, ut deficiente omni cognatione, vir uxori, & uxor viro succedat in solidum ab intestato pro jure antiquo & jure novo, ut cum parentibus & cognatis defuncti mariti uxor succedat non in solidum, sed in portionem certam. Sed iidem Imperatores non diu in ea sententia perseveraverunt: Imo in *d. l. ult.* derogant ei constitutioni suæ novæ, restituto jure antiquo, ut scil. mulier viro nulla ex parte succedat, nisi deficiente omni cognatione, & in nullam partem veniant bo. marit. existentibus parentibus, aut propinquis, & omnino ut sequamur jus antiquum hac in parte, quo liquido apparet in constitutione h. tit. jus antiquum dici, quod fuit ante illam constitutionem novam Theodosii & Valentiniani, ut uxor cum propinquis mariti succedat in certam partem, quod etiam jus antiquum restitutum est ab iisdem Imperatoribus, recantata sua nova constitutione. Hodie ex Novell. Justin. etiam uxor vocatur in certam partem bon. mariti cum filiis suis, si maritus locuples fuerit, mulier autem inops & indotata, quod facile est discere ex Nov. 53. *ca. ult.* & 74. *ca. ult.* & 117. *ca.* 5. quarum summa quædam brevis hujus tituli constitutio ab Irnerio subjecta est. Nunc transeamus ad tit. 19. de repud. bonorum possessione.

AD TITULUM XIX.

DE REPUDIANDA BONORUM POSSESSIONE.

HIC titulus respicit ad edictum successorium, quo repudiandæ, vel petendæ bonor. poss. certa tempora præscripta sunt. Nempe liberis & parentibus annus, ceteris centum dies ad deliberandum; utrum expediat eis petere bon. poss. an repudiare, videlicet ut primis repudiantibus, vel omittentibus, sequentes ex edicto succedant. Et de repudiatione notandum hoc est, sive repudietur hereditas, sive bonor. possessio intra constituta tempora successorio edicto, non valere repudiationem bonorum, nisi fiat solemniter in jure, ut confessio neminem obligat, neminem judicato, sive damnato similem facit, nisi quæ fit in jure, id est, ad sellam prætoris. Repudiatio igitur bonor. poss. fieri debet solemniter in jure, id est, ad tribunal prætoris, *l. suus, & l. sicut, inf. de repud. hered.* Et hoc distat a recusatione hereditatis bon. possessio. Nam hereditas recusatur quocunque loco, quocunque modo, quovis indicio voluntatis, *l. recus. ad S. C. Treb. l. recusari, de acquir. hered.* Et *Paulus 4. sent. tit. de repud. her.* Repudiatio, ut dixi non fit qualitercunque, non valet, nisi quæ solemniter facta est, id est, in jure. Qui autem ita semel repudiavit, perdidit omne jus suum, & cœpit confestim sequenti ex edicto successorio deferri bon. poss. etiamsi nondum exierint tempora, intra quæ poterat is, qui repudiavit, petere bon. poss. *l. 1. §. qui semel, de success. edic. l. 1. §. plane si tempora, si tab. testam. null. extab.* Ergo non licet reverti ad hereditatem, vel bona, quæ solemniter in jure repudiavimus, nisi minori beneficio restitutionis in integrum, vel etiam majori ex magna causa justi erroris, quæ omnia notissima sunt. Nunc sciendum est unam fuisse constitutionem Impp. Maximiani & Diocletiani scriptam ad Theodosianum quendam, quæ in hoc Codice discissa est, & dispartita in quinque partes, quas tu si coadunaveris, invenies aliam aliis magnam lucem adferre, hæ sunt, *l. 1. h. t. l. suus, inf. de repud. her. l. 4. sup. de post. l. si filiusfam. sup. de petit. hered. & l. transacto nullo, sup. de transact.* Quæ quinque partes efficiebant unam constitutionem, omnium earum legum: una eademque est inscriptio & subscriptio. Hoc autem in ea constitutione Impp. docebant, differentiam esse inter filium suum & emancipatum in hoc, quod emancipato prætorio jure datur bonorum possessio contra tabul. suo autem præterito ipso jure nullum & injustum testamentum est. Item, quod filius emancipatus si petierit bon. possessionem, & nondum acceperit, non intelligitur eam acquisiisse, vel agnovisse ob id solum, quod petierit eam, nisi & data, & accepta fuerit, ut sit ei integrum post petitionem bon. poss. eam repudiare, quia nondum ei adquisita est: sed si filius suus dicat testamentum ipso jure nullum, si dicat injustum, hoc ipso statim videtur agnovisse hereditatem, & adquisiisse sibi, ut jam non possit eam repudiare. Finge igitur, & hæc est species *l. 1. hoc tit.* Filius emancipatus petiit bon. posses. prætor ei nondum dedit: non ut petitur quælibet posses. & datur confestim, quia plerunq; obstat adversarius ne detur, & longa sæpe est lis ea de re apud prætorem, danda ne sit bon. poss. necne, *l. qui ex liberis, §. ex testamento, de bon. poss. secund. tabul.* Post petitam bonorum possessionem a filio emancipato inter moras judicii, dum certaretur inter filium emancipatum & adversarium de danda bon. poss. ipse, qui eam petierat, nescio qua ratione ductus, eam repudiavit in jure, quo in loco litigabat, repudiatio valet, nec potest is ad eam quæstionem reverti, non potest resilire a repudiatione, & reverti ad bonor. possessionem, quam semel rite repudiavit. Neque vero ut repudiatio facta in jure valeat, necesse est repudianti quemquam adesse advocatum, sive patronum, quia & sine patrono facta in jure repudiatio valet. Et

ideo,

ideo, ut definit lex 1. filius emancipatus, qui rite repudiavit bonor. posses. quam petierat, antequam daretur, non potest ad eam reverti, eamque petere, hoc prætextu, quod ei repudianti causæ patronus nullus fuerit, l. 1. & *l. 4. sup. de postul.* quæ est constitutio eadem: hoc in emancipato: Si suus in jure dixerit testamentum nullum, quod in eo sit silentio præteritus, & mox non donandi animo, sed transigendi cum adversario in jure profiteatur, se eam hereditatem non petiturum, ea res neque ut transactio valet, neque ut repudiatio, quia filius suus dicendo testamentum nullum, atque instituendo litem de bonis paternis, hoc ipso videtur adquisiisse & agnovisse hereditatem paternam. Sera igitur repudiatio est, quia quod adquisitum est, non potest repudiari, *l. 1. §. edictalis, de succes. edic. l. Titia, §. Lucia, de leg. 2.* Non valet etiam ea professio filii sui, qui cum dixisset patris testamentum nullum ipso jure, postea dixit se hereditatem non petiturum, non valet, inquam, ut transactio, quia nihil ei datum est, nihil ei promissum est, nihil etiam ipse retinuit ex bonis paternis. Et transactio nulla fit gratuito. Transactio nulla est si nihil retineatur, vel detur, vel promittatur, *l. 1. de transact.* Et hoc est proditum ex eadem constitutione *in d. l. suus, &* in *d. l. transactio nulla, sup. de transact.* Atque ita conjunguntur illæ ll. quatuor, quæ etiam ductæ sunt ex una eademque lege. Et conjungenda tantum restat *l. si filiusfam. de petit. her.* quæ superioribus coaptabitur convenientissime, si dicamus in *l. si filiusfam.* alium modum proponi agnoscendæ hereditatis patris. Agnoscit hereditatem patris, ut diximus, qui testamentum patris dicit ipso jure nullum, ut jam non possit repudiare hereditatem paternam. Item ex *d. l. si filiusfamil.* agnovisse videtur hereditatem patris, qui longo tempore eam possedit, & non tantum hereditatem patris, sed & quamlibet hereditatem filiusfam. videtur adquisivisse, & agnovisse, si eam diu possederit, & per eum videtur etiam hereditas adquisita patri. Qui modus adquirendæ hereditatis est valde novus, ut credatur admisisse hereditatem, & adquisiisse patri filiusfam. sibi delatam, qui eam longo tempore possedit. Et confirmat etiam hæc *d. l. qui in aliena, §. 1. de adquir. hered.* Additur in *l. 2. & ul. hoc. tit.* filio delatam bonorum possessionem, patri in fraudem filii repudiare non licere. Non potest, inquit, pater filio delatam hereditatem repudiare in fraudem filii. Quod si accipias de filio emancipato, est certissimum. Si item id accipias de filiofamil. & de bonis castrensibus, quæ patri nullo jure adquiruntur, etiam est certissimum, patrem nihil posse in fraudem filii, ad quem pertinet emolumentum hereditatis, vel bonor. posses. Nec possis quod in bonis castrensibus idem statuere in bonis maternis: Nam falsum est, quod sæpe tentavit Accurs. etiam ante Constantinum hoc jus fuisse, ne bona materna per filiumfa. adquirerentur patri proprietatis jure, sed ususfructus tantum: Nam certo certius est, ante Constantinum, id est, ante *l. 1. de bon. matern.* bona materna pleno jure, ut quæcunque alia bona adventitia adquiri patri ex *d. l. qui in aliena* circa prin. in eo loco, *sed etsi legitima*, & *l. 1. §. qui operas, ad Tertull. & l. 3. §. verbum, de don. int. vir. & ux.* Hi loci ostendunt bona materna, quæ obvenerunt filiofam. plenissimo jure adquiri patri, sed hodie ex constitutione Constant. non adquiritur, nisi ususfructus, & possessionis jure, non proprietatis. Ergo sive hanc *l. 2.* accipias de filio emancipato, sive de filiofamil. & bonis castrensibus, quæ ei deferuntur, nec possunt aquiri patri, nullus est labor. Sed quid si hanc legem accipias de bonis delatis filiofam. quæ pleno jure adquiruntur patri? An verum est etiam patrem in fraudem filii, ut ait lex, non posse bon. poss. repudiare? sic arbitror: Nam semper in interpretandis legibus is casus assumendus, qui est difficilior, & qui plus habet dubitationis, *l. quod Labeo, de Carbon. edic.* Et ratio dubitandi magna est, si filiof. deferatur bon. poss. cujus emolumentum jure potestatis mox sit perventurum ad patrem, si admittatur, & agnoscat, quia unusquisque potest repudiare suam bon. poss. Et pater repudiando illam delatam filio, videtur repudiare suam, cum emolumentum omne bon. poss. ad eum redeat. Igitur videtur eam jure repudiare, nec in ea re fieri fraudem filio, apud quem ne momento quidem, si ea res agnoscatur, permansura est. At nihilominus dicam verum esse quod ait lex, in filiofam. & in bonis, quæ adquiruntur patri, ut eorum bon. poss. delatam filiof. non possit repudiare pater in fraudem filii, quia scil. quamvis omne emolumentum adquiratur patri, si filiusfa. jussu patris agnoscat bon. poss. vel si agnitam a filio pater ratam habeat, ut in *l. 1. sup. qui admitti*, tamen interest filii, ne eam temere repudiet pater ipso invito, ut forte filiof. patref. facto morte patris, vel capitis deminutione, vel emancipatione, ut, inquam, ei patrif. facto postea quandoque sit integra & incolumis agnitio bon. poss. Hæc ratio efficit ne repudiatio patris, quæ fit sine voluntate filii, possit filio esse fraudi, & ideo quod delatum est filiof. ut non possit repudiare pater sine consensu filii, sive sit bon. possessio, sive hereditas, sive legatum, vel fideicommissum, in *l. renitente, inf. de jure delib. l. ex repudiatione, inf. de fideicommiss.* Et hoc distat maxime pater a domino: Nam bonorum possessionem delatam servo, vel legatum servo delatum, dominus repudiare potest invito servo, *leg. 1. §. per servum, ff. de success. edicto, l. legatum 7. de leg. 1.* Et ratio differentiæ, quia servus pro nullo habetur, & jure civili, & prætorio, ut non sit spectanda illius voluntas. Qua ratione utitur IC. in *l. de jure delib.* dum ait, servo heredi instituto ab extraneo, tempus ad deliberandum præstitui a domino, non explorata voluntate servi: quia, inquit, servus pro nullo habetur apud Prætorem. Et longe alia est ratio liberi hominis, puta filiifamil. & servi. Concludamus igitur: sicut pater non potest bonorum possessionem delatam filiofamil. agnoscere, vel hereditatem adire sine voluntate filii, nisi sit infans, *l. 1. §. 1. de bonor. possess. infanti competente, leg. servus, §. impubes, de bonor. poss. l. is qui heres, §. ult. de adquir. hered. l. 4. & l. si infanti, inf. de jure delib.* ita etiam ut non possit repudiare sine voluntate filii, ne fiat filiof. injuria, qui mox fiet paterfamilias, & cui volenti integrum erit, contra quam senserit pater, eam bonorum possessionem amplecti. Eadem igitur ratio sit & agnitionis & repudiationis:

AD TITULUM XX.

DE COLLATIONIBUS.

HIC titulus terminat & claudit tractatum de bonorum posses. Et proprie respicit ad bonor. posses. contra tab. quæ datur potissimum liberis emancipatis præteritis ex edicto Prætoris, etiam existentibus suis, si modo, ut edicto Prætoris comprehensum est, emancipati parati sint suis heredibus, id est, fratribus, qui in potestate patris manserunt, heredibus institutis, vel etiam præteritis, bona propria, quæ moriente patre communia habuerunt, in commune conferre, vel satisdare se ea collaturos, vel eo minus carere ex bonis patris. Nam ut eleganter Ulp. ait in Inst. æquissimum putavit Prætor neque emancipatos liberos bonis paternis carere, per hoc, quia non sunt in potestate, neque propria bona habeant præcipua, cum partem sint ablaturi suis heredibus. Ergo ratio inducendæ collationis una hæc est, quia emancipatus injuria quodammodo afficiat fratres, id est, suos heredes, dum eis partem bonorum paternorum aufert beneficio prætoris, qui in omnia defuncti bona vocabuntur soli, jure civili exclusis emancipatis, ut in *l. 1. in prin. & §. pater, & §. toties, de collation. bon. & l. 3. de collat. dotis.* Quamobrem si quo casu forte liberi emancipati suis injuriam non faciant, si nihil eis auferant, nihil abradant, sed adjiciant potius, eo sane casu collationis munere

non funguntur, ut in hac specie, quæ proponitur in *l. pen. §. videamus, de bon. poss. contra tab.* Si duo sint fratres, unus emancipatus, alter suus, & emancipatus sit præteritus, suus institutus ex quadrante, extraneus ex dodrante: & emancipatus, qui præteritus est, petat bonor. poss. contra tabul. atque ita viam aperiat edicto de bon. poss. contra tabul. vel causæ intestati commisso illo edicto, ita fiet, ut beneficio emancipati *par son moyen*, habeat filius suus heres institutus, quod per se non haberet, videlicet ut possit simul cum fratre emancipato admittere bonor. possess. contra tabul. ac si heres institutus non fuisset, qua via feret semissem, qui ex institutione tantum tulisset quadrantem: Nam excluso extraneo herede instituto in dodrantem, veluti ab intestato, duo semisses fient hereditatis paternæ, & singuli singulos capient, nec emancipatus quicquam conferet fratri suo. Quia concursus, seu interventus emancipati commodum attulit suo heredi, non incommodum, id est, auxit portionem sui heredis. Idem procedit & in hac specie, quæ etiam proponitur in *d. l. §. videamus*. Filius emancipatus præteritus est, filius suus exheredatus, extraneus scriptus heres. Irrita est exheredatio, si forte is, qui heres scriptus est, non adeat. Quia destituto testamento, nihil eorum, quæ in eo scripta sunt, valent. Et destituitur non adeunte scripto. Finge: Heres scriptus metu emancipati præteriti, cui non ignorat competere bonor. possessionem contra tab. ad eas rescindendas, repudiavit hereditatem, atque ita beneficio quodammodo, atque interventu filii emancipati præteriti irritum factum est testamentum, irrita facta est exheredatio filii sui. Et suus quidem ipso jure venit ab intestato ad bona patris. Emancipatus jure bonor. possessionis contra tabulas. Qua via inter se duo fratres hereditatem dividunt ex æquis portionibus, & aufert sibi quisque atque vindicat semissem bonorum defuncti patris. Nec emancipatus quicquam confert suo, quia æquum non est, ut quicquam conferat ei, cui commodum adfert, non incommodum. Nam si non intervenisset emancipatus, vires suas habuisset exheredatio, herede scripto adeunte hereditate. Ergo pensandi tantum incommodi causa, quod emancipatus adfert suo, dum ei concurrit in amplectendis defuncti patris bonis, introductum est onus collationis, ut scil. id subiret, qui incommodum adferret alteri. Est & alia ratio inducendæ collationis inter suos & emancipatos, quia filius emancipatus, qui appetit bona paterna, & vult in ea concurrere cum fratribus, qui sunt in familia patris, jus filiifamil. vult habere, id est, ac si filiumfamil. se admitti vult in bona patris cum eo, qui vere est filiusfamil. & suus heres. Filii autem familias quæ sunt, patris sunt. Igitur qui vult venire tanquam filiusfamilias, ea, quæ sua sunt, in commune redigere debet, ita ut omnes fratres sint consortes tam in bonis paternis, quam in bonis propriis; ut qui se adæquat cum suo, nihil etiam sibi proprium & præcipuum esse ducat, excepto peculio castrensi, vel quasi, quod ex constitutionibus constat, omnes liberos retinere præcipuum, nec unquam conferri favore militiæ, sive sint liberi emancipati, sive sui; *l. 1. §. neque, ff. eod.* Hæc est ratio inducendæ collationis, quam dixi proprie pertinere secundum edicti verba ad bon. poss. contra, tab. id est, quotiens existentibus suis heredibus, emancipati veniunt ad bona patris, quod sint præteriti jure bon. poss. contra tab. Sed notandum est etiam aptari hunc titulum ad bonorum possessionem unde liberi, & ad querelam inofficiosi testamenti, ut in *l. 4. 9. & l. ut liberis, h. 1.* Et generaliter ubicunque liberi emancipati veniunt ad bona patris ab intestato concurrentibus fratribus, qui in potestate remanserunt, sive veniant ex parte unde liberi, sive rescisso testamento per bonor. poss. contr. tab. sive rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti, collationi locus est. Collatio igitur fit inter fratres suos & emancipatos ab intestato: & est collatio, commixtio, sive confusio propriorum bonorum cum paternis, quæ fit inter fratres ab intestato, ut ea omnia inter se partiantur ex æquo. Hæc est definitio collationis. Unde quæritur, an si liberi emancipati veniant ad bona patris ex testamento, non ab intestato, ut si sint heredes scripti ex parte adjectis coheredibus fratribus, qui in potestate manserunt, an propria bona fratribus coheredibus suis in commune conferre debeant, quæ est quæstio *l. 1. & l. 7. hoc tit.* quæ simul explicabuntur. Et eo quidem jure, quod perpetuo obtinuit ante Novell. Justin. inter fratres a patre testamento scriptos heredes non datur collatio, ut *l. 1. & 7. & omnibus ll. ff. & Cod.* Et approbante etiam Justin. *in l. alt. sup. communia utriusque jud. & l. unica, §. quo a nobis recepto, sup. de rei ux. act.* Videamus quæ sit ratio, non oportet Jurisconsultum ἀμάρτυρα λαλεῖν καὶ ἄλογα. Cur ex testamento fratres, qui veniunt ad bona paterna non conferunt propria? Ratio admodum perspicua est, quia non vocantur, aut non veniunt ex testamento ut liberi, sed ut quilibet, ut extranei qualescunque habentes testamenti factionem, *l. 1. §. Pompon. de Carbon. edic.* Filio herede scripto, nihil agis si objicias eum non esse filium, quoniam etiamsi non sit filius, tamen si sit scriptus testamento, heres esse potest, id est, venit non ut filius, sed ut extraneus quilibet, venit extero jure, ut ait *l. 10. hoc tit.* id est, extranei jure. Et æqualitas illa, & communio, quam collatio constituit, eis tantum congruit, qui succedunt in bona demortui liberorum jure, & qui simul vocantur jure fraternitatis. Quod ipsum per se nomen, ut est in panegyrico Flaviensium, *nihil est aliud, quam æqualitas, & communio, ut in l. verum, pro socio.* Et ita etiam si quid per legatum, aut fideicom. reliquit pater filio emancipato, id capit extero jure, ut ait *l. 10.* i. e. ut extraneus. Ac proinde illo nomine non obligatur collationi, quia in id, quod legatum est, non venit ut frater, vel ut filius defuncti, sed ut quilibet heres, & ita in *l. 16. h. t.* Si filius emancipatus, cui pater aliquid legavit, vel ut ait, cui aliquid reliquit, ultra relictum (quo nomine significatur legatum, vel fideicom.) si ultra relictum, velit etiam venire ad successionem patris intestati, & auferre partem fratri, qui mansit in familia, atque ita plus habere, quam ei reliquit pater, collatione fungi debet. Hoc ideo dicit, quoniam si relicto sit contentus, nullum sustineret onus collationis. Ergo verum est eum, qui quid meretur ex judicio defuncti, vel institutione, vel legato, vel fideicomm. etiamsi partem bonorum paternorum ferat, non pati onus collationis. Denique ex testam. collationem non esse, aut collationi eum non obligari, qui capit ex testam. bonor. paternorum partem. Nec quidquam obstat l. qua offenditur Accursius in *l. 7. hoc tit.* nimirum *l. 2. de coll. dot.* quæ dicit, filiam datam in adoptionem a patre naturali, & heredem institutam ab eodem, debere conferre bona propria, & dotem sicut emancipatam. Et si pater ejus adoptivus adhuc vivat, debet etiam ea conferre. Ergo instituta heres confert. Sed (nolo esse longior) verissimum est perspicue, quod notavit Azo, ita ponendam esse speciem ad *d. l. 2.* ut omnia congruant, cum non possint literis omnia exprimi, quæ ad unam speciem spectant. Pleraque nobis subintelligenda, atque supplenda relinquuntur, ita ut non sit temere ex eadem lege generaliter statuendum, heredem institutum, vel institutam conferre bona propria, sed quibus receptum est heredem institutum etiam pati onus collationis, & sunt ne casus aliqui, quibus heres institutus illud onus sustineat? Sic sane, ut puta, si heredi instituto alius filius præteritus committat edictum de bonorum possess. contra tabulas, id est, si hanc faciat viam & sibi & fratri instituto, si velit, perveniendi ad bona defuncti patris. Quo casu si instituto filio additi fuerint coheredes ex eodem testamento, & forte institutus sit ex modica parte commisso edicto, vel beneficio præteriti, simul veniet, licet institutus sit ad bonorum possessionem contra tabulas ratione portionis adcrescentis, id est, quod ea via plus capiat, quam ei dederit scriptura testamenti, subjicitur muneri collationis. Et ita etiam in eadem persona, id est, in filia data in adoptionem, hæc proponitur *l. 1. §. is quoque, de coll. bon.*

bon. l. non putavit, §. *in adoptionem*, *de bonor.poſſ.cont.tab.* A Et ſecundum hoc rectiſſime in *l.1. hoc tit.* ut filius emancipatus nihil conferat fratribus ſuis, exigitur, ut non tantum ſit teſtamento ſcriptus, ſed etiam ex teſtamento ſucceſſionem obtineat adita hereditate, vel agnita bonor. poſſ. ſecundum tabulas: nam ſi filius emancipatus teſtamento patris heres ſcriptus, alio jure veniat ad bona patris, quam teſtamento, & eo jure plus nanciſcatur, quam ei adſcripſerit pater, ut puta alio filio præterito reſcindente teſtamentum per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vel alio filio exheredato reſcindente per querelam inofficioſi teſtamenti, & inteſtatum patrem faciente omnimodo, atque ita viam aperiente etiam fratri inſtituto, ad obtinendam majorem portionem in bonis paternis: Sane æquum eſt, ut collationem admittamus, imo neceſſariam eſſe dicamus, *l.1.§.toties,de coll. bon.l.3.de collat. dot.* B Non eſt omittenda exceptio, quæ additur in hac *l. 1. & 7.* ut ex teſtamento non detur collatio inter liberos, niſi pater nominatim caverit filium emancipatum conferre etiam a ſe donata, vel filiam emancipatam, vel etiam filiamfam. conferre dotem a ſe datam ex voluntate defuncti. Collationi non eſt locus inter eos, qui veniunt ex cauſa teſtamenti, non aliter. Hodie autem ex Novella Juſtiniani *de triente*, & *ſemiſſe* liberi, qui ex teſtamento veniunt ad bonorum poſſeſſ. patris: licet non caverit teſtator ſpecialiter, ut propria bona conferrent, debent ea omnia, quæ habent, in commune conferre, niſi nominatim vetuerit teſtator ne ea conferant. Vetus hæc eſt regula: Ex teſtamento non eſſe collationem, niſi teſtator velit eſſe. Nova hæc eſt regula: Ex teſtamento eſſe collationem, niſi teſtator C eſſe noluerit: Ut plane hodie nihil interſit inter cauſam teſtati, & inteſtati. Nam ſive ex hac, ſive ex illa parte veniant liberi, ſuſtinent munus collationis, niſi noluerit pater eſſe collationem. Et obſervandum maxime ex *l.ex parte*, §.*inteſtato*, *famil. erciſc.* ſufficere tacitam voluntatem defuncti. Si pater ab inteſtato voluerit non eſſe collationem inter fratres, non erit collatio. Sufficit voluntatis indicium, ut in ſpecie h. §. Si pater inter vivos, vel etiam codicillis factis ab inteſtato inter liberos emancipatos, & eos, quos habet in poteſtate, diviſerit omnia bona ſua, & nihil indiviſum reliquerit, videtur excluſiſſe munus collationis. Ut in hac ſpecie ob voluntatem defuncti, ab inteſtato non eſt collatio inter liberos: ita hodie dicemus in eadem ſpecie ex teſtamento non fore collationem inter liberos. Nondum ſatis eſt: D Nam quæres, cur regulam juris veteris, quæ nitebatur optima ratione, ut ante docui, mutaverit Juſtinianus? Non caruit ſua ratione: Jure veteri ex teſtamento erat collatio, ſi id caviſſet teſtator. Quod ſi non cavit per oblivionem, inquit Juſtin. ſæpe in teſtamentis, & in aliis negotiis judices ſpectant, quid per oblivionem factum non ſit, *l.1. §.1. de liber. legat. l. Seja, D. de inſt. vel inſt. leg. l. Ariſt. quæ res pignori oblig. poſſ.* Si per oblivionem, inquam, pater non cavit collationem fieri inter fratres venientes ex teſtamento, an non dices tamen eſſe æquum, ut fiat collatio vel ex tacita voluntate defuncti? Juſtinianus autem præſumit ſemper per oblivionem excidiſſe patri, & hoc colore, quaſi per oblivionem non caverit, inducit generaliter, etiamſi de collatione nihil dixerit pater, ex teſtamento collationem eſſe. Et hæc E eſt ratio Novellæ. Sed ne quis opinetur, liberos ſuos omnia, quæ habent propria conferre, ſingula, vel ſtrictim recenſere operæ pretium eſt, quæ in collationem veniunt. Et primum quidem loquamur de liberis emancipatis. Liberi emancipati conferunt bona profectitia, id eſt, donata a patre, id eſt, quæ ſunt ex re patris, quæ habuerunt tempore mortis patris, non quæ alienaverunt (nam emancipato pater donat rectiſſime) ſive dolo malo, ſive ea pater eis donaverit poſt emancipationem, ſive in ipſa emancipatione: Nam & plerunque ſolebat pater in emancipatione ipſa aliquid donare filio, quo fretus poneret fundamenta familiæ ſuæ, *l. ut liberis, in fine, hoc tit. l. 2. & ult. inf. de emancipat.liber.* & *Novella Leonis 25.* Spartianus in Adriano: *Filiam*, inquit, *dato patrimonio emancipatam*. Vix fiebat emancipatio patrimonio nullo dato, alioquin abdicatio eſſet potius, quam emancipatio. Conferunt autem tam ea, quæ in ipſa emancipatione eis largitus eſt pater, quam quæ poſt emancipationem: liberi emancipati conferunt etiam bona adventitia jure veteri in totum, quæ aliunde quæſierunt poſt emancipationem; Jure novo ex conſtitutione Juſtiniani conferunt tantum uſumfructum eorum bonorum, qui ſolus pertineret ad patrem, ſi in poteſtate ejus manſiſſet, *l.ult. inf. de bon. quæ lib. l.ult.hoc tit.* In qua etiam Juſtinianus ait, ſe hoc introduxiſſe favore liberorum, id eſt, ſingulari ſtudio ductum erga liberos, detraxiſſe patri, quod competebat jure poteſtatis, & dediſſe liberis, relicto patri uſufructu ſolo, dum viveret. Denique profectitiorum bonorum liberi emancipati plenam proprietatem conferunt, adventitiorum autem uſumfructum duntaxat eorum, quæ ſcilicet adquiſierunt ante mortem patris. Nam adquiſita poſt mortem patris nunquam conferunt. Ea ſcilicet tantum conferunt, quæ habuerunt tempore mortis patris, non quæ habere cœperunt poſt mortem patris, *l.13. & 15. hoc tit.* & *Nov.75.* Et hoc eſt, quod ait *l. 12. hoc tit.* non conferri caſtrenſe peculium, nec relictum, quod verbum eſt morientium, cedere viventium, *l. ult. comm. prædior.* Non conferri, inquam, caſtrenſe peculium, nec relictum, quod pater filio emancipato veluti præcipui titulo reliquit, quia ſcilicet filius poſt mortem patris id adquirit. Nunc de ſuis dicamus. Sui, qui in poteſtate manſerunt, nihil conferre poſſunt, quia nihil habent proprium, quod conferant. Poſſunt habere caſtrenſe peculium proprium, aut quaſi caſtrenſe, ſed ut jam ante dixi, conſtitutiones, neque ab emancipato, neque a ſuo ea peculia conferri volunt, ſed retineri præcipuo jure, & favore militiæ. Poſſunt etiam ſui habere peculium paganum profectitium, vel adventitium, ſed id etiam eis non eſt proprium patrimonium, ſed quaſi patrimonium. Igitur id jure etiam non conferunt. Conferunt tantum bona propria ſua, non noſtra. Peculium filiifam. non eſt proprium ejus patrimonium, ſed quaſi patrimonium tamdiu, quandiu pater vivit, *l.hinc quæritur, l.40.de pecul. l.ſi 10. ff. de ſtatu. lib.* Et quatenus id peculium dicitur eſſe quaſi patrimonium, id etiam non male dices quaſi conferri, non ſine illo affixo conferri abſciſe. Quia mortuo patre, ea peculia pagana magis veniunt in communionem ut bona paterna, quam collatitia bona, quia peculium finitur morte patris, *l. 1. quando de pecul.* Et eadem ratione dicam, donationem a patre collatam in filiumfamil. non conferri. Qua de re poſſent dici multa, quæ ego attingam ſtrictim, & dilatabo, & explicabo in *l. ſi ex donatione*, & *l. ſi ex liberis*. Sed interim ſic ſtatuo, donationem a patre factam filiofam. mortuo patre non conferri, quia inutilis eſt donatio, quia quod ita donatum eſt filiofam. non eſt ejus proprium. Et ideo inutilis eſt donatio, ut ſecundum jus vetus, etiam non confirmetur morte patris, *l.2. §.1. pro don.* Morte, inquam, patris ſola non confirmatur, & ſilentio: & ideo ea donatio venit in communionem, & in judicium familiæ erciſcundæ, ut paternum aliquid, non ut collatitium, quod in communionem redigat filiusfamil. cui donatio facta eſt. Ergo proprie non confertur. Attamen certum eſt, judicio extremo patris confirmari donationem filiofam. factam, ſi quæ donavit vivus filiofamil. caveat ſe ex teſtamento apud filiumfamil. permanere velle, quo genere, id quod donatum eſt filiofamil. capitur non ut donatio, ſed ut legatum, ſive relictum, ut, ſi quis diligenter animadvertat, oſtendit *lex donationem*, *ſup. de donat. inter virum & uxor.* quod ſi capitur ut legatum, vel etiam, quod negari non poteſt, ex judicio patris ultimo, ergo non confertur: quia poſt mortem patris adquiritur; & ea tantum in collationem veniunt, quæ liberi adquiſierunt ante mortem patris. Verum notandum eſt hodie ex conſtitutione Juſtiniani, id eſt, ex dicta *l. donationem*, donationem factam filiof. morte patris ſola confirmari,

imo

imo & retrotrahi, ſive reduci ad id tempus, quo facta eſt. Quo poſito ſequitur neceſſario eam donationem debere conferri, quaſi rem ante mortem patris quæſitam, quia confirmatio illa donationis, quæ fit morte patris, retro recurrit. Dies donationis non deſcendit ad diem mortis patris. Sed dies mortis patris adſcendit, & recurrit ad diem factæ donationis. Et generaliter, quod valde novum eſt, ſublatis controverſiis JC. in *d. l. donationem*, definit, ut deinceps omnis confirmatio, & omnis ratihabitio retrotrahatur. Quæ ſententia eſt magni ponderis, & dirimit innumeras quæſtiones. Non conſtabat olim inter Sabinianos & Proculianos, an ſemper ratihabitio retrotraheretur, quod ſtatim deprehendes ex *l.* 1. §. *ſed etſi quis, de vi & vi arm.* Et inde non conſtabat inter JC. ſervus, qui cenſu manumiſſus eſſet, utrum intelligeretur eſſe liber ex eo die, quo luſtrum conditum eſt. Nam ut ſcitis, dum cenſus agebatur civium Romanorum, ei cenſui cenſendo erat præſtitutum quinquennium, quod luſtrum dicebatur, & in extremo quinquennii moris erat condi luſtrum, quod fiebat ſolemni ſacrificio facto, & luſtratis civibus Romanis. Luſtrum igitur conditum eſt finis cenſui cenſendo, & luſtrum conditum confirmat ea omnia, quæ retro acta ſunt in cenſu. Inde, ut ex fragmentis Ulpiani didicimus, inter prudentes erat diſſenſio: Is ſervus, qui voluntate domini profeſſus fuiſſet ſe eſſe civem Roman. & nomen ſuum inter cenſum dicaſſet, utrum ex eo die, quo cenſus eſſet inter cives Romanos, intelligeretur eſſe civis Romanus, utrum ex eo die, quo luſtrum conditum eſſet, ut eleganter ſcribit idem auctor. Alii dicebant cenſum deſcendere ad diem luſtri conditi, non luſtrum recurrere ad diem cenſus. Alii dicebant luſtrum recurrere, & retrotrahi ad diem, quo is ſervus inter cives Romanos cenſus eſſet, & ex eo die eum liberum factum videri, quaſi retroacto luſtro. Et hanc controverſiam, quam notat Ulpianus, eandem notaverat M. Cicero 1. *de Oratione*. Sed locus nondum purgatus fuit a quoquam, quem veteres membranæ conſervarunt integrum. Verba hæc ſunt: *Quid de libertate, quo judicium nullum gravius eſſe poteſt? nonne ex jure civili poteſt eſſe contentio, cum quæritur is,, qui domini voluntate cenſus ſit, continuo ne; an poſt luſtrum conditum ſit liber.* Vulgo male *ſi quæratur, &c.* nota illis verbis, quæ reſtitui, quam ante notavi controverſiam, quæ fuit inter prudentes, utrum luſtrum conditum retrotraheretur, an cenſus recurreret uſque ad luſtrum, utrum manumiſſus ex eo die liber eſſet, quo cenſus eſſet, an quo luſtrum conditum eſſet. Et cum omnis confirmatio hodie retrotrahatur, & ut idem auctor ait, omnia, quæ cenſu acta ſunt, luſtro confirmentur: & dicamus etiam eam confirmationem retrotrahi. Poſtremum eſt, ut adnotemus, filiumfam. ſive ſuum heredem, vel etiam filiamfamil. conferre dotem datam a patre. Pater filiæfamil. donat inutiliter, dotem dat utiliter, & quamvis filia ſit in ejus poteſtate, dos tamen eſt filiæ non quaſi proprium patrimonium, ſed vere proprium patrimonium filiæ, nec ullo modo cenſetur ex bonis paternis, abſceſſit penitus bonis patris, ut non poſſit filia habere caſtrenſe, vel quaſi caſtrenſe peculium, ſed poſſit habere proprium patrimonium, nempe dotem. Igitur dotem profectitiam debet conferre, quaſi proprium patrimonium. An & adventitiam debet conferre? diſtinguendum eſt, ſed hoc explicabitur in *l.* 4. *hujus tit.* Et eadem ratione filiusfamil. confert donationem propter nuptias, quoniam eſt veluti dos mariti. Igitur proprium patrimonium filiifamil. ſi proprium patrimonium, non quaſi patrimonium conferri debet. Rectiſſime enim in libris noſtris ea, quæ donantur propter nuptias vocantur *ἀντιφέρνα*, id eſt, contrariæ dotes: ut pro ſua parte mulier dotem dat marito: ita viciſſim pro ſua parte dotis loco vir dat uxori donationem propter nuptias: utraque ergo dos eſt, & utraque ſubjicitur collationi.

Ad L. I. Emancipatos liberos *teſtamento heredes ſcriptos, & ex eo ſucceſſionem obtinentes, a patre donata fratribus conferre non oportere, ſi pater ut hoc fiat, ſupremis judiciis non cavit, manifeſti juris eſt.*

Ad L. II. Si pater inteſtatus *deceſſerit, relictis duobus filiis, & cujus nomine dotem promiſerat: portiones hereditatis æquæ ſunt, & dos nihilominus ita conferenda eſt, ut pro portionibus fratres ejus a neceſſitate præſtandæ ejus dotis liberentur.*

Ad L. III. Pactum dotali inſtrumento *comprehenſum, ut contenta dote, quæ in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regreſſum haberet, juris auctoritate improbatur, nec inteſtato patri ſuccedere filia ea ratione prohibetur. Dotem ſane, quam accepit, fratribus, qui in poteſtate manſerunt, conferre debet.*

Ad L. IV. Filiæ dotem in medium *ita demum conferre coguntur, ſi vel ab inteſtato ſuccedant, vel contra tabulas petant, nec dubium eſt profectitiam, ſeu adventitiam dotem a patre datam, vel conſtitutam, fratribus, qui in poteſtate fuerunt, conferendam eſſe. His etenim, qui in familia defuncti non ſunt, profectitiam tantummodo dotem poſt varias prudentium opiniones conferri placuit.*

Ad L. V. Dotis quidem portio *perſeverante matrimonio tibi non competebat. Quamvis enim ea inteſtato patre defuncto, fratri conferre debueras: non tamen eo nomine adverſus maritum tibi actio potuit eſſe: cum eo minus in partem tibi delatæ ſucceſſionis patris auferre potueris.*

HEri expoſui generalia præcepta de collationibus, & ea, quæ ſpecialiter conſtituuntur in *l.* 1. *&* 7. ſatis accommodate in ipſo limine, ut admoneremur collationis munus non ſuſtinere eos liberos, qui ex teſtamento veniunt, niſi hoc ipſum pater nominatim in teſtamento ſignificaſſet, quod hodie immutatum eſt, ut inde intelligeremus hunc titulum pertinere tantum ad ſucceſſionem inteſtati. Denique cur datur ea de re lex prima? Ne ſcilicet ex teſtamento fiat collatio, ut intelligas, titulum tantum pertinere ad ſucceſſionem inteſtati: ſed hodie pertinet ad utramque. Nunc venio ad *legem* 2. 3. 4. *&* 5. quæ omnes ſunt de collatione dotis, & poſſunt una hora comprehendi. Ac poterit etiam obiter adjungi interpretatio *l.* 9. Ex *l.* 2. intelligimus filiam dotem profectitiam in medium conferre fratribus, quibuſcum ſuccedit patri communi ab inteſtato. Et notandum non ſolum dotem a patre datam filiæ nomine, ſed etiam promiſſam, nec datam, poſt mortem patris filiam in medium conferre; quod æquiſſimum ſit eam de ſuo in ſolidum dotatam eſſe, ut ait *l.* 1. §. *pen. de col. dot.* Et conferendo dotem fratribus, ejus nomine promiſſam a patre defuncto, hoc conſequentur fratres, ut ipſa ſibi in ſolidum eam dotem conſtituat de ſuo, id eſt, de ſua parte, non de parte fratrum coheredum. Et iis convenienter d. lex 1. §. 1. etſi promiſſa tantum dos ſit, ejus collationem fieri. Quæres, quomodo poſſit conferri dos, quæ promiſſa tantum? Conferet filia dotem promiſſam ſuo nomine a patre, liberando fratres obligatione præſtandæ dotis pro rata partium, ex quibus ſunt heredes, ut ſi duo ſint fratres pro beſſe, liberando unumquemque pro triente, utrumque pro beſſe. Et quæres rurſus, quomodo ſoror poſſit liberare fratres, qui non ſibi, ſed marito obligati ſunt, quatenus pater marito dotem promiſit daturum, non filiæ, ex qua ſtipulatione heredes ejus tenentur pro portionibus hereditariis. Quid igitur fieri poteſt, ut filia, cui non ſunt obligati fratres dotis nomine, eos liberet, & abſolvat? Hoc fiet, ſi ſuſcipiat ſoror in ſe totam obligationem dotis, qua ipſa tantum obligatur pro triente, ex perſona defuncti patris, cui heres extitit una cum duobus fratribus, & præterea ſi caveat defenſum iri fratres adverſus maritum, quandoque agentem adverſus eos ex ſtipulatu. Cautio defenſionis, ſeu cautio indemnitatis pro liberatione eſt. Hoc loco videntur corrupta eſſe Baſilica, in quibus ita eſt, dum explicant, quod dixi, qua ratione ſoror liberet fratres, neceſſitate præſtandæ dotis, dum ajunt, *καὶ νῦν λαμβάνουσα τὸ μέρος αὐτῆς*, quod eſt, *accepta parte ejus*, quod nullum ſenſum habet idoneum. Igitur legendum eſt, *καὶ λαμβάνουσα τὸ βάρος προικός*, id eſt, *ſuſcipiens onus integrum ſolvendæ dotis marito*, & pro-

promittens indemnes damno ſe ſervaturam fratres conſortes. Et ſuſcipiens, inquit, dotis integræ perſolvendæ onus, compelletur cavere fratribus defenſum iri eos, ſi forte conveniantur tanquam heredes patris, qui dotem promiſerat genero. Denique cautio defenſionis, ſive indemnitatis pro liberatione eſt, lex 2. loquitur de dote profecta. Quæro an etiam ſoror in medium conferre debeat in familia erciſcunda dotem ejus nomine datam, vel promiſſam ab extraneo, quæ dicitur dos adventitia? Et videtur etiam dos adventitia eſſe conferenda. Quidni? cum eo jure, quod obtinuit ante Juſtinianum etiam adventitia bona eſſent conferenda, propterea quod & hæc adquirebantur pleno jure patri, non minus quam profectitia. Et ita adventitiam dotem conferri oſtendit lex 1. §. *ſub conditione*, *ff. de collat. dotis*. Pater, vel extraneus, inquit, quod cum dicit, tollit diſcrimen inter profectitiam, & adventitiam dotem, pro muliere dotem promiſit ſub conditione, & antequam conditio exiſteret, mortuus eſt pater, eique ea mulier heres extitit una cum fratribus, cavere debet curante arbitro familiam erciſcund. ſe dotem collaturam cum extiterit conditio. Ergo etiam dotis adventitiæ collatio eſt. Idque evidenter demonſtrat *Novella 97. de æqualitate dotis, in fi.* dum aperte ait, dotem datam mulieri a matre, vel avia conferri. Mater extranea eſt filiæ, itemque avia. Et is tantum in hac parte dicitur non eſſe extraneus, qui mulierem habet in poteſtate. Dos a matre, vel avia profecta confertur. Ergo dos adventitia confertur. Ea enim eſt dos adventitia, quæ ab extraneo data eſt. Verum utitur hac in re diſtinctione quadam *lex. 4. hujus tit.* quam nunc explicabo: loquitur de filiafamil. aut intelligenda omnino eſt de filiafamil. ut ſemper in libris noſtris, quoties filius, vel filia nominatur, nullo alio adjecto, exaudire nos ſemper oportet filiumfam. vel filiamfam. filius, niſi adjicias, emancipatus, filiusfam. intelligitur, *l.* 8. §. 1. *de inoffic. teſtam. l. filiæ*, *ſup. famil. erciſ.* Hoc autem vult *lex.* 4. filiamfamil. quæ ab inteſtato patri ſuccedit una cum fratribus ex capite unde liberi, vel ex parte, qua liberis prætor pollicetur bon. poſſeſſionem contra tabulas, conferre iis fratribus dotem, ſi fuerunt in familia defuncti patris communis. Atque adeo filiam ſuam heredem, fratribus æque ſuis heredibus conferre non tantum profectitiam dotem, ſed etiam adventitiam. Ex quo intelligitur, & neceſſario ſequitur, etiam adventitiam dotem eſſe proprium patrimonium filiæfamilias etiam vivo patre, cum ſit conferenda poſt mortem patris. Sui nihil proprium habent, excepto caſtrenſi, vel quaſi caſtrenſi peculio, niſi dotem, aut donationem propter nuptias, quæ veluti alia dos eſt. Nam ſtatim atque dos conſtituta eſt filiæ a patre, abſcedit bonis patris, & fit non quaſi patrimonium, ſed verum & proprium patrimonium filiæ, quod neque avelli ei unquam poteſt a patre, nec deminui. Et eadem eſt ratio dotis adventitiæ, ut filiæfam. proprium ſit patrimonium, nec in ea vivus pater quicquam juris habeat, quod conſequentia probant. Nam ut profectitia dos poſt mortem patris, quod ſit proprium patrimonium filiæ, confertur fratribus ſuis, ita & adventitia. Ex eo etiam intelligimus (quod valde eſt notandum) ſuos, qui proprium aliquid habent, id omne ſuis conferre ſemper, excepto peculio caſtrenſi, vel quaſi. Sui igitur, qui habent quid proprium, id eſt, qui habent dotem, vel donationem propter nuptias, nihil enim aliud habere poſſunt extra peculium caſtrenſe, vel quaſi, id omne ſuis conferunt. Breviter hoc in prima parte vult lex, ut filia ſua heres fratribus ſuis æque heredibus, cum quibus ſuccedit patri ab inteſtato, vel reſciſſo teſtamento per bonorum poſſeſſ. contra tab. in medium conferat, non tantum profectitiam dotem, ſed etiam adventitiam, fratribus autem non ſuis, ut filio emancipato, filiafam. non confert dotem adventitiam. Erat hac in re, ut ſignificat *l.* 4. inter prudentes contentio, ſed tamen eam dirimit Imper. facta differentia inter ſuos heredes, & emancipatos, ut filiafam. ſuis fratribus conferat utramque dotem, fratribus emancipatis pro-

A fectitiam tantum, non adventitiam. Et ut ſtatim adferam rationem, nihil eſt obſcurius in hoc tractatu, quam explicatio rationis. Ratio perſpicua hæc videtur eſſe, ut filiafam. fratri emancipato non conferat dotem adventitiam, ne duplici incommodo afficiatur, concurſu fratris emancipati, qui ei abradit partem, cum jure civili ſuccederet in aſſem defuncto patri, jure ſummo, & præterea collatione dotis adventitiæ, in quo eſt æquitas evidens: rationes tuentur æquitatem, & eleganter Caſſiodorus in Rhetorica, rationem eſſe animam & medullam legum, quæ æquum bonum tuetur. Sic igitur dicamus iterum, filiamfamil. non conferre fratri emancipato adventitiam dotem, ne duplici incommodo adficiatur concurſu fratris emancipati, qui ei abradit partem, cum jure civili ſuccederet in aſſem, collatione do-

B tis adventitiæ. Confert tamen dotem profectitiam, in quo eſt etiam & duplex incommodum. Cur non habita ratione duplicis incommodi, vis filiamfam. ſuſtinere collationem dotis profectitiæ concurrente fratre emancipato? Quia ſcilicet dotem profectitiam, id eſt, quæ profecta eſt ex bonis paternis, æquius eſt confundi cum paternis bonis, unde profecta eſt, cum etiam morte filiæ ſoluto matrimonio, dos profectitia, licet penitus abſceſſerit bonis patris, ad ea tamen redeat: adventitia autem non redeat, ſed maneat apud maritum mortua filia in matrimonio, *l. 23. de evict. l. mulier*, *de cond. inſtit. & Ulp. lib. reg. tit. de dotib.* Ita ut inde poſſis duas conſtituere differentias inter dotem profectitiam, & adventitiam, quod illa facilius recurrat unde profecta eſt, & ſuæ origini reſtituatur: & quod adventitiam non con-

C ferat filiafamilias emancipatis fratribus. Recte hoc loco adnotaverunt Joannes & Azo, hodie neque ſuis, neque emancipatis fratribus conferri dotem adventitiam, quod generaliter conſtitutum ſit a Juſtiniano, bona adventitia non adquiri patri, & conſequenter non conferri, ſed præcipua retineri a liberis, qui ea adquiſierunt, niſi quantum attinet ad uſumfructum, quem ſolum patri reliquit Juſtinianus in bonis adventitiis. Hoc igitur approbant, dotem adventitiam, ut cetera bona adventitia non venire in collationem ex *l. ult. hoc tit.* Sed quæramus, cur ſui ſuis conferant, ut probavi jam ex *l.* 4. ſuum conferre dotem ſuis heredibus, ſuum heredem conferre donationem propter nuptias ſuis heredibus, & tamen emancipati emancipatis non conferunt in *l. 9. hoc tit.* Non explicatur ratio liquido, & quæcunque non

D eſt liquida ratio, non eſt ratio. Explicanda igitur eſt *l. 9.* Duæ ſunt ejus partes: prima illud diſtricte tradit, ceſſare collationem inter fratres emancipatos. Secunda pars oſtendit, emancipatum conferre bona propria fratri, qui remanſit in poteſtate patris, ſi nullum ſit teſtamentum, inquit, quia, ut heri oſtendi, & rurſus inculcavi hodie, ex teſtamento ceſſat collatio ſecundum jus, quod ſequimur, recitantes conſtitutiones hujus libri. Quod obtinuit ante Juſtiniani Novellam *de triente, & ſemiſſe*. Ergo ait, ſi nullum ſit teſtamentum: quia qui venit ex teſtamento nihil confert. Et adjicit, ſi etiam nullum ſit noviſſimum judicium patris, quod male Græci interpretantur de teſtamento imperfecto, quod tantum valet inter liberos, *l. hac conſultiſſ. §. ex imperfecto*, *inf. de teſt.* Quoniam lex ante dixerat nullum exſtare te-

E ſtamentum, neque perfectum igitur, neque imperfectum, quod jure ſubſiſtat, quoniam imperfectum, quod jure ſuſtinetur, pro perfecto inter liberos habetur, & ideo, quod ſubjicit noviſſimum judicium, ſi nullum exſtat, aliud quiddam eſt, quam imperfectum teſtamentum, nempe ſi codicillis factis ab inteſtato pater filio emancipato reliquerit partem ſuorum bonorum jure legati, aut fideicommiſſi. Nam in codicillis directo non ſcribitur heres, vix & exheres: Nam & ita, qui venit ex judicio defuncti, id eſt, qui meruit judicium defuncti, qui venit ex codicillis factis ab inteſtato, ex hoc noviſſimo patris judicio non patitur munus collationis, *l.* 1. §. *vel maxime*, *de coll. bon.* Hæc eſt ſententia *l. 9.* Et interim ex ejus initio diſcimus, emancipatum emancipato

non

non conferre. Cedo cur ſuus ſuo conferat, & emancipatus emancipato non conferat? Et placebit valde, ſi reſpondeas, eos tantum ſuos conferre, qui aliquid habent, dotem, vel donationem propter nuptias, quæ eſt alia quædam dos, & in iis, quæ propria habent ſui, emancipatorum jure cenſentur, patrisfam. jure cenſentur, ut ait *l. 2. ad S. C. Macedon. l. 15. §. ſervus, de caſtr. pecul.* Juriſconſultus ait, in caſtrenſi peculio, quod ei eſt proprium patrimonium, eum filiumfam. eſſe pro patrefam. Ergo ſuus in eo quodcunque habet proprium, ſive militare peculium ſit, ſive dos, aut donatio propter nuptias pro patrefam. pro filio emancipato habetur. Emancipatos autem ſuis conferre conſtat. Emancipati autem ideo emancipatis non conferunt, qui alter alteri nullum adfert incommodum, alter alteri nihil demit in concurſu ſucceſſionis paternæ, quia par eſt jus utriuſque, & conditio, nec plus juris in bonis paternis alter habet altero, ſicut ſuus plus juris habet in bonis paternis, quam emancipatus, aut is, qui pro emancipato habetur. De collatione dotis etiam notandum eſt quod habetur in *l. 5.* ſororem fratribus conferre dotem, fratribus, inquit, qui in poteſtate manſerunt, etiamſi dos data ſit marito, & necdum ei competat repetitio dotis, puta conſtante matrimonio. Ubi ſtatim quæres, qui poſſit conferri a muliere dos, quam non habet, quam a marito nondum repetiit, imo nec repetere poteſt conſtante matrimonio: lex docet, dotem conferri eo minus percipiendo ex bonis paternis, quod in idiotiſmo eſt, *raporter ou moins prenant.* Varie ſit collatio, ſit reipſa, id eſt, diviſione, ſit cautione defenſionis, ut in *l. 2.* ſit cautione collationis, id eſt, ſi reis, vel pignoribus caveat, ſe collaturum cui conferre debeat, *l. 1. §. jubet, & §. quamvis, de collat. bon. l. filium, §. videamus, de bon. poſſ. cont. tabul.* Fit etiam remiſſione, vel ut Græci loquuntur, παρὰ ποσῦ τὸν γύλευ, quod in Novellis male interpretatus eſt Haloander, id eſt, ſi tantum remittat ex bonis paternis, quantum debet conferre, ſi eo minus capiat ex bonis paternis. Et ita *l.* docet, dotem non repetitam a marito, mulierem conferre fratribus remiſſionis genere, id eſt, tantum remittendo ex bonis paternis, quantum in dote eſt, quod conferre debet. Quod genus collationis etiam comprobatur *l. 1. §. ſed etſi, cum, de bon. collat.* & qui locus non adnotatur, *l. cum poſt, §. pen. ff. de adminiſt. tut. & Novel. 97.* Quæ ut ibidem adnotavi, nonnihil derogat conſtitutioni *l. 5.* Reſtat tantum ex pollicito ut explicetur *l. 3.* quæ etiam de collatione dotis loquitur. Pater cum nuptui collocaret filiam, dotali inſtrumento pepigit, ut filia contenta dote eſſet, nec ad cetera paterna ullum haberet regreſſum poſt mortem ſuam, id eſt, ne ei ſuccederet jure legitimo, vel jure prætorio. Lex ait nullam eſſe pactionem, quæ impugnat jus publicum, quæ derogat liberis, & eripit legitimam, vel honorariam ſucceſſionem jure publico delatam, & nihilominus conferre dotem mulierem ſi velit ex æquo patri communi ab inteſtato cum fratribus ſuccedere. Hæc eſt ſententia *l. 3.* quæ ducta eſt ex reſponſis Papiniani, id eſt, ex *l. ult. de ſuis, & leg. her.* Quæ improbandæ hujus pactionis hanc rationem adfert, quod non oportet privatorum pactiones ll. auctoritate cenſeri, legem lege abrogari poſſe, legem privata conventione abrogari non poſſe: non habere legum auctoritatem privatam pactionem adverſus leges ipſas: habere tamen privatam conventionem legum auctoritatem adverſus privatam, quod ll. publicis juſtæ conventiones approbentur, & obſerventur, non habere legum auctoritatem adverſus leges ipſas. Non poſſe efficere igitur ut filiusf. non ſit heres patri legitimus. Neque obſtat, quod eſt in *l. ſi non mortis, de inoffic. teſtam. l. ſi quando §. & general. ſup. eod. tit. l. 1. §. ſi parens, ſi a parente quis manu.* quam hic perperam explicat Accurſius in hac *l. 3.* Nam eadem eſt ratio harum trium legum, ut recte donet aliquid pater filiæ inter vivos ea lege, ut id imputet in portionem legitimam, & ut recte donet filius parenti manumiſſori, ea lege, ut id imputet in portionem legitimam, ut ea donatione ſibi ſatisfactum putet. Rata eſt conventio, quamvis tacite hoc agatur, ne forte teſtamento exheredatus, agat querela inofficioſi teſtamenti, ſi ei ſufficiat quod donatum eſt inter vivos. Et tamen ſi expreſſim convenerit, aliqua re donata filio, ne forte exheredatus agat querela inofficioſi teſtamenti, nullum eſt pactum, quia impudenter ll. publicas impugnat, *d. l. ſi quando, §. illud.* Et eſt notiſſimum, frequentiſſime in jure expreſſa nocere, tacita non nocere. Et in judiciis ſæpe evenit, ut ita neceſſario diſtinctionem conſtituere debeamus inter ea, quæ tacite pugnant, cum ll. & ea, quæ palam improbant ll. Non eſt etiam exiſtimandum conventionem, de qua agitur in hac *l. 3.* ut filia contenta ſit dote, nec jure legitimo veniat ad bona patris, & jure eodem, quo venturi ſunt fratres valere jure civili, etiamſi juraverit filia, ſe ita facturam, ſe non venturam ad ſucceſſionem patris ab inteſtato, dotem ſibi abunde eſſe: Nam quod non poteſt fieri pacto, non poteſt etiam fieri jurejurando: hoc generaliter verum eſt. Non habet plus virium jusjurandum, quam pactum nudum, *l. juris gentium, §. & gen. de pact. l. ſi quis inquilinos, §. pen. & ult. de leg. 1. l. non dubium, ſup. de leg.* Ex pacto non naſcitur obligatio, hæc eſt regula juris. Ex pollicitatione non naſcitur obligatio, ex jurejurando etiam non naſcitur obligatio. Ergo non plus poteſt jusjurandum, quam pactum ad obligationis munus. Et contra, ubi ex pacto naſcitur obligatio, naſcitur etiam ex jurejurando. Denique eodem jure eſt jusjurandum & pactum: ut ſive convenerit libertus, ſive juraverit patrono ſe operas præſtaturum, ex conventione ſola, vel jurejurando, naſcitur obligatio, *l. 7. de oper. lib.* Ex lege Julia & Papia hæc pactio eſt legitima, & ideo parit obligationem jusjurandum legitimum, & tamen paulatim, quæ dicimus eſſe ex intimo jure civili abrogata ſunt. Primum conſtitutum eſt ex pacto licito, & jurejurando eſſe obligationem, & actionem. Ex pacto ſolo non eſt obligatio, vel actio, ſed ex pacto, quod eſt licitum, & jurejurando, quod ei adjectum eſt, competit actio, *l. ſi quis major, ſup. de tranſact.* Denique Pontifici placuit, ut ex pacto illicito, non omni quidem, ſed ex eo pacto, de quo agitur in hac *l. 3.* ut filia ſit contenta dote, nec ultra dotem deſideret inteſtato patri ſuccedere cum fratribus. Non igitur ex omni pacto illicito, ſed ex eo ſaltem, quod jure civili illicitum eſt, & jurejurando, ut ſit obligatio, & actio in *cap. quamvis, de pactis, lib. 6.* Aliud eſt genus pacti, de quo tractatur hoc loco, quod jure civili illicitum eſt, ut ſi convenerit inſtrumento dotali, ut præter dotem datam filiæ nomine, etiam filia ab inteſtato patri ex æquo ſuccederet cum aliis fratribus. Hæc etiam conventio improbata eſt in *l. 15. ſup. de pact.* Et ratio eadem redditur. Quia hæc pactio conſtringit libertatem faciendi teſtamenti, quam *lex 12. tab.* dedit civibus Romanis. Hæc conventio impugnat l. 12. tab. & tollit liberam teſtamenti factionem, dum vult non licere patri plus erogare uni ex liberis, quam alteri, vel non licere patri minus erogare filiæ, quam filiis. Lex poteſt tollere libertatem teſtandi, ut lex Voconia, lex Furia, lex Caninia, lex Falcidia, & pleræque aliæ leges teſtamentariæ, quæ coercent libertatem teſtandi, nec omnia licere teſtatori volunt. Privata autem conventio non poteſt adimere liberam teſtamenti factionem. Non debet privata conventio legum auctoritate cenſeri, ut poſſit, quod & ipſa lex poteſt. Capitis deminutio impedit, & adimit liberam teſtamenti factionem ex lege, non pactio privata adverſus legem, & officiis promerendæ ſunt hereditates, non pactionibus. Denique nullius de ſupremis judiciis eſt conſtrigenda libera voluntas. Et tamen idem accidit huic generi pactionis, quod priori, de quo in *l. 3.* nempe ut poſtea Imp. Leo hanc pactionem approbaret Nov. 19. etiam non adhibito jurejurando, ſi quis dote data filiæ, aut pro filia inſtrumento dotali caveat, ut etiam ſibi ſit ex æqua parte heres cum fratribus, ea pactio rata eſt auctore Leone, quia aliquatenus convenit juri publico, cum æqualitatem conſtituat inter fratres, ut ſcilicet filia, quemadmodum

dum jura volunt, patri ab inteſtato ex æquo ſuccedat cum fratribus. Et quia ſi improbetur ea pactio, datur occaſio perfidiæ, atque mendacii, d. lex 15. aperit perfidiæ feneſtram, ut contra quam promiſerit pater minus poſſit teſtamento filiæ relinquere, quam reliquerit inſtrumento dotali, & quod aliquatenus ea conventio eſt contra *l. 12. tabul.* eo quod minuit libertatem teſtandi, tolerabilius eſſe cenſet in hoc conflictu rationum ex utraque parte minui libertatem teſtandi contra *l. 12. tab.* quam minui æqualitatem, quam jura conſtituunt inter fratres ab inteſtato, & induci inæqualitatem, maxime contra id, quod cautum eſt ante dotali inſtrumento: ex iis duobus rationibus ſibi invicem repugnantibus, videtur ſibi ſumpſiſſe Leo, eam, quæ præponderavit, & ideo etiam magis hanc probavit. De collatione dotis habemus *l. 2. 3. 4. 5. & 7.* Sunt & plures aliæ in *hoc tit.* eadem de re, quarum hodie maximam partem expediam, ubi prius oſtendero, qui & quibus conferant. Quod quidem oſtendi nudius tertius, redditis veris rationibus & diſtinctionibus, ſed non addidi, quæ nunc additurus ſum, & ut facilius omnia teneant adoleſcentes, quibus præcipue ſtudeo, conſtituam veluti quatuor regulas. Prima regula hæc ſit: Liberi emancipati invicem non conferunt, cum ſimul veniunt ad bona inteſtati patris in *l. 9. h. t. l. 1. §. ult. l. 2. §. ſi tres, l. 3. §. quoties, ff. eod. tit.* Et non conferunt quidem inter ſe emancipati cetera bona propria, quæ habuerunt tempore mortis patris: quia in ſucceſſione paterna alter alteri non adfert incommodum, cum omnes eodem & pari jure vocentur. Dotem autem, & donationem propter nuptias profectam a patre ſane conferunt emancipati invicem, ne melioris conditionis ſint, quam ſui, qui invicem conferunt dotem, & donationem propter nuptias profectam ab eo parente, cui ſuccedunt, ut inferius declarabimus. Et ita emancipatos invicem conferre, ſicut ſuos, dotem, & donationem propter nuptias profectam a patre, cui ſuccedunt, oſtendit *l. ut liberis, hoc tit.* Quod & ita puto obtinuiſſe jure veteri, ne ſui, qui hæc conferunt invicem, deteriore conditione ſint, quam emancipati. Et in eo igitur *l. ut liberis* non eſt nova, & dicitur nova, ſive Novella conſtitutio in *l. quoniam, ſup. de inoff. teſtam.* hac tantum ratione, quod velit inter fratres, qui in poteſtate parentis, veluti matris, aut aviæ non fuerunt, nec eſſe potuerunt, ut inter eos ſit locus collationi dotis, vel donationis propter nuptias profectæ a matre, vel avia. Nam olim non erat locus collationi dotis, vel donationis propter nuptias, niſi inter eos, qui fuerant in poteſtate morientis, vel erant in ejuſdem poteſtate, etiam in ipſo mortis articulo. Valde novum eſt etiam, quod ad *d. l. ut liber.* adjecit Juſtin. in *l. penult. h. t.* ut non tantum inter fratres locum habeat collatio dotis, aut donationis propter nuptias profectæ ob eo, cui ſuccedunt ſimul, ſed etiam inter patruos, avunculos, amitas, materteras, & fratrum ſororumve filios igitur ex *l. pen. & d. l. ut liberis*, hæc duo noviter introducuntur: Nam olim non ſuſtinebant munus collationis niſi ſui, vel emancipati, non qui nec ſui, nec emancipati unquam fuiſſent a defuncto, quales ſunt filii matri, vel nepotes aviæ, & avo materno. Olim non fuit collatio inter alios, quam inter fratres, ſed hæc duo nova latius explicabuntur in *d. l. pen. & d. l. ut liberis*. Proponamus regulam ſecundam. Secunda regula hæc eſt: Liberi, qui parenti ſui heredes ſunt ab inteſtato, non ex teſtamento, niſi ex voluntate parentis expreſſa, vel præſumpta (quæ tamen hodie ſemper præſumitur ex *Novell.* 18. *de triente & ſemiſſe*) Ii, inquam, conferunt invicem dotes ſuas, & donationes propter nuptias jure veteri, tam adventitias, quam profectitias: quia qui ſunt in poteſtate, hæc ſola habent in proprio patrimonio, & in iis, quæ in proprio patrimonio habent, pro emancipatis, & patribusfamil. accipiuntur. Et quaſi emancipati igitur, ſive patresfam. ea inter ſe conferunt. Nam ut ante expedivi, emancipati invicem conferunt ſemper dotes, & donationes propter nuptias, quas acceperunt ab eo parente, de cujus ſucceſſione agitur. Jure autem novo ſui invicem, ſicut emancipati etiam invicem conferunt tam dotes profectitias, quam donationes propter nuptias ex nova Juſtiniani conſtitutione *l. ult.* quia profectitia bona, vel etiam profectitiæ dotes, aut donationes propter nuptias, licet ſint in proprio patrimonio liberorum, non in quaſi proprio patrimonio, ſed vere in patrimonio filiorum, non fictitie, tamen & dicuntur dotes, ſive donationes propter nuptias eſſe communes patris & filiorum. Denique ita ſunt propria, ſive proprii patrimonii, ut in earum communionem etiam veniat pater jure poteſtatis, & proprietatis, *l. 3. ſolut. matrim.* Qui tamen hodie nihil habet juris, quod ad proprietatem attinet in dote, vel donatione propter nuptias. Denique dos, vel donatio propter nuptias adventitia, & quidquid adventitium eſt, id eſt, quod aliunde, quam ex parte patris obvenit filiis, id nulla ex parte pertinet ad patrem proprietatis jure. Non igitur eſt commune filii & patris. Nam commune cum dicimus, proprietatem commune ſemper dicimus. Nec enim ulla eſt communio inter proprietatis & uſusfructus dominium. Sunt enim ſeparata dominia, dominium proprietatis, & dominium uſusfructus. Tertia poſitio hæc eſt: Sui emancipatis & veteri & novo jure conferunt duntaxat profectitiam dotem, vel donationem propter nuptias, *l. 4. & ult. hoc tit.* Hanc ſui conferunt emancipatis, quia æquius videtur eſſe, ut mortuo patre, a quo hæc ſunt profecta, & collata filiis per cauſam nuptiarum, ſuæ origini reddantur, & confundantur cum bonis paternis inter eos, qui permixtim ad bona paterna vocantur. Adventitiam autem dotem ſui emancipatis non conferunt, nec veteri jure, ne, ut dixi nudius tertius, adficiantur duplici incommodo, collatione dotis adventitiæ, quam bonis paternis acceptam non ferunt, & concurſu fratrum emancipatorum. Ultima poſitio hæc eſt. Emancipati ſuis conferunt non tantum donationem propter nuptias profectitiam, ſed etiam omnia bona propria, quæ habuerunt mortis tempore patris communis. Igitur emancipati concurrentes cum ſuis gravius onerantur, quam nulli alii. Et hæc ſententia ultima utique vera, etiamſi filii ſui ſint impuberes, qui negentur ex filiis eſſe defuncti, dummodo acceperint bon. poſſeſ. Carbonianam. Nam & his interim confertur, quaſi interim præſumantur eſſe filii, donec poſt pubertatem res diligentius diſceptetur, *l. penult. de Carbon. ed.* Item emancipati non tantum conferunt fratribus, qui fuerunt in poteſtate morientis patris, ſed etiam poſtumis, qui tamen in poteſtate futuri erant, ſi vivo patre nati eſſent in *l. 11. hoc tit.* Nondum natis non conferunt, ſed natis poſt mortem patris. Non poſſunt conferre nondum natis, quia nondum venerunt in hereditatem, nondum admiſerunt bon. poſſ. *l. ult. de collat. bon.* Item emancipati conferunt non tantum fratrib. ſuis, qui in poteſtate remanſerunt, ſed etiam filiis ſuis, quos pater defunctus retinuit in poteſtate emancipato filio. Quemadmodum ſæpe fit, ut pater emancipet filium, & nepotem ex eo retineat in familia. Atque ita emancipati non tantum fratribus, ſed etiam filiis, qui in familia remanſerunt, conferunt univerſa ſua bona propria ex edicto novo, quod edictum Julianum dicitur, id eſt, edictum de conjungendis cum emancipato liberis, *l. 1. hoc tit, l. 6. ſi tab. teſtam.* Et notandum præterea, collationis onus, atque etiam commodum tranſire in heredes, id eſt, heres filii emancipati debet conferre, ſi filii emancipati hereditatem adquiſierit, ea, quæ defunctus contuliſſet: ſive, filius filii emancipati, ad quem tranſmiſſa eſt filii emancipati ſucceſſio, confert ea, quæ pater conferre debuit. Ac ſimpliciter heredi ejus, cui conferri debuit, confertur, ut amita dotem confert filio fratris ſui, quam debuit conferre fratri in *l. 14. hoc tit. l. 1. §. ibid. l. 2. in prin. D. eod.* Ac poſtremo etiam notandum eſt, in hoc propoſito emancipatos nos dicere quocumque modo emancipatos, ex *l. 18.* Triplex eſt emancipatio, Legitima, Anaſtaſiana, & Juſtiniana. Legitima emancipatio fit ſolemniter conceptis verbis per imaginarias

venditiones, ut Inſtit. docent. Anaſtaſiana fit ex reſcripto Principis. Juſtiniana fit apud quemcunque magiſtratum competentem, ſine reſcripto principis, apud quem pater profiteatur ſuum filium ſui juris eſſe velle, & poteſtatis ſuæ, *l. pen. & ult. inf. de emancip. liber.* Nunc cum *l.* 18. *h. t.* dicat nihil referre, utrum quis ſit emancipatus ſolemniter ex l. 12. tabul. an conſtitutione Anaſtaſii, licet nobis addere, an ex conſtitutione Juſtiniani. Denique quocunque modo emancipati ſint liberi, onus collationis ſuſtinent, concurrunt in hereditatem paternam cum fratribus ſuis: & munus collationis omnium bonorum propriorum in modum dotis, aut donationis propter nuptias profectitiæ. Ex iis certo & abſolute tenemus, qui & quibus conferant, & quæ etiam conferantur. Nunc ut initio pollicitus ſum, expediam maximam partem ceterarum legum, quæ ſunt in hoc titulo, De collatione dotis ſumo *l.* 8. cujus hæc eſt ſpecies. Soror in diviſione bonorum paternorum ab inteſtato ſefellit fratres, quia pro ſua parte tulit plus ex bonis paternis, quam bonum eſſet & æquum, & non contulit dotem, quam accepit a patre, & habuit tempore mortis patris, quid fiet? quemadmodum hanc fraudem corrigemus poſt perfectam diviſionem? Aut diviſio bonorum fit a patre ipſo, aut a fratribus ex conventione, ex communi placito, aut ab arbitro famil. erciſc. *l. ſi cogitatione, ſup. eod. tit.* ſi fiat a patre inter vivos quaſi ſupremo judicio, ut *l.* 20. *§. ſi pater, fam. erciſc.* vel ſi fiat a patre codicillis factis ab inteſtato, ut ſi, exempli gratia, inter filium & filiam, & filio amplius relinquat, quam filiæ, nec bona inter eos ex æquo partiatur, rata eſt & pia nihilominus diviſio a patre facta, & per eam videtur excluſiſſe collationem & diviſionem dotis, quam dederat pro filia, ſi modo nihil indiviſum reliquerit, ut in *l. ex parte, §. inteſtato, fam. erciſ.* Nihil indiviſum reliquit ex bonis, quæ habuit, dos abſceſſerat bonis paternis, & filiæ minus reliquit in ea diviſione, quod pro ea dediſſet dotem, videtur excluſiſſe collationem dotis, maxime, ut dixi, ſi nihil indiviſum reliquerit. Nam ſi aliquid indiviſum reliquit, & filia velit ab inteſtato venire in partem ejus, quod pater indiviſum reliquit, proculdubio compelletur in medium conferre dotem. Et ita explicandus eſt *d. §. inteſtato.* Si diviſio facta ſit ex communi placito fratrum, remotis arbitris; & hæc quoque diviſio rata eſt, & pia, & ut ait *l. ult. D. famil. erciſ.* Fratres, qui remoto arbitro inter ſe partiuntur bona paterna, funguntur officio pietatis, quo æque fungitur pater, cum omnia bona ſua partitur inter filios. Et ita *D. Ambroſius* 5. de fide, *bona pietas*, inquit, *refugit arbitros etiam in diviſione patrimonii.* Quod ſi diviſione facta inter fratres ſine arbitris ex conventione, ex prrmutatione, omnis enim diviſio fit per permutationem partium mutuam: Si, inquam, in ea diviſione aliquis circumſcriptus eſſet, ut in ſpecie *l.*8. quam propoſui, non ſervata æqualitate, non collata dote in medium, etiam ſi is, qui circumſcriptus eſt, ſit major 25. ann. natu, tamen hanc fraudem emendari convenit poſt diviſionem, accerſito arbitro famil. erciſc. nam in bonæ fidei contractibus & judiciis hoc eſt ratum; etiam majoribus circumſcriptis vel in re, vel dolo adverſarii ſubveniri in *l.* 3. *ſup. comm. utr. jud. l.* 3. *ſup. quibus ex cauſ. major. l. jure, §. ult. de jure dot.* Idemque fiet, ſi ab arbitro famil. erciſc. diviſio facta ſit perperam, id eſt, inæqualiter, quod eſt tertium genus diviſionis, nam & hæc diviſio, ut indicat *l.* 8. corrigitur iterato arbitrio familiæ erciſcundæ. Namque iterari poteſt cauſa cognita, quæ rem in integrum reſtitui poſtulet, *l.* 20. *§. familiæ, ff. famil. erciſc.* Et præterea obſervandum eſt quod ait *l.* 8. reformata diviſione, & retractata, ſororem, quæ dotem in medium non contulerit, per arbitrum familiæ erciſc. conferre compelli, quod etiam eſt proditum in *l.* 1. *de collat. dot.* Quomodo compelletur per arbitrum, qui juriſdictionem nullam habet? Eſt enim arbiter famil. erciſc. judex delegatus, qui notionem tantum habet non juriſdictionem, quia ſcilicet ſi non pareat arbitrio, quo jubetur conferre dotem,

A nihil conſequetur per arbitrum famil. erciſ. *l.* 16. *hoc tit.* Et hoc eſt, quod dicitur ſæpe in hoc tit. non parato conferre denegari actiones hereditarias, *l.* 11. 12. & 16. atque actionum, quæ heredibus dari, & competere ſolent, ei auferri omne emolumentum, quod ait *l.* 1. *§. ſi cum duob. ff. hoc tit.* Et ut tranſeamus ad *l.* 12. Ea lex illo præmiſſo, quod ante retuli, filiæ ſuæ fratribus æque ſuis heredibus non offerenti collationem dotis, denegari actiones hereditarias, ſubjicit: ut ex ſua parte ea ſoror conferre cogitur dotem, ita etiam fratres ejus, qui in poteſtate patris manſerunt, peculium paganum, quod habuerunt moriente patre, non retinere præcipuum, quia & morte patris deſinit eſſe peculium, & hereditati paternæ adglutinatur, ac proinde res ex eo peculio, ut ait *l.* 12. quæ in eadem cauſa duraverunt, id eſt, quæ

B venditæ non ſunt, aut permutatæ a filio vivo patre, venire in judicium fam. erciſ. quaſi paternas, deducto tamen eo, quod ex cauſa peculii debetur extraneo in *l. certum, ſup. fam. erciſc. l. empt. §. ult. de rei vind.* Hæ res igitur in communionem veniunt, non ut collatitiæ: Nec enim ut propriæ conferuntur, ſed ut paternæ, morte patris exſtincto peculio filii, quia & vivo patre non fuere in patrimonio filii, ſed in quaſi patrimonio. Ergo ne dicas conferri peculium paganum, ſed venire in judicium famil. erciſ. deducto ære alieno. Et ita etiam filius emancipatus confert bona propria deducto ære alieno, in *l. 6. h. t.* Confert, ut Græci ajunt *καθαρὰν οὐσίαν*, id eſt, *puram ſubſtantiam*, deducto onere & ære alieno, quam adquiſierant filii emancipati ante mortem patris, & habuerunt tempore mortis patris. Nam neceſſe eſt

C etiam, ut in eadem cauſa duraverint: quæ enim filii emancipati vivo patre amiſerunt, ea conferre non tenentur, ſed ut dixi, quæ adquiſiverunt ante mortem patris, & habuerunt moriente patre, niſi forte quid alienaverint, aut dolo malo diſſipaverint in fraudem fratrum, ut oſtendit *l.* 1. *§. confertur, de coll. bon.* Et addit *l.* 12. peculium tamen caſtrenſe, quod a me dictum eſt ſæpius, neque conferri, neque venire in judicium famil. erciſ. Non venire equos, ſive animalia, non venire arma, quæ proficiſcenti ad militiam donavit pater, ſed venire prædia in judicium famil. erciſ. quæ donavit pater: Nam ea non poſſunt videri donata intuitu militiæ, ea tantum bona, quæ profecta ſunt a patre, deputari in caſtrenſi peculio poſſunt, quæ ſunt mobilia, vel moventia, non immobilia, quoniam dandi prædii filio proficiſcen-

D ti ad militiam nulla eſt cauſa militiæ, quæ impellat patremfam. nulla neceſſitas. Et ea tantum immobilia ſunt in caſtrenſi peculio, quæ filiusfamil. forte miles comparavit ex annonis militaribus, vel tulit ex emerito, vel etiam, quæ tulit ex cauſa commilitii, id eſt, ex cauſa collegii Caſtrenſis, *l.* 4. *ſup. famil. erciſc.* Cujus ſententia ita explicata eſt. Et quod dicitur de caſtrenſi peculio in *l.* 12. id etiam notum eſt pertinere ad quaſi caſtrenſe peculium. Sed addamus idem etiam hodie obtinere in adventitio peculio pagano, ex *l. ult. h. t.* ut neque conferatur, neque veniat in judicium famil. erciſc. niſi (quod notandum eſt) ratione uſusfructus adventitiorum bonorum, qui ſolus pertinet ad patrem ex conſtitutione Juſtinjani, & pro rata temporis, & pro rata ejus anni, quo pater eſt mortuus. Uſusfructus, qui patri debeba-

E tur, conferri debet fratribus, non item fructus futuri temporis. Nam ſtatim a morte patris uſusfructus eorum bonorum proprietati conſolidatur, & filius bona adventitia incipit habere pleno jure, ut ex eis poſtea, neque ex proprietate, neque ex uſufructu quidquam conferri debeat fratribus. Satis igitur eſt, ſi fratribus conferat pro rata ejus anni, quo pertinuit uſusfructus ad patrem, pro rata trium menſium, ſi pater ejus anni tertio menſe, aut fine tertii menſis mortuus ſit: ceterorum menſium fructus retineat filius ſuo jure, conſolidationis jure. Nam & uſusfructus ad eum recurrit morte patris. Et quidquid redit ad filium morte patris alio jure, quam inteſtatæ ſucceſſionis, quaſi quæſitum poſt mortem patris, in collationem & diviſionem non venit, *l.* 15. *hoc tit.* Non

venit

venit in divisionem, quod adquisivit post mortem patris, *l. 15.* Nam & quod pater ei reliquit ex testamento, vel codicillis ut præcipuum, id etiam non confert, quia post mortem adquiritur ei, *l. 12.* Et licet conferat cetera bona propria filius emancipatus, tamen quod ei est relictum præcipui titulo, vel profectitium peculium, codicillis ab intestato factis, non confert. Nam quid est aliud præcipuum, quam quod non confertur, nec est commune cum fratribus, quæ omnia nescio, an liquido intelligantur. Et hoc titul. explicandæ tantum restant leges quatuor. Duæ de donatione simplici, *l. si donatione, & l. pen.* Et an conferenda sit donatio simplex, quæ & donatio directa dicitur in *l. donatio, inf. de donat.* Aliæ autem duæ leges sunt de collatione dotis, & donationis propter nuptias, quas quod sint proximæ, & conjunctæ iis, quæ eadem de re heri tractavi, ne ejus rei seriem interrumpam, debeo, ut mihi videtur exponere priore loco, *l. ut liber. & l. antep.* In *l. ut liberis* hoc primum constituitur, ut in dividendis bonis patris ab intestato, filia sua, vel emancipata, fratri suo, vel emancipato conferat dotem pro se a patre datam, vel promissam nurui, vel ipsi filio, ut mox eam conferat in nurum uxorem suam, & exemplo filiorum, ut idem servent ceteri liberi in dividendis bonis avi, vel proavi paterni. Et ita fit, ut emancipati invicem, & sui quoque invicem conferant dotes suas, vel donationes propter nuptias, quas acceperunt a patre, vel avo, aut proavo paterno, in cujus bona veniunt ab intestato, quod etiam jure antiquo obtinuit, ut heri ostendi. Neque in hac parte est nova constitutio *l. ut liberis*. Nova tantum est in eo, quod sequitur, ut in dividendis bonis maternis ab intestato filia conferat fratribus, vel sororibus dotem a matre datam, vel promissam, & filius conferat donationem propter nuptias a matre datam, vel promissam filio, vel nurui. Quod confirmat etiam *l. quoniam, sup. de inoffic. testam.* in qua hæc *lex ut liberis* dicitur esse Novella constitutio. Novella, scilicet hac in re, quod ex ea sit locus collationi dotis, & donationis propter nuptias, non tantum si agatur de successione patris, avi, aut proavi paterni, in quorum potestate sunt liberi, vel e quorum potestate exierunt per emancipationem, sed etiam si agatur de successione matris, avi, aut proavi materni, qui nullam in liberis potestatem habent, aut possunt habere; quod postremum nunquam antea obtinuit. Et tantum abest, ut olim fuerit collatio inter cognatos transversi ordinis, succedentes defuncto cognato, vel directo ordine inter parentes, succedentes liberis, ut recte Baldus notat in *l. 9. h. tit.* ut nec inter liberos fuerit collatio, nisi suos, vel emancipatos, quos discriminat ratio potestatis, eo quod jure civili potiora jura habent in successione, quam emancipati. Quod quidem discrimen nullum exstat inter eos liberos, qui veniunt ad bona matris, vel avi, aut proavi materni. Et tamen inter eos Novella constitutio *l. ut liberis* collationem inducit dotis, & donationis propter nuptias profectæ a matre, avo, aut proavo materno, cui succedunt ab intestato. Non est nova constitutio in eo, quod proposui initio, ut sit inter suos, & emancipatos collatio dotis, vel donationis propter nuptias, quam promeruerunt ab eo parente, in cujus bona pariter succedunt: nam & idem olim obtinuit. Non est etiam nova constitutio (& hæc dum persequar, interim adnoto quæcunque in hac lege continentur) in eo quod dat collationem dotis, & donationis propter nuptias profectitiæ inter liberos rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti, id est, per aliquem ex liberis, qui exheredatus sit, atque ita re deducta ad causam intestatæ successionis. Nam & idem olim obtinuit in totum rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti omnibus venientibus ab intestato in bona defuncti parentis, non etiam rescisso testamento pro parte tantum. Nam si testamentum sit per querelam rescissum pro parte tantum, veluti filio instituto pro parte, & alio exheredato, quo genere ex post facto qui testatus de-

A cessit in totum, fit pro parte testatus, & pro parte intestatus: quia querela rescindit tantum testamentum pro parte, id est, exheredatus tantum aufert semissem bonorum, & instituto fratri semissem relinquit. Hoc enim casu inter eos non est collatio, quia diverso jure veniunt, unus jure testati, alter jure intestati. Inter eos, qui tam diverso jure veniunt non est collatio, sed inter eos, qui eodem jure veniunt, aut venire possunt, *l. 6. & 7. de colla. dot.* Quæ ex contrario ostendit, si veniant omnes eodem jure rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti, collationem dari. Ne dicas etiam ex hac lege, emancipatos emancipatis conferre alia bona, quam dotem, vel donationem propter nuptias, profectam ab eo parente, cui succedunt. Cetera enim bona adventitia invicem non conferunt, ut in B *l. 9. hoc tit. l. 1. §. ult. l. 2. §. si tres, l. 3. §. quoties, D. h. tit.* Ne dicas etiam ex hac lege suos emancipatis dotem adventitiam conferre. Nam lex loquitur tantum de dote profectitia. Et suos emancipatis non conferre dotem adventitiam, constat ex *l. 4. hoc tit.* Ne dicas etiam in fine hujus l. emancipatos tantum conferre ea, quæ parens, de cujus bonis agitur, iis donavit post emancipationem, vel in ipsa emancipatione. Nam dum hæc lex in fine ait, conferri donationem simplicem collatam in filium emancipatum, non ideo excludit ceterorum bonorum emancipati propriorum collationem. Denique sic statuendum est, emancipatos conferre non tantum donationem simplicem profectam a parente manumissore, sed etiam omnia bona, quæ adquisierunt post emancipationem, & habuerunt tempore mortis parenC tis. Et postremo serva, hanc legem dare collationem tantum inter liberos suos, & liberos emancipatos, inter suos, & emancipatos, & inter liberos neque suos, neque emancipatos, puta venientes ad successionem matris, vel avi, vel proavi materni, qui eorum non sunt sui heredes, & a quibus emancipati non fuerunt, nec emancipari potuerunt. Ne dicas legem dare collationem inter patruos, amitas, materteras, & filios fratrum sororumve, qua de re non est *l. ut liberis*, sed *l. antepen.* ad quam jam tempus est ut veniamus: nihil enim præterea est in *l. ut liberis*. L. antepenult. quod valde novum est, dat collationem inter agnatos ex transverso, quæ tantum olim fuit ex directo limite inter liberos, nempe dat collationem inter patruos, amitas, avunculos, materteras, & filios fratrum sororumve, non omD nium bonorum propriorum, sed dotis tantum, vel donationis propter nuptias profectæ ab eo parente, in cujus bona pariter succedunt. Sed hoc omne exponamus clarius & diligentius. Sciendum est in primis, nepotes ex filio jam mortuo avo paterno succedere, & civili & prætorio jure, cum patruis, vel amitis, & ferre unam tantum partem, licet plures sint nepotes ex filio præmortuo, id est, eam tantum partem ferre, quam pater eorum tulisset, si superstes adhuc fuisset, quod est succedere in stirpem; & consequenter conferre dotem, vel donationem propter nuptias, quam pater eorum contulisset, in cujus locum succedunt, & subintrant jure repræsentationis, quod vulgo dicitur in §. *cum igitur, Instit. de hered. quæ ab intest. defer. l. 3. inf. de suis & legit. hered. l. in adopt. §. ult. de bon. poss. cont. tab.* E *l. si nepotes, de collat. bon.* Ergo in nepotibus ex filio præmortuo, qui avo paterno succedunt, nullus est labor, consentientibus in unum omnibus juribus: ut scilicet nepotes ferant partem patris integram & incolumem, cum eodem onere collationis, quod eorum pater, si vixisset, sustinuisset cum fratribus, veniens in bona paterna. In nepotibus ex filia, vel filio, qui succedunt avo materno, vel aviæ maternæ est labor aliquis. Nam ii non ferunt concurrentes cum patruis, amitis, avunculis, materteris, integram eam partem, quam accepisset pater eorum, aut mater, sed cum deminutione tertiæ partis ex constitutionibus: quia & jure civili non vocantur, cum sint cognati, non agnati. Ex constitutionibus vocantur cum patruis, amitis, avunculis, materteris ad

bona avi, vel aviæ maternæ ſub hac lege, ut partem, quam pater eorum, qui præmortuus eſt, aut mater accepiſſet, non habeant integram & incolumem, ſed detrahatur ex ea tertia portio, quæ adcreſcat patruis, amitis, avunculis, materteris, in *§. ult. Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. defer. l. ſi defunctus, inf. de ſuis & legit. hered.* Licet hodie ex *Nov. 18. de triente & ſemiſſe*, & *Nov. 118.* non detrahatur ulla portio, nec fiat deminutio tertiæ partis: Namque ex eis Novellis ſervatur ejus parentis præmortui, cujus vicem repræſentant, portio, quam parens accepiſſet, integra & incolumis. Et hoc de ratione ſuccedendi, qua expoſita ſtatim tranſit *l. antepen.* ad quæſtionem, quam potiſſimum ſpectabat de collatione dotis, vel donationis propter nuptias facienda inter patruum, amitam, avunculum, materteram, & filios fratrum ſororumve. Et quæritur, an patrui, vel avunculi, vel amitæ, aut materteræ debeant conferre dotem, vel donationem propter nuptias a defuncto pro ſe datam, aut promiſſam, in cujus bona pariter ſuccedunt. Et ſimiliter, an patrui, amitæ, avunculi, & materteræ debeant conferre filiis fratrum ſororumve in medium dotem a parente, cui pariter ſuccedunt, datam, vel promiſſam. Et contra, an etiam filii fratrum ſororumve debeant conferre dotem datam, vel promiſſam, vel donationem propter nuptias pro patre, aut matre, cujus vicem repræſentant. Hæc eſt quæſtio *l. antepenult.* Patrui primum dicebant, eos non alligari collationi, concurrentibus filiis fratrum, ſororumve, non etiam fratribus vel ſororibus, quod collatio nunquam fuerit data, niſi inter liberos, non inter cognatos a latere: neminem onerari collatione ſine lege ſpeciali, quod notandum. Non potes imponere, vel indicere collationis munus aliis, quam quibus lex indixit. Sic plane patrui non cogebantur conferre, vel amitæ, aut avunculi, aut materteræ. Poſſet quis tentare ex *l. 14. hoc tit.* ut Accurſius tentat, etiam olim patruum, vel amitam contuliſſe dotem, vel donationem propter nuptias filiis fratrum. Nam in ſpecie h. l. amita proculdubio confert dotem filio fratris; ſed in ſpecie longe diſſimili & ſejuncta ab ea, quæ tractatur in *h. l.* Nam in *l. 14.* (de qua heri nonnihil dixi) filius fratris amitam conferri ſibi dotem deſiderat jure hereditario, quia heres extitit patri, cui amita conferre debuit antequam moreretur. In hac ſpecie quæritur, an filius fratris ſuo jure, ut filius fratris, non ut heres patris ſui, poſſit a patruo, vel amita deſiderare, vel avunculo, vel matertera collationem dotis, vel donationem propter nuptias, quod ſane non poteſt, aut non potuit unquam ante hanc legem antep. Et ita patrui juſta ratione defugiebant munus collationis concurrentibus non fratribus, non ſororibus, ſed filiis fratrum ſororumve. Ex diverſo nepotes etiam dicebant dotem, vel donationem datam patri eorum, in cujus locum ſuccedunt, & partem cum deminutione trientis, non debere eam conferre patruis, vel amitis, vel avunculis, aut materteris, quia dicebant, unam tantum eſſe legem, quaſi ſcilicet hæc omnia pendeant ex jure poſititio, non ex interpretationibus noſtris. Eam eſſe *l. nepotes, C. Th. de legit. her.* ut nepotes ex filia venientes cum avunculis ad ſucceſſionem avi materni conferant dotem avunculis, quam matri eorum avus dederat. Lex loquitur de avunculis tantum. Ergo inquiebant nepotes, avunculis tantum conferemus dotem, vel donationem propter nuptias datam patri noſtro, in cujus vicem & partem venimus, non patruis, amitis, aut materteris, quia lex loquitur tantum de avunculis, & avunculorum nomen nunquam legitur porrigi ad patruos, amitas, vel materteras. Et hi igitur juſta ratione defugiebant munus collationis, concurrentibus patruis, amitis, materteris, non avunculis. Nec negat Juſtinianus, quin juſta ratione nitantur utrique, ſed vult, ut deinceps etiam inter patruos, avunculos, amitas, materteras, ſit collatio dotis, vel donationis propter nuptias datæ pro patruis, amitis, materteris, vel datæ pro patre, vel matre eorum nepotum. Denique etiam ex tranſverſo eſſe collationem dotis, aut donationis propter nuptias,

A non inter quoſcunque cognatos ex tranſverſo, ſed inter patruos tantum, & filios fratrum & ſororum, interque amitas, avunculos, materteras. Lex non loquitur de dote data filiis fratrum vel ſororum, ſed de dote data patri, vel matri eorum, ut eam conferant, quam etiam pater & mater contuliſſet, ſi in ea bona veniſſent, id eſt, ſi vixiſſent. Quid autem ſtatuemus de dote iis nepotibus data ab avo, vel avia materna, vel pro iis data, vel promiſſa dote, vel donatione propter nuptias? Et veriſſimum eſt, quod reſpondet Accurſius ex *l. 1. §. ult. de conjung. cum eman. lib.* cui addenda eſt *l. 1. §. ſed etſi cum, de collat. dot.* cum veniunt filii fratrum vel ſororum cum patruis, amitis, avunculis, aut materteris in bona avi, vel aviæ maternæ, dotem eorum nomine datam, vel promiſſam eos invicem conferre, non etiam patruis: dotem
B tamen datam, vel promiſſam patri eorum, cujus vicem repræſentant, eos conferre non invicem, ſed ſolis patruis. Et hic eſt finis de collatione dotis, vel donationis propter nuptias. De collatione donationis ſimplicis breviter ſtatuamus quid juris ſit. Ex *l. ſi don. & l. pen.* ita diſtinguendum eſt, aut agitur de bonis matris, aut avi, aut proavi materni: aut de bonis patris, avi, aut proavi paterni: Si agatur de bonis & ſucceſſione matris, avi, aut proavi materni, liberi acceptam donationem ſimplicem a matre, avo, aut proavo materno non conferunt, nec ulla bona propria, in quibus eſt etiam donatio illa ſimplex atque directa. Cur eam non conferunt? Quia nulla alia bona conferunt præter dotem, & donationem propter nuptias ab eo parente profectam, cui ſuccedunt. Donationem ſimplicem non conferunt, exceptis duo-
C bus caſibus, ſi mater, avus, aut proavus maternus donationi hanc legem dixerit, ut conferretur in *l. pen. in fine.* Alter caſus ponitur etiam in *d. l. pen.* Si ſint plures liberi, qui veniant in ſucceſſionem matris, avi, aut proavi materni, quorum quidam acceperunt dotem, vel donationem propter nuptias: quidam donationem tantum ſimplicem: Nam propter illos, qui conferunt dotem, & donationem propter nuptias æqualitatis tuendæ cauſa, etiam ceteri, qui acceperunt tantum donationem ſimplicem, eam conferre compelluntur. Ceteroquin donatio ſimplex non confertur, cum agitur de eorum parentum hereditate, atque etiam non imputatur in legitimam portionem iis, qui ad querelam inofficioſi teſtamenti veniunt, niſi eadem lex donationi dicta ſit, ut donationem illam ſimplicem imputarent in legitimam
D portionem, *l. ſi non mortis, D. de inoff. teſtam. l. ſi quando, §. & generaliter, ſup. eod.* Ex *d. l. ſi donatione*, donatio ſimplex confertur & imputatur in legitimam, ſi ea ſit lex donationis. Altero vero caſu, quo donatio ſimplex confertur æqualitatis tuendæ cauſa inter liberos, non imputatur etiam in legitimam, quia hoc non eſt expreſſum. Et ſervanda eſt perpetuo cautio *l. pen.* ut nihil liberis imputetur in legitimam, niſi quod legibus expreſſum cavetur ut imputetur, ut illo ſecundo caſu, quem expoſui. Lex pen. quidem vult donationem ſimplicem conferri, ſed non adjicit, etiam imputari in legitimam. Ergo nec imputatur in legitimam: & quod omiſit lex, pro omiſſo habetur, nec ſuppletur commentationibus noſtris, vel argumentationibus. Res enim non eſt parvi momenti, imputare aliquid in legitimam, vel non, quod temere ad-
E mitti, vel denegari debeat citra legem expreſſam. Et inde colligit Juſtinianus ea, quæ conferuntur in medium, non ſemper etiam imputari in legitimam, ut in illo caſu. Et ſi vis hoc evidentius cernere, emancipati conferunt bona propria, tamen ea non imputantur in legitimam. Ergo quod confertur, non continuo imputatur in legitimam, niſi conſtitutio aliqua hoc dixerit. At contra regula eſt certiſſima, ea, quæ computantur in legitimam, omnia etiam venire in collationem. Et ut ea breviter percenſeam, quibus caveto, ne ulla alia adjicias inconſulto. Quæ imputantur in legitimam hæc ſunt: Donatio ſimplex, ſi ea lex dicta ſit donationi, ut imputaretur in legitimam, ut id ante probavi, alioquin donatio ſimplex non imputatur in legitimam. Cur? quia vivo parente,

rente, qui fecit eam donationem, ea donatio abscessit bonis ejus, & liberis ejus debetur portio legitima tantum ex bonis, quæ morientis fuerunt, *l. cum quæritur, sup. de inoff. testam.* Non ergo ex bonis, quæ donata liberis jure, vel extraneo. Qua ratione etiam olim dos, & donatio propter nuptias non imputabatur in legitimam, quia statim atque profecta est, separatur a bonis patris, & legitima tantum debetur liberis ex bonis, quæ manserunt patris, usque in diem mortis. Qua ratione utitur *lex* 1. *C. Gregor. de inoff. testam.* Sed hoc correctum est. Nam hodie dos, & donatio propter nuptias imputatur in legitimam. Cur? Nam est reddenda ratio correctionis, quia hoc fit justa præsumptione: Legislatoris enim est inducere præsumptionem, quasi scilicet præsumatur semper pater dare dotem, vel donationem propter nuptias hac contemplatione, ut id cedat in legitimam, & quasi mortis causa, *l.* 3. §. *ult. de bon. lib.* Hic est color novi juris, quo placet dotem, vel donationem propter nuptias imputari in legitimam: & constat etiam illud imputari hereditatem in legitimam, id est, ea, quæ capiuntur jure hereditario in bonis defuncti, aut ea, quæ capiuntur legati jure, aut fideicommissi, aut mortis causa donationis. Ac præterea, ut docet *lex penult.* & *l. omnimodo, sup. de inoffic. testam.* etiam imputari casum militiæ paterna pecunia filio comparatæ. Nomine militiæ significatur officium Palatinum, quod quis exercet in Palatio principis, veluti officium adjutoris quæstoris. Et hæc officia militiæ poterant vendi jure fisci, & jure licito. Officium adjutoris quæstoris, quod militiæ nomine continetur (in idiotismo *offiee de chauffecire*) distrahi potest, & transmittitur in heredem quemcunque. Sic etiam hæ militiæ distrahi poterant, & transmitti in heredem. Ac præterea moriente milite casus militiæ debebatur heredibus ejus (in idiotismo dicitur *le cas vacant*) ex casu mortis militis obveniebat aliquid lucri heredibus ex communi placito scholæ, universique officii: obveniebat cum commodis & lucris, quod appellatur casus militiæ; Gallice *le vacant*. Nulla est militia, quæ dicta sit ex casu. Et obscurus est labor Lælii Taurelli, qui scripsit librum de militiis ex casu, in quo multo sudore quærit, quæ sint militiæ ex casu, eum nullo loco hæc appellatio militiis ullis tribuatur, sed dicitur casus militiæ: sed deceptus est, quod in Novella 53. legatur τὰς ἐκ τοῦ καλουμένου κάσου στρατείας; non τὰς ἐκ τοῦ κάσου καλουμένας στρατείας, id est, *militias, quæ vocantur casus:* non *militias, quæ vocantur ex casu*, si inquam, ea militia sit comparata pecunia parentis, lucrum ejus, quod ex ea redigi potest, casusque militiæ, quod aliud lucrum est, imputatur filio, cui ea militia comparata est, in portionem legitimam, excepta tantum militia silentiaria, sive silentiariorum in *d. l. omnimodo* §. *ult.* quæ non venit in collationem, sed deputatur castrensi peculio. Silentiarii hi sunt, qui excubias agunt noctu in palatio principis, qui indicunt silentia sacro somno, ut ait Claudianus. Excipitur tantum eorum militia. Et ita percensui omnia, quæ imputantur in legitimam, nihil præterea imputatur. Et quod imputatur secundum regulam *l. pen.* etiam confertur ab intestato. Et hoc cum agitur de bonis matris, avi, & proavi materni. Altera pars distinctionis hæc est: Aut agitur de bonis avi, aut proavi paterni, & hoc casu etiam separandus est filius emancipatus a suo. Nam filiis emancipatis, quibus facta est donatio, omnimodo valet, & ut cetera propria conferunt suis, ita etiam conferunt donationem simplicem, *l. ut liberis, in fine.* Suis autem, quia eis facta donatio inutilis est: inutiliter pater donat filiofamil. quoniam quod ei donaverit, si dixeris ei adquiri, recurret confestim ad ipsum patrem jure potestatis, quod filiusfamiliæ nihil possit habere proprium, quod mox non fiat patris. Igitur donatio facta filiofamil. non confirmatur morte sola secundum jus vetus, quod obtinuit olim ante *l. donationes, sup. de donat. inter vir. & uxor. l.* 1. §. 1. *pro don.* Donatio igitur facta filiofamil. cum non valeat proprie, non confertur, nec retinetur etiam a filio, ut præcipua, sed venit in judicium familiæ erciscundæ, ut quælibet res paternæ, quia nunquam abscessit bonis paternis. Hæc est sententia *l. si donatione, hoc tit.* Quæ ex contrario etiam confirmatur *l.* 4. *sup. famil. ercisc.* dum ait donata a patre filiofamil. ex causa castrensi, non venire in judicium familiæ erciscundæ. Nam ex eo colliges recte ex contrario, donata filiofamilias a patre ex alia causa, quam castrensi, venire in judicium familiæ erciscundæ, cum ea dicantur tantum non venire, quæ obvenerunt ex castrensi peculio. Sed objicitur, & hic est finis *d. l. si donatione, l. filiæ, sup. famil. erciscund.* in qua multum laboravi. Nam lex ait, patrem filiæ nomine quædam comparasse, quod ut absolvam statim, donare est, res filiæ nomine comparare, est filiæ donare κατὰ πρόληψιν, quod comprobat *l. cum hic status* §. 1. *de donat. inter vir. & uxor.* Et *filiam* illo loco, ne quis calumnietur, oportet accipere pro filiafam. Nam, ut alias dixi, filiam cum dixerim sine ullo affixo, filiafamil. intelligitur. Quid si de filia emancipata? Utique etiam adjiceremus eam qualitatem? Sic igitur res est, in specie *l. filiæ*, filiæfamilias nomine patrem res quasdam comparasse, quod est donasse juris præsumptione, & tamen lex ait filiamfamil. in judicium familiæ erciscundæ eas res retinere præcipuas. Ergo donata filiæfamilias non venire in judicium famil. erciscundæ, sed præcipua retinentur, & tamen *l. si donatione* ait venire. Recte Græci dicunt, & doctius meo judicio, quam Latini: Aut pater, qui donavit filiæfamil. perseveravit, aut non. Si in eadem voluntate non perseveravit, donata veniunt in judicium familiæ erciscundæ, & ita sumenda *lex si donatione*: sed si in eadem voluntate perseveraverit, donata non veniunt in judicium famil. ercisc. quod confirmat *d. l. filiæ, l.* 2. *C. Gregor. famil. ercisc.* confirmat & Paulus *lib.* 5. *Sent. tit. de donation.* dum ait, ea, quæ pater filiofamil. donavit, si decesserit in eadem voluntate perseverans, morte patris convalescere. Ergo *l. filiæ* pertinet tantum ad donata filiæfamil. a patre, ut non veniant in judicium divisionis, si pater in eadem voluntate perseveraverit, & si filius, cui donavit, accipiat judicium familiæ erciscundæ. Hæc duo exiguntur, ut pater perseveret in eadem voluntate, & ut filius ultra donata a patre, velit venire in hereditatem patris, & in judicium familiæ erciscundæ: Nam placet, quod Thalelæus notat, filiumfamil. qui repudiat hereditatem patris, non posse percipere donata sibi a patre inter vivos, etiamsi pater in eadem voluntate perseverans decesserit. Quod optima ratione probari potest: Nam filiusfamil. qui abstinet se bonis paternis, donata sibi a patre constanter retinere non potest jure præcipui, quia præcipuum non est id, ultra quod nihil aliud capitur. Et *l. filiæ* donatorum tantum retentionem dari, ait jure præcipui, quod jus nullum est, si non admittat bona paterna, jus hereditatis paternæ. Non potest etiam ea retinere jure perfectæ donationis morte patris secundum jus vetus, quod obtinuit ante Justinianum, quod donatio facta filiofamilias, non confirmetur morte patris, sed perseverantia, & voluntate manifesta. Summa igitur differentia hæc sit inter emancipatum, & suum: quod donatio collata in filiumfamil. si in ea perseverans pater decesserit, confirmetur, non ipso jure, sed officio judicis familiæ erciscundæ, & rescindatur si sit inofficiosa, similiter non ipso jure, sed officio judicis familiæ erciscundæ, *l.* 2. *sup. de inoffic. don.* Donatio autem collata in filium emancipatum nulla indiget confirmatione, & rescinditur si sit inofficiosa, non officio judicis, sed per querelam inofficiosæ donationis.

AD TITULUM XXI.

DE TESTAMENTO MILITIS.

POSTQUAM egit de bonorum possessione, quarum beneficio jure prætorio veluti heredes in bona demortuorum succedunt, transit ad heredi-

reditates, quæ jure civili deferuntur ex testamento, vel ab intestato, & servat ordinem legis 12. tab. ut ait *l.1. si tab. testam. nullæ ext.* Quæ quidem l.12. tab. prius de judiciis testantium, & sic deinde de successionibus ab intestato loquitur. Quem ordinem etiam in suis edictis secuti sunt prætores, & proconsules. Cum autem alii testantium testentur jure singulari, & proprio, ut milites: alii jure communi, ut ceteri cives Romani, ante omnia vult se expedire jure singulari, dato titulo de testamento militis. Sequentes enim tituli omnes sunt de jure communi civium Roman. quod servant in testamentis faciendis. Et nuda quælibet voluntas militis de divisione bonorum suorum pro justo & legitimo testamento est; decretum rei familiaris a milite quoquo modo factum contemplatione mortis, justum & legitimum est testamentum ex constitutionibus Principum, quæ dant veniam imperitiæ militis, *l. impub. D. de adm. tut.* Et generaliter militibus permittitur ignorare jura publica, non tantum in constituendis rebus suis, vel in damnis amittendarum rerum suarum, sed etiam in lucris, in compendiis, *l. penult. §. si filiusfamil. de jur. & facti ignor. l. 1. sup. eod. tit. l. ult. inf. de jur. delib.* Nam etsi quidam ex militibus esse possint periti juris; tamen omnes milites sine discrimine arma, potius, quam jura scire constitutiones existimant, aut certe eos oblitos esse juris & legum, ut recte dixerit Julius Frontinus *lib. de limit. Dum*, inquit, *armorum magis exerceor curis, totum hoc negotium* (literarum scilicet, sive negotiorum civilium) *veluti oblitus intermiseram, nec quidquam aliud, quam belli gloriam cogitabam*. Et Cornelius Tacitus in Agricola. *Credunt*, inquit, *plerique militaribus ingeniis subtilitatem deesse: quia castrensis jurisdictio secura, & obtusior, ac plura manu agens, fori calliditatem non exerceat.* Et hæc incalliditas fori, vel ignorantia rei forensis est, quæ dicitur simplicitas militum in *l.3. hoc t. l.1. D. eod.* Ergo si in testamento faciendo miles non observaverit solemnitates, & diligentiam ll. quam utique pagani necessario observare debent, si velint rata esse suprema sua judicia, non ideo minus rata est voluntas militis, nec ei imputatur, quod JC. non adhibuerit: nam & sine JC quoquo modo miles testamentum facit: ut in antiquo titulo monumenti vuluntatis suæ quidam hæc verba præscribit, *dolus malus, & Jurisconsultus abesto*. In hoc monumento jus aditus libertis, libertabusque pateat, sextertium mille dato ad sacrificia faciunda quotiescumque opus erit. Est vetus inscriptio Neapolitana; & ad eundem modum *l. penult. §. Lucius, de leg. 2.* Quidam contestatur sine JC. testamentum fecisse, & nimia diligentia legum insuperhabita, vel neglecta, his verbis eleganter, quod vellem adolescentes addiscere memoriter: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo Juris perito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam & miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*. Et ea quidem voluntas si non sit militis, quod contempserit diligentiam legum, & solemnitatem, non est testamentum, sed codicilli, id est, ad bona defuncti vocantur ab intestato legitimi heredes, qui tamen deducta Falcidia ex causa fideicommissi, quasi jure codicillorum compellentur hereditatem restituere heredi scripto. Ea autem voluntas militis, si esset, testamentum esset, quod valeret jure directo, quamdiu in militia permaneret, atque etiam post missionem honestam intra annum, *l. 5. hoc tit.* Nam post annum desinit valere testamentum jure militari, & mutari igitur post annum oportet, jureque communi civium Romanorum fieri. Ergo si forte in testamento militis non sint adhibita signa, vel subscriptiones testium, non ideo minus valet testamentum, quod ob eam rem, si pagani esset, imperfectum diceretur. Et cum sit militis, nihilominus dicetur perfectum esse testamentum & legitimum. Item militis testamentum scriptum notis, non literis, valet, ac si perfectum & legitimum esset, *l. Lucius, de milit. testam.* Cum tamen pagani testamentum scriptum notis, nec civili jure, nec prætorio valeat. Nec enim prætor dat bonor. possessionem secundum notariam pagani, & tamen dat bonorum possessionem secundum notariam militis. Idemque erit, ut ait *l. milites, hoc tit.* si miles testamentum scripserit forte sanguine proprio in clypeo, vel in vagina gladii, vel etiam si in ipso articulo moriendi, gladio suo in pulvere significaverit quid post mortem suam fieri vellet, *d. l. milites*. Et ita eleganter Egesippus *lib. 5. Vere*, inquit, *bellicum testamentum non atramento scriptum, sed sanguine, nec in charta, sed in mucrone*. Ad hæc etiam observemus militem posse si velit in aliis bonis suis testari, & in aliis non testari, veluti testari de castrensibus, non de paganis, vel contra, atque ita posse eum decedere partim testatum, partim intestatum, *l. 1. & 2. h. t.* Sicut etiam potest miles alio tempore esse testatus, alio intestatus, veluti herede scripto ex die, vel ad diem, *l. 8. hoc t.* Longe secus est in pagano: Nam quem paganus ex parte tantum heredem facit, non adjectis coheredibus, is nihilominus obtinebit assem, *l. 1. §. si ex fundo, de hered. instit.* Causa scilicet testati trahente ad se causam intestati. Sicut ex diverso nonnunquam evenit, ut causa intestati trahat ad se causam testati, ut in specie *l. penult. de injust. rup. & irrit.* Quem etiam paganus heredem scripsit ex die, vel ad diem circumscripto die, vel sublata & circumscripta illa mentione diei, quasi mendo testatoris, qui heres scriptus est a die, vel ad diem heres fit statim, heresque permanet, *l. hereditas, de hered. instit.* Quæsierim libenter, cur heres a pagano possit scribi sub conditione, non ex die, vel in diem? Et placebit satis, si quis respondeat hoc modo, eum, qui heredem scribit sub conditione, interim pendente conditione, neque testatum, neque intestatum esse, quia conditio rem omnem suspendit, eum autem, qui scribit ex die, ante diem esse intestatum plane, & post diem testatum, ac similiter eum, qui scribit in diem, ante diem esse testatum, post diem intestatum. Denique alio tempore testatum, alio intestatum, *l. potest, de hered. instit. l. miles ita, de milit. testam.* Quam inconstantiam jus nostrum non patitur in paganis, in militibus admittit privilegium militiæ. Et, ut addatur alia differentia inter paganum, & militem: Patris pagani silentium non habetur pro exheredatione, id est, si pater filium suum, neque nominatim exheredet, neque heredem instituat, non habetur pro exheredato, quia exheredandus est nominatim, non tacite. Silentium matris, aut avi materni pro exheredatione est, ii silentio solo exheredant, pater silentio solo non exheredat. Ideoque filius testamento patris, neque heres institutus, neque exheredatus, non habetur pro exheredato, sed pro præterito, & ipso jure nullum, atque injustum testamentum patris facit ob causam præteritionis, quod valeret ipso jure si exheredatus videretur, & ad rescindendum, opus esset venire querela inofficiosi testamenti, & hoc genere actionis lege agere in hereditatem paternam. In milite ita distinguimus, ex *l. 9. & 10. hoc tit.* Miles aut scit se habere filium, & hunc neque instituit, neque exheredat, legatum forte ei adscribit, ex quo probatur eum non ignorasse filium se habere, cum ei legatum adscripserit: hoc casu silentium militis pro exheredatione habetur, pater miles & silentio filium exheredat, uti vult, vel nominatim. Sed si forte ignoret miles sibi esse filium, ut si quem habeat filium, falso rumore perlato crediderit esse mortuum, eumque neque instituerit, neque exheredaverit, tunc eadem est causa militis, & pagani, id est, filius militis pro præterito habetur, & testamentum militis ipso jure nullum est, quia scilicet non habuit animum exheredandi eum, quem existimavit non esse in rebus humanis. Et inde plane hodie sine controversia & difficultate dirimi potest quæstio illa, quam apud centumviros fuisse tractatam, M. Tul. Cic. refert *1. de Oratore* De morte filiifamil. militis ab exercitu venit falsus nuntius, & pater ejus re credita testamentum mutavit, in quo eum filium heredem scripserat, & quem ei visum fuit

fuit heredem fecit, ac deinde mortuus eſt pater. Poſt mortem patris filius revenit domum, quæritur an tanquam exheredatus poſſit jure agere in hereditatem paternam? Res eſt explicatu facillima hodie, ut poſſit lege agere in hereditatem paternam, ut præteritus, quod ipſo jure nullum ſit teſtamentum, quod pater fecit, non exheredatus: quia exheredatus non videtur, quem omiſit pater, cum ignoraret eum filium ſibi ſupereſſe, quem crederet mortuum, *l. 9. & 10. hoc tit.* illa ſpecies eſt de filioſamilias milite, & patre, eodemque teſtatore pagano, qui in civitate manſerat. Sed id etiam obtinet in patre milite, eodemque teſtatore, cum falſo nuntio perlato filium crediderit eſſe mortuum, & ſecundum eam ſpeciem, quam ille refert, filiusfamilias miles potuit exheredari a patre, quod tamen aliquando edicto propoſito vetuit Auguſtus, quod eſt novum valde, ne quis filiumfamil. militem dantem operam Reipubl. exheredaret. Sed poſtea ſublatum fuit edictum Auguſti, *l. filiusfamil. de lib. & poſtumis.* Pergamus: Etiam invenio paganum non jure libertatem dare, aut non jure a pagano libertatem datam videri ſuo ſervo, quod legaverit quaſi liberto, puta hoc modo: Sticho liberto meo centum do, lego. Neque valet libertas, quia non eſt relicta verbis directis, & ſolemnibus, neque legatum, quia ſervo proprio ſine libertate legatur inutiliter. At ſi pareat militis animum fuiſſe dandæ libertatis directæ etiam illis verbis, Sticho liberto meo centum do, lego, competet militis ſervo directa libertas, quæ eſt ſententia *l. 7. hoc tit.* Et ita etiam teſtamento militis data libertas ante heredis inſtitutionem valebat, ut ſcribit Ulpian. *lib. regul. tit.* 1. Neque tamen valebat data a pagano ante heredis inſtitutionem, ante Juſtinianum, §. *ante her. Inſtit. de leg.* Et ut magis intelligatur quantum poſſit ultima voluntas militis qualis qualis, obſervemus *ex l. 12. hoc tit.* legata a milite relicta, vel fideicommiſſa deducto ære alieno deberi: Nam ex teſtamento militis legata, aut fideicommiſſa non debentur, niſi deducto ære alieno. Legata, vel fideicommiſſa delibant puram ſubſtantiam defuncti, non onuſtam ære alieno. Legata inquam, vel fideicommiſſa relicta in teſtamento militis, ſolvuntur integra & illibata ſine deminutione Falcidiæ ex voluntate teſtatoris. L. Falcidia eſt contra voluntatem pagani, non contra voluntatem militis, *l. 3. ad leg. Falcid.* Igitur ſi miles voluit rem ſolidam præſtari, etiamſi ei interveniat ratio Falcidiæ, ſolida præſtabitur, nec imminuta. Denique lex Falcidia non pertinet ad teſtamentum militis, *l. 12.* Neque tamen teſtamenta militum ſunt ſoluta omnibus legibus. Omnia licent militibus in ſuis ſupremis voluntatibus. Nam & L. Ælia Sentia pertinet ad teſtamentum militum, quæ vetat minorem viginti annis juſtam libertatem ſervo tribuere in teſtamento, id eſt, civitate donare. Hæc lex non eſt remiſſa militibus, *l. 4. hoc tit. l. ſi a milite*, §. 1. *de milit. teſtamento.* Non eſt etiam remiſſa lex Fuſia, vel quæ alia lex, quæ impediat libertates. Non eſt etiam illud militi remiſſum, ut in ejus teſtamento ſcriptura captatoria valeat, *l. 11. hoc tit.* ut ſi miles ſic heredem ſcripſerit: Qua ex parte Lucius Titius me heredem faciet, ex ea Lucius Titius mihi heres eſto. Nulla eſt illa inſtitutio, quia eſt hamata, quæ expiſcatur hereditatem alienam potius, quam offert ſuam. Offert ſuam hereditatem in hamo. Et ita eleganter ait lex 11. nec captatorias inſtitutiones in teſtamento militis admitti. Nec captatoria igitur legata, vel captatorias quaſcunque ſcripturas, quæ indigniſſimæ ſint ingenuo & libero homine. Illud etiam multum eſt, quod tribuit *lex 6. hoc tit.* a quo longiſſime abſunt pagani, ut miles poſſit extraneo heredi ſcripto, vel filio puberi directo ſubſtituere in ſecundum caſum, hoc modo: *Ille mihi heres eſto, & ſi mihi heres extiterit*, (hic eſt ſecundus caſus ſubſtitutionis, nempe caſus adquiſitæ hereditatis; primus caſus ſubſtitutionis eſt caſus non adquiſitæ hereditatis, id eſt, *Si heres non extiterit*) Ergo recte ſubſtituet hoc modo: Ille mihi heres eſto, & ſi mihi heres erit, & poſtea vita deceſſerit, Cajus Sejus mihi heres eſto, valebit ſubſtitutio ita facta a milite jure directo, quæ in pagano non valet. Nam nemo paganus dat heredem *ei*, qui ſibi poteſt facere heredem. Non poteſt igitur niſi pupillo. Pupillus enim non poteſt ſibi facere heredem. Igitur pupillo pater facit heredem. Quæ ſubſtitutio pupillaris dicitur, ſive teſtamentum pupillare. Puberi autem filio, ſive extraneo nemo facit heredem jure directo, ſed unuſquiſque ſibi. Excipitur miles tantum, qui ei, quem facit heredem, teſtamentum facit in ſecundum caſum, ut dixi, ſi heres ei extiterit, & vita deceſſerit. Et illud erat valde novum ante Juſtinianum, id eſt, ante *l. ult. hoc tit.* ut poſſet impubes, & pupillus tribunus militum teſtamentum facere. Nam & ſæpiſſime nobiliſſimi pueri ad tribunatum militum promovebantur, ut ſit etiam hodie, ut ſit dux, vel Imperat. exercitus Princeps puer, & admodum impubes: ab eximia & excellenti virtute, ut M. Tull. ait in Philip. non exſpectari progreſſum ætatis. Et Plin. in Epiſt. ab optima indole non exigi numerum annorum. Et conſequenter Papin. in *l. penult. de decurionibus*, ad decurionis honorem non pervenire minores 25. annorum natu, niſi dignitas oris, ex qua ſæpe deprehenditur bona indoles, certam ſpem faciat honoris, ut Princeps ei adoleſcenti permotus dignitate oris indulgeat honorem decurionatus, non expleta juſta ætate. Quod poteſt aptari hodie ad pleraque negotia, dum nimis exacte a præclaris adoleſcentibus exigitur numerus annorum, dum ſummo jure, cum excellentia, & eximia virtute agitur, & ſtirpe præclara. Invenio tamen aliquando conſtituiſſe D. Adrian. ne quis impubes fieret tribunus militum. Valerian. apud Vopiſcum in Probo: *Miraris*, inquit, *quod ego imberbem tribunum fecerim contra conſtitutum D. Adriani.* Et de Adriano Spartian. *Nullum*, inquit, *Adrian. tribunum, niſi plena barba fecit, aut ejus ætatis, quæ prudentia tribunatus robur impleret.* At ſi quando creatus ſit tribunus impubes ei ante Juſtinianum jus erat faciendi teſtamenti. Quapropter huic pupillo pater non poterat facere pupillarem ſubſtitutionem. Illud non eſt omittendum, male vulgo quoſdam confundere milites cum nobilibus. Nam & plebeii quidam ſunt milites, & nobiles plerique, neque ſunt milites, neque fuere unquam. Milites ſunt, qui in numeros relati ſunt, qui ſtipendia merent, & in expeditione degunt. Nobiles ſunt, quorum majores feudum a principe, ſeu beneficium acceperunt cum onere militiæ. Nobilitati quidem adnexum eſt onus militiæ, ſed non ſunt milites, niſi quamdiu in expeditione ſunt occupati, & teſtamenta eorum ad privilegium militum non pertinent. Etiam vehementer errant, qui arbitrantur id tantum teſtamentum valere jure militari, quod quis fecerit in procinctu ſine libra, atque tabulis, in acie, in hoſtico, ut loquuntur: Nam etiam, quod quis fecit in expeditione, in caſtris, in foſſato, in hoſtico, citra aciem, citra belli diſcrimen, atque conflictum, vel quod quis fecit in hybernis, vel ſtativis, in præſidiis, placet valere jure militari. Alioquin nihil diſtaret paganus a milite. Nam & paganus in procinctu, ſi forte fuerit caſu quodam in acie, in hoſtico, quoquomodo teſtam. fecerit, ejus teſtamentum valet, etiamſi in pulvere expreſſerit ultimam ſuam voluntatem, in extrema mortis trepidatione, *l. ult. de milit. teſt.* Eadem ratione, quod tunc temporis pene intermortua eſt memoria legum, & memoria ceterarum diſciplinarum, *ut ait Xenoph. in Cyri adoleſcentia*: & tam repente etiam a pagano in procinctu, in acie, in hoſtico juris utilitas a peritis depromi non poteſt. Igitur quoquomodo fecerit teſtamentum, valet, & ideo ratum erit, perinde ac ſi a milite factum eſſet, *d. l. ult.* Sed dicamus militem (quod jus non habet paganus) poſſe etiam in expeditione, in caſtris, in hybernis, in præſidiis, in ſtativis teſtament. jure militari facere. Nec moveamur eo, quod ſcriptum eſt in *Inſtit. de milit. teſtam.* militem in ſedibus ſuis debere jure communi teſtari, teſtament. quod fecerit in ſedibus ſuis non valere jure militari.

Nam

Nam male interpretantur illo loco sedes, stativa, & malim ædes, ut recte in *l. ult. sup. de testam. mil. in sedibus suis*, & Basilica habent οἴκοις ἰδίοις, *in propriis ædibus*, aut certe idem est in sedibus, & in ædibus, ut *l. 2. C. Theodos. de domest.* Et quod in eo loco Institutionum Theophilus sedes interpretatur σέδετα, sive dicas, ut Suidas, sedeta esse fossata, id est, castra, sive dicas esse stativa, ut *l. 16. sup. de Episcop. audient.* verum est in stativis militem posse jure militari testari, non etiam in ædibus suis, cum non est occupatus circa res bellicas.

AD TITULUM XXII.

QUI TESTAMENTUM FACERE POSSUNT, VEL NON.

EXPLICATO jure singulari, quod in testamento militis observatur, transit ad ordinem jusque commune, id est, ad regulas juris civilis, secundum quas pagani testari debent. Et quia in omni tractatu semper prior est quæstio, vel inspectio de personis, quam de solemnitate juris, ut in *l. quidam referunt, de jure codicill. l. 4. Qui testam. fac. poss.* Ideo hoc tit. in primis declarat, qui habeant testamenti factionem. Pendet hæc res omnis ex l. 12. tab. in quibus ita scriptum est. *Paterf. uti legassit super pecuniæ, tutelæve suæ, ita jus esto.* Sine qua lege non potuisset civis Romanus testamentum facere: legis est, dare, vel adimere testamenti factionem. Quoniam testamentum est veluti lex quædam, quæ posteritati dicitur, quam dicere non est privati ullius, nisi dicendi lex fecerit potestatem. Hoc est, quod dicitur testamenti factionem, id est, jus, potestatemque testandi esse juris publici, non juris privati. Neque enim ex pactione privatorum habiturus est is testamenti factionem, cui lex ademit, neque etiam ex patris voluntate contra præscriptum *l. 12. tab.* & sic ex voluntate privati hominis non poterit filiusfamil. facere testamentum, *l. 6. qui testam. fac. poss.* Et similiter ex voluntate patroni libertus non est habiturus liberam testamenti factionem contra præcepta legum, quæ libertos obligant muneribus, donis, & testamentis. Quintilian. ait in declamat. 4. libertos debere patronis dona, munera, testamentum, quod scilicet non possint liberti patronos in suis testamentis præterire & prætermittere, etiamsi patroni liberam testamenti factionem eis permiserint. Quoniam non est privati hominis dare liberam testamenti factionem, sed legis, aut Principis, qui viva lex est, *l. etiam, l. Paulus respond. §. patroni, de bon. liber.* Ergo lege opus fuit, quæ nominatim daret civibus Rom. testam. factionem, tam activam, quam passivam. Nam ut dictionis testimonii, ita testamenti factionis duplex est significatio, activa, & passiva. Ait ergo *l. 12. tab. paterf. uti legassit super pecuniæ, tutelæve suæ*, ut est scriptum in Florent. *l. sæpe, de verb. signif.* ut in loco Virg. *O mihi sola mei super Astyanactis imago*. Sic super pecuniæ, tutelæve suæ, sive quod brevius est, *suæ rei, l. verbis, de verb. sign.* Ergo secundum verba legis non potest quis testam. facere de aliena re, vel pecunia. Non potest etiam alieno filio tutorem dare, sed moribus tantum hoc receptum est, ut pater possit facere testam. de re filii sui impuberis, quem habet, vel habiturus est post mortem suam, si eum habeat in potestate, quæ dicitur substitutio pupillaris. Excepto igitur hoc casu, nemo potest testari de pecunia aliena, sed de sua, *l. conficiuntur, §. si post, de jur. codicill.* Et respicit ad verba *l. 12. tab.* dum ait, de pecunia sua esse facultatem testandi, *l. testandi, tit. seq. l. cum pater, §. mando, D. de leg. 2.* Inde vero oritur quæstio l. 1. quod non animadvertitur, & erat facillimum animadvertere, an testam. factionem habeat is, qui quidquid habet, id habet commune cum fratre, vel sorore, vel extraneo? Nihil refert, quia scilicet res, pecuniave communis, proprie pecunia sua non est, *l. illud dubit. de rit. nup.* Sed ut ostendit *l. 1.* placet in *l. 12. tab.* suam pecuniam appellari etiam eam, quæ communis sit cum alio, ut scilicet super ea possit testam. facere pro sua parte. Igitur ut in multis partibus juris sæpe quæritur, an quod commune est, tuum vel meum sit, quemadmodum indicat *l. 1.* etiam in *l. 12.* tab. circa illa verba, *pecuniæ suæ*, in quæstionem deductum est, an pecunia communis esset sua, quod definit l. 1. Præterea observandum est, l. 12. tab. loqui de patref. ut refertur a Cornificio, & Cicerone, qui præponunt illud verbum *paterfam.* Ex quo intelligitur filiumf. non habere testam. factionem, *l. 3. hoc tit.* Et sane filiusf. non habet testam. factionem super bonis profectitiis, quod est certissimum, quoniam ea bona nullo jure pertinent ad filiumf. sed pleno jure sunt patris, in cujus potestate est. Verum constat etiam filiumf. non posse testam. facere super bonis adventitiis, tametsi horum proprietas nuda hodie pertineat ad filiumfam. & quibusdam casibus etiam proprietas plena, non deducto usufructu. Ergo indistincte nec super bonis adventitiis suis propriis filiusfam. testam. facere potest, sed mortuo eo revertuntur ad patrem, si vivat jure peculii, id est, tanquam peculium, non tanquam hereditas. Atque ita fit, ut quis non testetur de re propria, de pecunia sua, quod non satis sit suam esse pecuniam, nisi etiam paterf. sit qui testam. facit secund. verba *l. 12. tab.* Et hoc ostenditur in *l. Imp. ad S. C. Trebel. l. ult. §. filiis, inf. de bonis quæ lib. l. pen. h. tit.* Et ut ante dixi de iis bonis filiusfam. ne auctore quidem patre testari potest, qui tamen potest donare auctore patre etiam mortis causa, *l. tam is, §. 1. de mort. caus. don. l. 9. §. pen. l. filiusf. de don.* Videlicet si pater ei permiserit donare rem peculiarem, non utique si ei permiserit liberam peculii administrationem. Neque enim intelligatur ei permisisse donationem, nisi forte Senator sit, quod Senatorum sit de suo largiri, & sæpe in vulgus suam pecuniam spargere, *d. l. filiusf.* Et similiter auctore patre quidlibet ex peculio profectitio, vel adventitio filiusf. Deo devovere potest, *l. 2. de pollicit.* Nec alia ratio differentiæ est inter testam. aut donationem, aut votum, quam quod de testam. lex scripta sit patrif. tantum, de donationibus cuilibet sit scripta, non soli patrifamil. Et quod testam. non possit fieri per alium *l. illa institutio, de hered. inst.* Donare autem quis potest, & vovere per alium. Quid ni? Filiofam. donante, vel vovente auctore patre, jussu, aut voluntate patris, ipse paterfam. qui eum habet in potestate, donare, aut vovere videtur, non filiusfam. Et tamen non possit filiofam. testam. faciente, pater videri ipse testam. facere. Quia nunquam fit test. per alium. At facile videri potest pater donante filiofam. suo permissu, ipse potius donare, quam filius, *d. l. 9. §. pen.* Sicut etiam filio manumittente servum peculiarem jussu, aut voluntate patris, forte patre cæco, muto, aut surdo, nequeunte exequi solemnia manumissionis, *l. 10. de manum. vin.* ipse pater videtur eum servum manumittere: Nam etsi non liceat manumittere per procuratorem, & dare justam libertatem, tamen licet manumittere per filium eum servum, quem habet in quasi patrimonio, id est, in peculio. Ceterum manumissus ab ipso patre videtur potius, quam a filio, *l. si quis hac lege, §. 1. Qui & a quib. man. lib. l. 51. de rit. nup.* Summa igitur hæc sit: filiumfam. ne volente quidem patre super profectitio, aut adventitio peculio testam. facere posse. At potest tamen facere testamen. super peculio castrensi, vel quasi. Cur ita? Quia constitutiones Principum hoc fieri permiserunt, & leges. Legis est, aut constitutionis dare liberam testamenti factionem, & posset etiam dare de profectitio, & adventitio peculio testamenti factionem, sed eam non dedit. Et hoc quidem de filiof. notandum est, l. 12. tab. quæ loquitur de patref. non esse dubitandum, quin exigat, ut is paterf. sit pubes: Nam cum testam. nihil aliud sit, quam ultimum judicium, quod de rerum suarum divisione defunctus facit, & nullum sit judicium impuberis, perspicuum est legem non dedisse impuberi testamenti factionem. Et

ita

ita in §. *Præterea, inst. quibus non est permis. fac. test.* impuberes non posse condere ultimum judicium, sive facere testam. quod nullum animi judicium habeant. Ratio est ducta a nomine. Impubes nullum judicium animi habet. Ergo ultimum judicium condere non potest, ut similiter in *l. dum prætor*, §. *pen. de jud.* Impubes judex esse non potest, quia judicio caret. Est ratio ducta a nomine. Duplex est judicium ut Gal. docuit *lib. de hist. Philos.* Hoc animi judicium impubes non habet, ut possit discernere ea, quæ sunt, & quæ non sunt, & qua ratione, quove modo dignoscenda sunt, quod utique necessarium est in testatoribus. Et addendum ex lege 4. *h.t.* pubertatem, quam exigimus in testatore, hodie sine ulla controversia æstimari ex annis 14. in mare, in femina ex annis 12. quod sciunt omnes. Quæstio fuit olim centumviralis, pubertas annis, an habitu corporis æstimaretur. Fabius auctor est fuisse centumviralem quæstionem. Hodie definita est illa quæstio, ut pubertas æstimetur ex annis, non ex habitu corporis, non ex aspectu necessariæ partis, ut olim Aristophanes in Vespis, & Plato 11. *de legib.* Et ita quintilianus 279. *declam.* cum quæreretur de ætate pueri: *Puerum*, inquit, *nudari, & in conspectu judicis constitui jussit pater.* Is fuit olim mos, quem abrogat *lex* 4. *h.t.* Et statim subjicitur *l.* 5. quæ vult, ut etiam spadones ceterorum exemplo testamenta faciant, ut igitur ab ea ætate, qua solent alii testamenta facere, faciant. Et quod observandum notat *l.* 5. tria genera ultimorum judiciorum, testamentum, codicillos, & ultimum judicium; ultimum judicium vocatur epistola fideicommissaria, ut *l.* 7. quæ est supplementum codicillorum, in *l. cum quis*, §. *pater*, *l. uxorem*, §. 1. *de leg.* 3. Sicut codicillus est supplementum testamenti, codicillus est justa sententia defuncti de rei familiaris suæ divisione, quæ obtinebat post mortem: epistola fideicommiss. est supplementum codicilli. Ut ergo voluntatem suam ultimam exponant spadones exemplo ceterorum omnium: ab ea ætate igitur, quam ante præscripsi: quærunt, quæ fuerit in spadonibus ratio dubitandi. Sumunt ex 3. *Sent.* Pauli, quod dicat, spadones facere testamentum plena pubertate, id est, anno 18. Inde quæri poterat, an in spadonibus exigeretur 18. anni. Sed Imperat. definit ut sufficiant 14. Numquam spadonibus fuit adempta testamenti factio, *l.* 6. *de lib. & post.* Sed in dubio fuit, a qua ætate possent facere testamentum. Sed videmur rationem posse nos dubitandi ducere ex eo, quod fuit olim institutum de Eunomianis hæreticis, qui plerumque solebant sibi exsecare virum, & iis modo Impp. dederunt, modo ademerunt testamenti factionem, *l. Eunomiani spadones*, & *l.* 23. 27. & 31. *C. Theod. de heret.* Hæc lex videtur eis hæreticis permittere liberam testamenti factionem, & magis sequi eos Imp. qui dicebant non esse adimendam Eunomianis spadonibus testam. factionem. Et potest etiam meo judicio propius ad rem, quam intuetur constitutio *l.* 5. duci dubitatio ex eo, quod est constitutum de præpositis sacri cubiculi Principis, qui erant spadones, ut scitis. Et ex hac constit. & ex *l.* 2. quæ habet eandem subscriptionem & inscriptionem *inf. de privil. eorum, qui in sacro palat. & l.* 2. *inf. de præpos. sacri cubic. lib.* 10. Cubicularii omnes Principis habent liberam testamenti factionem, licet a dominis oblati sint cubiculo Principis. Nam servus spado statim atque a domino suo offertur cubiculo principis, non liber tantum, sed & ingenuus fit, & adipiscitur liberam testamenti factionem, vel etiamsi sit filiusfam. non liberatur quidem potestate patris, sed de iis, quæ adquirit in palatio Principis, libere potest testari, ut de castrensi peculio ex iis constitutionibus. Et quoniam incidit sermo de spadonibus, addam aliquid, quod est proprium huic sedi (juris canonici auditorio) non esse contemnendum quod est in cap. 5. *de corpore vitiatis ordinandis, vel non.* Cum regulariter sacerdotes, aut eos, qui aspirant ad sacerdotium, oporteat omni ex parte esse integros, ut Joseph. ait *lib.* 1. *de bello Judaico*, dum scribit, Antigonum Lu-

A cano cuidam cum dentibus præcidisse aures, ut numquam posset pervenire ad sacerdotium, quia non integri non sunt idonei sacerdotio, quod lex Judaica vetus instituit, ut intelligeretur, nihil nisi quod esset sincerum & integrum, mentem non nisi sinceram & integram Deo offerendam esse. Et certatim Canones volunt idem servari etiam hodie, ut nemo perveniat ad sacerdotium, nisi sit integer ex omni parte. Quod etiam invenio Romulum cavisse, aut Numam de suis sacerdotibus apud Dionys. Halicarnas. Ceterum, ut est in *d. c.* non excluditur, aut non ejicitur sacerdotio, qui propter eminentem elephantiasin, id est, lepram, Arnobio vitiliginem, sibi exsecuit virilitatem, propterea quod sane constat eo morbo nunquam corripi eum, qui sibi virum exsecuerit. Auctor est Aetius *l.* 13. *c.* 125. Cetera, quæ sunt in h. B tit. essem insuavis, si tractarem, quoniam unusquisque ea potest percipere lectione. Nihil dicam de muto, surdo ita nato, itave facto, quorum testamenta *l. antepen.* vult non esse justa, si fiant per nuncupationem, & vult omnino ea fieri per scripturam. Et notandum tamen ad d. l. antepen. ex *l.* 29. *tit. seq.* Mutum nescientem literas, ut ait, mortuo esse similem, nec posse igitur facere testamentum. Etiam non est omittenda diligentia, quam vult Just. Imp. *l. hac consultiss. h.t.* adhiberi in testamento ejus, qui cœcus est, & oculis orbatus, ut scilicet faciat testamentum per nuncupationem, quod non possit facere per scripturam, adhibitis 7. testibus, quot solent adhiberi etiam in aliorum testam. vel si faciat codicillos, adhibitis 5. testibus, quod est supplendum *ad d. l. hac consultiss.* Et adhibito tabulario, qui scribat testam. & excipiat C quæ cœcus lingua nuncupavit, vel etiam tabulario recitante testam. cœci, quod alter scripserit dictante cœco. Denique adhibetur tabularius, ut scribat testam. coram 7. testib. vel recitet quod recepit alius. Item ut testes subscribant, atque obsignent testam. vel si copia non sit tabularii, ut adhibeatur octavus testis in testam. vel sextus in codicillis, qui vicem suppleat tabularii, & scribat, vel recitet testament. cœci. Et præterea quorum magna pars servatur, vult ut cœcus palam edicat, quamobrem eos testes convocaverit, & tabularium, & palam nuncupet nomen heredis, & non tantum nomen heredis, sed etiam dignitatem, *la qualità*, & notas demonstrationis veluti a colore, *rufum illum*, vel *simum illum*, aut *claudum*, ne ulla, inquit, sit ambiguitas in persona heredis. Et hæc omnia vult peragi uno loco, unoque D tempore, quod vulgo dicitur, uno contextu.

AD TITULUM XXIII.

DE TESTAMENTIS, ET QUEMADMODUM TESTAMENTA ORDINENTUR.

VENIO ad explicationem *tit.* 23. *de testam. & quemadmodum test. ordin.* De testam. id est, de variis generibus testam. quæ in h.t. proponuntur, deque testam. aperiendis, & publicandis, & quemadmodum testam. ordinentur, id est, de solemnitatibus & regulis juris, quæ in testam. observantur diligenter & accurate, ut rata sint ea testam. quæ sci- E licet quis facere instituit jure modoque legitimo, jure solemni. Nam & hæc solemnia juris in h. t. explicantur. Sunt autem hæ duæ inspectiones ita conjunctæ invicem atque connexæ, ut simul explicari possint & debeant. Igitur dicendum nobis est de unoquoque genere testamenti, & quæ in unoquoque solemnia juris exigantur. Principale autem genus testam. est, quod Græci dixere μυστικόν, id est, *arcanum*, cujus tenorem neque testes sciunt, & signatores testam. neque alius, quam testator ipse, qui testam. scripsit, vel is, cui testator scribendum testam. dictavit. Nam id nunquam fuit exactum a testatore, ut testam. suo proprio chirographo scriberet, quia potuere semper testatores per testamentarium scribere testam. Testamentarium dicimus

ſcriptorem alieni teſtam. qui & ennomio dicitur in gloſſis antiquorum. Et de hoc quidem genere teſtam. eſt *l.hac conſultiſſ. h.t.* qua nulla eſt celebrior in h.t. nec majoris momenti. Itaque impellor, ut ab interpretatione potiſſimum ejus legis incipiam. Et ab eo igitur genere teſtam. quod facio primum & præcipuum, quod dicitur myſticum. Qui vult ſecretam eſſe ſuam ultimam voluntatem, nec innoteſcere teſtibus, vel aliis, debet offerre teſtam. clauſum teſtibus, & pertuſum, ſive perforatum ad mediam marginis partem, ter lino per foramina trajecto, ut cautum SC. Neroniano Suet. ſcribit. Clauſum igitur, & pertuſum in ſumma marginis ad mediam partem, triplici lino per foramina trajecto, ut ſupra linum teſtes ſigna ſua imprimant, & ſubſcribant hoc modo, annotato nomine ſuo, & nomine teſtatoris: Cajus Sejus Lucii Titii teſtam. obſignavi. Imprimit quiſque ſuum ſignum ſupra linum, deinde ita ſubſcribit: Cajus Sejus L. Tit. teſtam. obſignavi, *l.ad teſtium, §. ſi quis ex teſt. l.pen. Qui teſtam. fac.poſſ.* vel etiam ut conſtat ex *d. l.ad teſt. §.ult.* teſtator offert tabulas teſt. involutas linteo, quod illo loco Græci admodum ſingulariter vocant *πανίον*, ut ſcilicet ſub linteo teſtes ſua ſigna imponant, & ſubſcribant, ut dixi ſupra. Et ita interioris ſcripturæ fidem ſervat exterior ſcriptura teſtium, ut eleganter ait Paul. *l. 5. Sent. ad l. Corn. teſt.* Teſtes autem rogari oportet, ut ſciant in cujus rei cauſam veniant in conſpectu teſtatoris, id eſt, ad teſtimonium perhibendum. Et ubi venerint, ut ſignent teſtam. teſtatore tenente teſtam. clauſum, & ita dicente: L.Titius hoc meum teſtam. ſcripſi, vel L. Tit. hoc meum teſtam. Cajo Sejo ſcribendum dictavi. Rogo vos, Quirites, ut veſtris ſignis obſignetis, nominaque veſtra ſubſcribatis. Rogandos eſſe teſtes nominatim ait *lex hac conſultiſſ. h. t. & l.heredes, §.pen. Qui teſt. facere poſſ. & l. ult. in fine, inf. de codicill.* Rogandos, inquam, in teſtam. non in codicillis, in quibus etiam fortuiti teſtes adhibentur, non ejus rei cauſa accerſiti ſpecialiter, aut vocati. Si adhibeantur fortuiti teſtes in teſtam. injuſtum eſt teſtam. quod in eo hæc ſolemnitas deſit, & oportet ſervari ad unguem omnia, quæ ll. ſervari præcipiunt in faciendo teſtam. Itemque teſtes non minus 7. adhiberi oportet, ne qua fraus fiat: Nam ſi vel unus teſtis defuerit, ſi 6. tantum adhibiti fuerint, injuſtum eſt teſtam. Quinimo exiguntur oculati teſtes ſeptem, qui exigebantur in omnibus fere actibus legitimis, ut in divortiis, *l.nullum, de divort.* ne tot intervenientibus teſtibus mutaretur fides teſtam. vel de ea dubitaret quiſquam. Teſtes, inquam, oculatos 7. intervenire oportet, eoſque puberes, & cives Romanos, ut ait *l.hac conſult.* 21. *h.t.* Quamobrem, qui adhibentur ſignandis teſtam. ut Feſtus ſcribit, appellati ſunt claſſici teſtes, quia cives Rom. olim omnes omnino in claſſe aliqua cenſebantur. Denique claſſici teſtes ſunt proprie teſtamentarii teſtes. Hos omnino adhiberi oportet puberes, & cives Rom. ut igitur teſtatorem oportet eſſe civem Rom. ita teſtes, & ſignatores cives Rom. Hoc negotium tantum peragitur inter cives Roman. & cum civibus Roman. quod & quiſque ad cives ſuæ patriæ referre poteſt. Et ut hoc loco interpretemur ſententiam *l. 1. h. t.* invenio teſtes adhibitos teſtam. ex eo haberi pro idoneis, etiamſi ſervi fuerint, vel peregrini, modo teſtam. faciendi tempore omnium conſenſu civium Rom. loco habiti ſint, & habeantur etiam hodie prolato teſtam. nemine faciente eis controverſiam ſtatus. Nec enim prolato teſtam. ſi nemo faciat teſtibus controverſiam ſtatus, admodum quærimus teſtes ne cives Rom. fuerint, nec ne. Præſumptio facit pro eo, qui eſt in poſſ. libertatis, & ubique non exſiſtente adverſario, vel etiam exſiſtente, cujus par ſit conditio, potior ſemper eſt conditio poſſeſſ. quæ eſt ſententia *l.1.* Et ita etiam prolato teſtam. ſi heredibus inſtituendis nemo faciat controverſiam ſtatus, non quærimus ſollicitius heredes ſcripti, cives Romani ſint, nec ne, quod omnino vult *lex milites, ſup. de teſtam. milit.* in illo loco: *nec uxorum, aut filiorum eorum meri-*

A *tum, aut libertas, dignitaſve quæratur.* Videlicet nullo exſiſtente adverſario, qui vel eos adſerat eſſe ſervos, vel indignos hereditate defuncti. Ergo ſatis eſt ſi teſtibus teſtam. adhibitis nemo faciat controverſiam ſtatus. Si quis enim faceret controverſiam ſtatus, & vinceret præjudicio, corrueret teſtam. per cauſam non idoneorum teſtium. Pergamus porro: teſtes, qui adhibentur ad teſtam. ſignanda & ſubſcribenda, venire vocati debent in conſpectum teſtatoris, & convenire ſimul, ſignare, & ſubſcribere ſimul, uno eodemque tempore, nullo actu interveniente, ut ait *l.h.conſult.* i. nullo actu ſuperfluo. Quæ verba (*nullo actu interveniente*) quæ ſunt in *l.hac conſult.* Juſt. ita interpretatur in *l.cum antiquitas, h.t.* ut non quilibet actus, qui intermiſcetur conturbet teſtam. factionem, puta ſi interim dum quis offert ſuum te-
B ſtam. teſtibus, exigitque eorum ſigna & ſubſcriptiones, forte ægrotanti teſtatori offeratur medicamentum, vel ſi quid aliud interveniat, quod natura neceſſario requirat, vel etiam ſi quis ex teſtibus corripiatur comitiali morbo, non dirimit comitialis morbus teſtam. fact. ſed aliquantiſper is teſtis ſeducitur, moxque eo languore finito reducitur, ut vel ipſe ſcribat, & obſignet teſt. vel adſit ceteris, qui nondum ſignarunt. Fortuiti caſus, qui intermiſcentur, non vitiant, ſed alii actus, qui vel a teſtatore ipſo, vel teſtibus extra rem, de qua agitur, accerſuntur paulatim intermiſſo eo negotio, cujus cauſa convenerunt. Eſt apertiſſima interpretatio Juſt. Igitur adhibita interpretatione, dicendum, verum eſſe quod ait *l.h. conſult.* teſtes ſimul convenire omnes, & ſubſcribere uno eodemque tempore, non uno eodemque die, ſed
C uno eodemque tempore, una eademque hora, non diverſa, *l.8. ſup. tit.prox. l.12. h.t. Ex Nov.2. Val.de teſtam.* valet teſtam. etiamſi teſtes id ſignaverint horis diverſis, non ſimul eadem hora momentove. Sed eo jure non utimur. Nam omnes conſtit. *h.t.* volunt, ut uno eodemque tempore teſtes ſignent, & nomina ſua ſubſcribant. Excipitur in *l.8. h.t.* unus caſus, qui eſt ſatis difficilis explicatu. Si contagione cujuſdam teſtis, vel forte teſtatoris, alii teſtes metuant ſibi malum, caſus major, inquit, & novus .i. vis divina, quæ poteſt contagionem adferre, ſi quis ad eam accedat, vel ad eos potius, qui ea corripiuntur, is metus contagionis hoc remittit ex ſolemnibus teſtam. ne uno eodemque tempore coeant, ſed alii poſt alios veniant, ſubſcribant, atque ſubſignent: valde laborant in ponenda ſpecie certa.
D Et vulgo ponitur exemplum in comitiali morbo, in epilepſia, qua corripitur teſtator, vel teſtis quidam, qui tamen morbus non eſt habitus pro contagioſo. Et *l.8.* de contagionis metu eſt. Græci aliter accipiunt verba *l. 8.* ut ſi peſte, vel alio morbo contagioſo laboret teſtator, teſtes non cogantur in ejus conſpectum venire, ſed ut ſeorſim a teſtatore teſtamentum obſignent. Quod quidem habet rationem, ſed nullo modo convenit verbis legis, quæ dicit, teſtes ipſos, ſi morbo contagioſo fuerint oppreſſi eo tempore, quo dant operam in obſignando teſtam. eos non ſociari, non jungi aliis, ut ait. Et videtur ergo hæc potius ſententia *l.8.* ut ſi dum huic rei impenditur opera, forte contingat eo tempore, quo graſſabatur peſtis, in præſentia ceterorum, aliquem ex teſtibus eo morbo corripi, ita ut mox ceteri teſtes de-
E terreantur, ut is teſtis ſejungatur mox, & ſegregetur a ceteris, & nihilominus ut ratum ſit teſtam. licet ille teſtis ſeorſim ſignaverit propter caſum majoris neceſſitatis, & horrorem ceterorum teſtium. Etiam excipere nos oportet *l.9. h.t.* quod ex ſolemnibus teſtam. ſpeciale privilegium patriæ teſtatoris, aut ſane mores remittunt, veluti, ut eſt ſpecies hujus legis, ſi ſpeciale privilegium patriæ teſtatoris, vel etiamſi mos ſit, ut non ſit neceſſe omnes teſtes venire in conſpectum teſtatoris, ſed ut poſſint ſinguli ſeorſim a teſtatore ſignare teſtam. Ex quo loco intelligitur manifeſte contra diſtinctiones, quas introduxere interpretes noſtri alienas non minus, quam alienus eſt locus, in quo ea de re tractavere, id eſt, in *l. 1. ſup. de ſum. Trinit. & fide cathol.*

In-

intelligimus inquam, in faciendo teſtam. privilegium, & morem patriæ teſtatoris ſpectari oportere, non ſitum bonorum. Nam ſola poſſeſſio bonorum non creat mihi patriam. Si poſſideo prædium in hac urbe, hæc urbs non eſt ideo mea, niſi in ea poſui domicilium, quod oſtendit *l.libertus*, §.*ſolam poſſ. ad municip.* Solam poſſ. nec civem facere, nec incolam. Ergo in ſervandis ſolemnibus teſtam. non ſpectabo ſitum bonorum, ut pro vario ſitu bonorum etiam varia ſolemnia obſerventur, ſive mores in exequenda defuncti voluntate: Sed ſpectabo tantum morem & privilegium patriæ teſtatoris. Ambiguum eſt nomen patriæ. Nam alia eſt patria originis, alia domicilii, quam patriam ſpectabo? Et quamvis magis proprie patria nobis ſit ea, unde orti ſumus, quaſi deducto nomine a patre, ut indicat *l.1. ſup. qui petant.tut.* tamen æquius eſt in teſtamentis faciendis ſpectari eam patriam, in qua domicilio poſito, facta conſtitutione rerum noſtrarum diem obire decernimus, & hinc legem Iſocrates teſtis eſt fuiſſe Æginetarum in Æginetico: ut ſcilicet lex ejus patriæ ſervetur, in qua quis domicilium fixit, in quam tranſmigravit, relicta patria originis. Et jam invenio in numero teſtium, qui ſunt adhibendi ad ſignanda teſtamenta, plurimum poſſe mores cujuſque provinciæ. Tholoſæ ſufficiunt duo teſtes & tabellio. Græci ſcribunt ad *l.2. unde liberi*, hunc morem fuiſſe in Oriente, ut ſufficiant quinque teſtes, maxime ruri. Invenies etiam in *l.ult. h.t.* nominatim eſſe ſcriptum antiquam ruſticanorum conſuetudinem vicem legis obtinere, qui tamen adhibent certum modum. Sed ut cetera perſequamur, quæ ſunt in *l.hac conſult.* quam dixi eſſe veluti arcem h.t. ea exigit, ut teſtator in reliqua parte teſtam. in ima, vel exteriori parte teſtam. quod clauſum, aut linteo involutum obtulit teſtibus præſentibus idem manu propria ſubſcribat, hoc fere modo: *L. Titius huic teſtam. meo ſubſcripſi*. Hoc etiam eſſe ex ſolemnibus teſtam. lex ait, & ex ſolemnibus juris antiqui, ut opinor, quandoquidem invenio in *l.6.* §.1. *de jure codic.* ad differentiam teſtamentorum poſſe quem plures codicillos facere, cum tamen non poſſit quis plura teſtam. facere, quæ omnia vires obtineant. Et ſubjicit etiam codicillos valere neque ſubſcriptos, neque ſignatos manu teſtatoris. Cur hoc ſubjicit? Niſi ad differentiam teſtam. in quo neceſſaria eſt ſubſcriptio teſtatoris, vel etiam ut conſtitutio addit, ſi ſit illiteratus teſtator, ſubſcriptio octavi teſtis requiritur, qui ſubſcribat hoc modo: *L. Titius pro Cajo Sejo teſtatore nomen meum, teſtatoriſque huic teſtament. ſubſcripſi*. Hæc vero Juſt. ita declarat *d. l.cum antiquitas*, §.*ult.* addita exceptione, ut non ſit neceſſe teſtam. ſubſcribi manu teſtatoris, vel manu octavi teſtis ſubſcriptoris, ſi teſtator totum teſtam. manu ſua perſcripſerit, quod dicitur teſt. holographum apud Iſidor. & in *Nov.2. Valent. de teſtam.* in qua valde novum eſt, quod ſcribit de teſtam. holographo, ut valeat ſine teſtibus, etiamſi nemo unus adhibitus ſit, ſatis eſſe, quod totum teſt. defunctus ſua manu perſcripſit, nec quin is perſcripſerit quiſpiam in dubium vocet. Quo tamen jure non utimur: hoc jus non utique probant conſtitutiones h.t. Nam in holographo teſtam. requiruntur 7. teſtium ſigna & ſubſcriptiones, ſubſcriptio teſtatoris remittitur tantum, vel teſtis octavi ſubſcriptio pro eo. Hæc vero ſolemnia myſtici teſtam. quæ recenſui, cum Imp. expoſuiſſet in *l.hac conſultiſſima*, rem ita concludit: *Non ſubſcriptum autem a teſtibus, ac non ſignatum teſtam. pro infecto haberi convenit*. In quo proculdubio eſt male omnes legiſſe, quod confirmabunt quilibet veteres libri, ſi eos conſulueris. Male, inquam, eos legiſſe, *pro infecto*, cum ſit legendum *pro imperfecto*. Et ita etiam Græci *l.35. Baſilicon* ἡ μὲν γὰρ ἀτελὴς ἐστὶν, &c. id eſt: *Imperfectum eſt teſtam.* quod ita completum non fuerit .i. quod non obſignaverint 7. teſtes, quique non ſubſcripſerunt: Denique proprie imperfectum teſtam. eſt non quod quocunque vitio laborat, ſed quod neque ſubſcriptum, neque obſignatum eſt a teſtibus: hoc peculiari nomine vitium imperfecti appellatione denotant; & ita etiam in *l.ſi quis legatum, ad l.Cornel. de falſ.* invenies, imperfectum teſtam. appellari evidenter, quod neque ſubſcriptum, neque ſubſignatum eſt a teſtibus: & ita imperfectum teſtamentum accipimus in *l.ex imperfecto, h.t.* Ergo cum Imperator in hac *l.* ita rem finiſſet, *non ſubſcriptum ac ſignatum a teſtibus, pro imperfecto haberi placet*, rectiſſime ſubjicit: *Ex imperfecto autem teſtam. voluntatem non tenere defuncti, niſi, &c.* Vult igitur, ut imperfectum teſtam. id eſt, neque ſubſcriptum, neque ſignatum a teſtibus, non valeat. Non loquitur de aliis vitiis teſtamentorum, ſed de hoc ſolo, quo deſunt ſigna & ſubſcriptiones teſtium, ut inquam, non valeat niſi factum ſit a parentibus inter liberos. Nam etiamſi neque ſit ſignatum, neque ſubſcriptum a teſtibus, valebit tamen inter liberos, ut ferant ſcilicet portiones eis adſcriptas in eo teſtamento. Et ſi forte habeant coheredes extraneos, ut ii nihil ferant, & eorum pars adcreſcat liberis, quorum reſpectu ſolo teſtamentum perfectum & ratum eſt. Ergo quantum ad extraneos imperfectum eſt, quantum ad liberos pro perfecto eſt. Hæc eſt veriſſima ſententia hujus loci. Sed ſerva, quam abutantur paſſim hoc loco. Nam quod hic de uno teſtamenti vitio conſtituitur, ut ob id non minus valeat teſtamentum inter liberos, ſi deſunt ſigna & ſubſcriptiones teſtium, id porrigunt ad omne vitium teſtamenti, etiamſi defuerit numerus teſtium in teſtamento inter liberos, teſtamentum valere exiſtimant, quod numquam approbavi. Non licet nobis interpretationibus noſtris, ſtultis maxime, quæ cauta ſunt de ſolemnibus, extendere & ampliare, ſicut in *d. l.9. h.t.* propter metum contagionis non convenient quidem teſtes in unum, ſed alii poſt alios venient, & ſignabunt. Hæc ſolemnitas tantum conveniendi in unum remittitur evitandæ contagionis gratia, non etiam, ut ait *l.9.* remittitur teſtium numerus. Qua etiam hodie longe abutuntur, dum volunt, graſſante peſte non exigi 7. teſtes, cum manifeſto lex exigat, ur congruat numerus teſtium, & hoc tantum remittat, ne in unum coeant teſtamenti ſignandi cauſa. Et ita etiam ſi deſiit numerus teſtium in teſtamento inter liberos, dicamus non valere teſtamentum, quoniam ſigna tantum & ſubſcriptiones ſunt remiſſa inter liberos: Numerus vero teſtium non eſt remiſſus. Non etiam dices teſtamentum notis ſcriptum valere inter liberos, quod aliquando obtinuit, *l.ult. ſup. fa.erc.* Hodie non obtinet ex *No.107.* nec pugnat §.*ex imperf.* dum ait ex teſtamento imperfecto liberos obtinere hereditatem ſibi eo teſtamento delatam: Quoniam imperfectum teſtamentum vocat id tantum, quod neque ſignatum eſt, neque ſubſcriptum a teſtibus, non etiam quod alio vitio laborat. Præter ea, quæ heri diximus juri neceſſaria ex *Nov. Theod.* id eſt, ex *l.hac conſultiſſima*, in teſtamento ſcripto, & ſecreto, quod myſticum dicitur, vult etiam Juſtin. in *l. jubemus, & l.pen. h.t.* ſi teſtator nolit teſtibus prodere ſuam voluntatem, ut in interiore pagina teſtamenti per ſe manu ſua ſcribat nomina heredum, non per alium; alioquin ut teſtibus pronuntiet ſuam voluntatem, ut teſtibus enuntiet nomina heredum ſuorum, quæ poſt inſerant ſubſcriptionibus ſuis, hoc fere modo; *L. Titius obſignavi C. Seii teſtamentum, quo heredes fecit ſibi M.Tul. & Pompejum Atticum*. Itaque ex conſtitutione Juſtiniani omnino aut manu, aut lingua teſtatoris exprimenda ſunt nomina heredum, & derogatur aliquatenus Novellæ Theodoſii, nempe in hoc, ut is, qui neſcit literas, non poſſit myſticum condere teſtam. ex *d. l.jubemus, & d. l.pen.* Sed poſtea mutavit ſententiam Juſtinianus, & cenſuit illiterato licere etiam per alium ſcribere nomina heredum, nec ea prodere teſtibus, *Novel.119.* Et notandum tamen, quod eſt in *d.l. jubemus*, ſi pars heredum teſtatoris ſcripta, vel lingua teſtatoris nuncupata ſit, eorum tantum heredum inſtitutionem valere, qui manu teſtatoris ſcripti, vel lingua nuncupati fuerint: Ceterorum non valere. Cui ſententiæ Accurſius opponit *l. ſi is qui teſt. fac. poſſ.* Cujus

mens hæc est: quidam cum vellet plures heredes pronuntiare, & nuncupare quorundam nomina, decumbens ex morbo nuncupavit, & priusquam ceteros nuncuparet, obmutuit, inquit, amissis verbis, & occupante eum morte, ut apud Poetam. *Ille, qui incipit effari, mediaque in voce resistit*. Quæritur an nuncupati sunt heredes futuri? Lex ait, heredem neminem fore, quia magis cœpit testam. facere, quam fecit. Quæ ratio satis demonstrat statim, quam distet ea species a specie *l. jubemus*. Nam in illa specie *l. si is qui*, cœpit potius testamentum facere, quam fecit: In specie *l. jubemus*, perfecit testamentum, nimirum institutis iis omnibus, quos sibi heredes esse voluit. Sed quia in subscriptione testam. non omnium nomina nuncupavit, ideo hereditas tantum defertur iis, qui sunt nuncupati. Ex testamento igitur perfecto: at illa in specie, infectum est testamentum, vel inchoatum dumtaxat: In specie *legis jubemus*, factum est testamentum, sed quod subscriptio testatoris, vel nuncupatio defuerit, non nuncupavit omnes heredes, quos voluit, ideo veniunt ad hereditatem subscripti tantum, non nuncupati. Et hoc de testamento scripto, & secreto erat addendum his, quæ diximus heri ex *d. l. jubemus*, & *d. l. pen.* Nunc transeamus ad aliud genus testamenti, nempe id, de quo agitur in eadem lege *hac consultissima*, quod fit sine scripto per nuncupationem uno eodemque tempore, audientibus testibus septem, puberibus, civibus Romanis, & testatore solemnibus verbis prædicente, se cogere testes, & convocare testamenti sui nuncupandi gratia. Sed hanc solemnem prædictionem tollit Justinianus in *l. in testament. h.t.* Satis igitur est rogari 7. testes, ut adsint audituri nuncupationem testamenti, & palam eis non narrari, vel promitti futurum suæ voluntatis arbitrium, sed confici abs se coram eis, & nuncupari testamentum secundum *l. 12. tab.* quod quis ita lingua nuncupasset animo testamenti faciendi, id jus ratumque sit. Et hoc quidem genus testamenti, quod fit sine scriptura per nuncupationem jus civile novit, non jus prætorium, *l. 2. sup. de bon. poss. sec. tab.* Ideoque non datur bon. poss. secundum nuncupationem, sed utilis tantum, & obliqua. Directa bon. poss. datur tamen secundum tabul. id est, secundum scripturam testamenti, sive secundum testamentum. Hoc ergo secundum testamenti genus est ex jure civili mero, primum autem testamenti genus, quod mysticum dicitur, & arcanum, fit civili ac prætorio, atque constitutionum jure permixto: jure civili, quantum ad testes, ut præsentes adsint uno eodemque tempore & loco: jure prætorio, quantum ad signa, & numerum 7. testium: jure constitutionum, quantum ad subscriptiones testium: Et hæc duo potissimum genera testamentorum hodie sunt in usu. Nam abolita sunt antiqua testamentorum genera, veluti quod appellabatur calatis comitiis, & quod appellabatur endo procinctu. Abolitum est etiam testamentum, quod fiebat per æs & libram, id est, quod per imaginariam emancipationem familiæ, sive bonorum, & nuncupationem testamenti, testatore dicente hæc verba. *Hæc uti in his tab. cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites, testimonium perhibetote*. Constitutio Constantini tollit hanc formulam testamenti, ut omne testam. deinceps fiat, aut fieri possit, sine ære, sine libra, sine tabulis, & ut in testam. necessario etiam non desiderentur verba directa & solemnia, *l. quoniam, h.t. l. in legatis, inf. de legat.* Igitur ex constitutione Constantini recte fit testam. verbis precariis, quod olim fiebat tantum verbis directis, id est, imperativis, veluti, *heres esto, damnas esto, dato, facito*, sic loquente testatore, ut ll. loquuntur, quæ non precantur, sed imperant: verba imperativa ea sunt, quæ directa dicuntur. M. Tull. 2. de divinat. *Quid opus est*, inquit, *circuitu, & amfractu, ut sit utendum somniorum interpretibus potius, quam directo? Deus si quidem nobis consulebat, hoc facito, hoc ne feceris, diceret*. Sic loqui igitur est directo loqui. Et ita eleganter Porphyrio in illum locum Horatii:

A *Transnanto Tyberim*, & paulo post, *habento. Utitur*, inquit, *verbis directis, quia scribit ad Trebatium* JC. Olim non erat justum testamentum, quo quis heredem scripsisset his verbis: Titium heredem meum esse volo, quia verbum volo est precarium, non directum. Et ita in *l. illud*, §. 1. *de jure codicill.* cum quidam ita scripsisset, *Titium heredem meum esse volo*, ita censet Jurisconsultus esse distinguendum: aut voluit his verbis facere codicillos, & tunc Titius ab herede legitimo hereditatem petet, veluti ex causa fideicommissi, quoniam *volo* est verbum precarium, & fideicommissarium: aut voluit facere testamentum, & arbitratus est ea verba esse legitima & directa, & tunc ea scriptura neque valebit jure testamenti, neque jure codicillorum, quia non adjecit clausulam codicillarem: itaque inutilis & inanis est B scriptura, nec Titio erit petitio hereditatis ex causa fideicommissi adversus heredem legitimum defuncti, *d. l. illud*, §. 1. at, ut nominatim ait *d. l. quoniam*, etiam verbo *volo* recte fit testam. Denique quibuscunque verbis, vel ut referens eam ipsam Constantini legem Eusebius loquitur 4. *de vita Constantini*, ψιλοῖς ῥήμασι, id est, nudis verbis, id est, quibuscunque verbis directis, vel precariis. Certe olim etiam nihil nocebat error tabellionis, vel testamentarii, aut ennomionis, si omisisset per errorem verba directa, ut si omisisset verbum esto, vel etiam heres esto, & tantum scripsisset nudum nomen L. Titii, quod tunc præsumatur plus nuncupatum, minus exceptum, minusve scriptum, *l. 7. h. t. l. 1. D. de her. inst.* Et multo magis in fideicommissis verbum *volo* omissum nihil nocet, ut si testator dixerit Lucio Titio C fundum Sabinum dari, nec adjecerit verbum *volo*, *l. verbum, inf. de fideicommiss.* Et similiter in sententiis arbitrorum, si quem litigatorum arbiter jusserit dare centum, & ille acquiescens sententiæ arbitri subscripserit dare, nec adjecerit promitto, nihilominus ex sua subscriptione obligatur, *l. 4. §. si quis autem, sup. de recept. arbit.* In quo nondum vere restituta, quæ sunt verba Græca, sic moneo obiter esse restituenda: *Si quis autem post arbitri definitionem subscripserit* ἐμμένειν, vel στοιχεῖν, vel πληροῦν, vel πάντα ποιεῖν, vel διδόναι, *nec adjecit* ὁμολογῶ, id est, promitto, & ita ut retuli ex *l. 2. & l. errore, h. t.* omissa hæc verba directa, *Heres esto*, nihil nocent. Et generaliter etiam secundum eam Constantini legem, hodie etiam Græcis verbis recte fit testamentum, ut in *l. hac consultiss. & l. ult. sup. de testament. tut.* D *l. directas, inf. de testam. manumiss.* Cum tamen olim non fieret testamentum, nisi verbis Latinis, quia verba Latina directa dicuntur, civilia verba, in *l. verbis civilibus, de vulg. & pupil. substit.* & Ulpian. *lib. reg. tit. de fideicom.* Cum autem verba Latina sint directa, non Græca, ideo olim inutiliter instituebatur heres verbis Græcis, inutiliter dabatur tutor verbis Græcis, inutiliter dabatur libertas, & legatum verbis Græcis, & quæcumque in Pandectis videntur esse relicta verbis Græcis, fideicommissa sunt, non legata, quod fideicommissa quibuscunque verbis relinquantur. Sed ut absolvamus ea omnia, quæ continentur in *l. hac consultissima*, additur in §. *si quis autem*, prius testamentum jure perfectum, non rumpi posteriore testamento imperfecto, id est, neque signato, neque subscripto a testibus. Quæ E regula est certissima, sed addit exceptionem, nisi in priore testamento scriptus sit extraneus, in posteriore autem is, qui ab intestato rem omnimodo ablaturus erat. Veluti filius, aut frater consanguineus defuncti, qui & non facto testamento veniret ad legitimam hereditatem. Hoc enim casu, licet imperfectum sit posterius, tamen corrumpit prius, non quidem ipso jure, sed ope exceptionis, cum & posterius testamentum, ut ait §. *si quis autem*, non valeat ut testamentum, sed ut voluntas intestati, qui scilicet voluit corrumpi prius testamentum, & mori intestatus, delata hereditate ex posteriore scriptura ei, qui omnino ab intestato hereditatem ablaturus erat. Denique posterius testamentum, quod est imperfectum, in quo est institutus is, qui veniret ab inte-

inteſtato, non valet ut teſtam. ſed ut inteſtati voluntas noviſſima, in qua etiam ſufficit numerus quinque teſtium juratorum, id eſt, qui poſt mortem teſtatoris jurent apud judicem, non tabellionem, ut Accurſ. notavit recte, qui teſtificentur, & affirment eam eſſe voluntatem defuncti, *l. ult. in fin. hoc t.* Et ita etiam ſi ſit unicum teſtamentum imperfectum, tamen in quo liberi teſtatoris heredes inſtituti ſunt, verum eſt id non valere ut teſtamentum, ſed ut ultimam inteſtati voluntatem: ultima voluntas eſt teſtati, & inteſtati. Non dubium igitur eſt, id non valere ut teſtamentum, ſed ut ultimam voluntatem inteſtati, in qua etiam ſufficiat numerus quinque teſtium. Et ita rectiſſime Accurſ. interpretatur §. *ex imperf. l. ult. ſup. fam. erc.* dum reſpondet ad *legem qui a patre, de confirm. tut.* quæ vult eum tutorem jure filiis a patre datum non eſſe, qui datus ſit in minus ſolemni teſtamento, & indigere confirmatione prætoris, aut præſidis. Nam & ita liberis inſtitutis in imperfecto teſtamento non competit hereditas veluti ex teſtamento, ſed quaſi ex noviſſima voluntate inteſtati. Et cum ſententia hujus §. *ſi quis autem* congruit etiam omnino *l. 2. de inju. rup. irr.* Et ei locus eſt non tantum ſi imperfectum ſit teſtamentum ob ſigna vel ſubſcriptiones omiſſas, ſed etiam ſi nullum ſit ob præteritionem filii, vel poſtumi, modo filius, vel poſtumus præteritus vivo patre deceſſerit, & poſteriore teſtam. ſit heres ſcriptus is, qui omnimodo rem ab inteſtato ablaturus erat. Nam & ab inteſtato, & ex teſtam. ipſe venire poterit, petita bonor. poſſ. ſecundum tab. Idemque erit ſi filius priori teſtam. exheredatus ſit, poſteriori præteritus. Nam diſtinguimus hoc modo: Aut poſteriore teſtam. filio præterito ſcriptus eſt extraneus, & nullum eſt teſt. poſterius ob præteritionem filii, nec tamen veniet filius ad hereditatem, quia prius teſtamentum conſiſtit, in quo eſt exheredatus, in quo exheredatio eum excludit ab hereditate paterna. Sed ſi in poſteriore teſtam. filio præterito, ſcriptus ſit is, qui remoto filio, id eſt, non exiſtente filio, omnimodo veniret ab inteſtato, hic ſuſtinet poſterius teſtam. efficitque ne effectum habeat exheredatio filii, & ut reſcindere poſſit poſterius teſtam. petita bonor. poſſ. contra tab. quandoquidem ſuſtinetur perſona heredis inſtituti, qui remoto filio ad hereditatem defuncti veniret ab inteſtato, quæ omnia proponuntur in *l. poſtumus, de inj. rupt. irr.* & in *l. ſi duobus, §. ſi prius, de bon. poſſ. cont. tab.* Et ita videmus illis caſibus etiam imperfectum teſtamentum, imperfectam voluntatem, & nudam, corrumpere prius. Eſt etiam alius caſus, quo nuda voluntas, id eſt, non ſolemnis, ſive imperfecta corrumpit prius teſtamentum, videlicet, ſi decennium effluxerit ab eo die, quo factum eſt teſtamentum, ex *l. ſancimus, h. tit.* Cujus juris ratio hæc eſt, quia olim omne teſtamentum antiquabatur tempore decennii, & fiebat irritum, niſi renovaretur poſt decennium, *l. 6. Cod. Theod. de teſtam.* Hodie ex *d. l. ſancimus*, decennio non antiquatur teſtamentum, ſed decennio, & nuda voluntate, id eſt, decennio ita antiquatur, ſi etiam poſt decennium teſtator declaraverit coram tribus teſtibus, ſe non permanere in eadem voluntate. Etiam notiſſimum eſt illud teſtamentum corrumpi nuda, imo tacita voluntate defuncti, cujus linum defunctus, antequam moreretur incidit, quo ſcilicet conſtrictum erat teſtamentum, vel etiam ſigna teſtium teſtator ipſe conſulta opera removerit. Hoc enim facto declarat ſe mori velle inteſtatum, *l. ult. h. tit. l. in fraudem, §. 1. D. de milit. teſtam. l. pen. & ult. de his quæ in teſtam. del.* Expoſita eſt *lex hæc conſultiſſima.* Unicum tantum addemus, eſſe tertium quoddam genus teſtamenti, quod nondum expoſuimus, quod ſcilicet fit in conſiſtorio apud conſilium principis, oblatis precibus ſedente principe cum nobilibus, & proceribus, ut id teſtamentum omnimodo valeat, nec ſint in eo neceſſarii teſtes, vel ſignatores, quod fit teſte principe, teſte conſilio principis, oblatis precibus, in iiſque relata ultima voluntate ſupplicantis de diviſione rerum ſuarum, quam ſervari

A velit poſt mortem ſuam. Nam etiamſi ſecundum eas preces, vel ſecundum eam formam teſtamenti non ſit prætor daturus bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, cum in eo deſunt 7. teſtium ſigna, tamen jure civili ex *l. omnium, hoc tit.* licebit adire hereditatem heredi ſcripto, vel ſe pro herede gerendo adquirere hereditatem. Hoc igitur teſtamentum eſt etiam juris civilis, non prætorii, quod fit oblatis precibus Imper. nullis aliis adhibitis teſtibus: Nam *l. omnium* ſatis habet, ſi probetur teſtibus idoneis, oblatas ad eum modum, finemque preces principis conſilio fuiſſe. Duobus igitur, vel tribus, qui affirment rem ita fuiſſe geſtam, oblatis precibus, & prolato teſtamento apud conſilium principis, nec adhibitis exteris teſtibus, & ſignatoribus. Et ita etiam in *l. 2. ſup. de bon. poſſ. ſecund. tab.* dum dicitur, de teſtamen-
B to nuncupativo, probari debere id teſtamentum fuiſſe nuncupatum propalam coram teſtibus, dicemus probare id ſatis eſſe teſtibus duobus, vel tribus, ſecundum Martini & Gulielmi ſententiam, quam ibi retulit Accurſ. Ergo teſtamentum inſinuatum fuiſſe apud conſilium principis, teſte principe ipſo, vel teſte jure omni, *quod eſt conditum*, inquit, princeps, *in ſcriniis noſtris*, puta memoriæ: Quæ quidem ſcrinia erant diſpoſita in ipſo conſiſtorio principis. Ita, inquam, factum fuiſſe, & inſinuatum, & oblatis precibus probari teſtibus duobus, vel tribus. Ac ſimiliter fuiſſe teſtamentum nuncupatum propalam, & coram teſtibus. Itaque probabitur teſtamentum duobus teſtibus, vel tribus. Et ita res eſt explicanda: Diximus, puberi civi Romano licere teſtamentum facere, & civili, & prætorio, & conſtitutionum
C jure permixto, id eſt, adhibitis ſeptem teſtibus civibus Romanis, uno eodemque tempore, & loco, qui teſtamento ſua ſigna imprimant, atque ſubſcribant, & ita licere facere ex ſcripto teſtamentum, licere etiam ex non ſcripto facere per nuncupationem jure civili totidem teſtibus adhibitis. Licere & ex conſtitutionibus teſtamentum facere precibus oblatis principi, adhibito ſolo teſtimonio principis, & conſilii, & ſubſcriptione teſtatoris. Addamus nunc licere etiam teſtamentum facere municipalibus geſtis, vel actis, vel apud acta cujuſcumque magiſtratus habentis jus actorum conficiendorum, jus excipiendarum inſinuationum, eo ſcilicet, qui teſtamentum facere vult, deſiderante, magiſtratus actuarium publicum excipere ejus ultimam voluntatem, eamque in archiis ſervare publicis. Quæ forma teſtandi explica-
D tur in *l. omnium, hoc tit.* & in *Nov. 1. Valentiniani, de teſtam.* Eſt igitur hoc quartum genus teſtamenti, ultimum, quod proponitur hoc tit. Addamus etiam, aliter poſſe teſtatorem, qui jam jure perfecit teſtamentum, id perinde publicare apud acta municipalia, vel apud acta magiſtratuum, qui jus habent actorum conficiendorum, in hunc ſcilicet, vel illum finem, ut ſi quando teſtamentum authenticum, id eſt, originale, quod ipſe fecit ſolemniter, interciderit caſu aliquo, ſit unde peti poſſet fides ejus. Petitur enim ex actis publicis, in quæ teſtator ipſe curavit ſuum redigi, referrique teſtamentum. Amiſſo igitur authentico ducumento, fides ejus petetur ex actis publicis, ubi teſtamentum inſinuatum eſt. Et ob id utile eſt etiam, quod quis jure perfecit teſtamentum, publicare apud acta. Sed priuſquam fidem
E teſtamenti petas ex actis publicis, probare debes caſum, & amiſſionem teſtamenti authentici, ut ait *l. 2. hoc tit.* Puta teſtamentum intercidiſſe vi ignis, vel alio ſimili caſu, vel furto ſubtractum eſſe, ut in *l. 11. hoc tit.* & ita in *Novell. 127.* dicitur, donationem propter nuptias inſinuari apud acta, quod eſt publicari, ſive in publicum proferri, ut amiſſo forte ejus donationis inſtrumento principali, quod Græci vocant uno verbo *δωρεαστικὸν*, fides ejus donationis peti poſſit ex publicis monumentis. Hæc eſt ratio Novellæ. Publicantur & cetera omnia, quæ inſinuationem deſiderant, ſecundum jus, quod interpretamur, cuique ſtudemus omnes, in urbe Roma vetere, vel nova, apud magiſtrum cenſus, quem poſteriores appellavere *γενικὸν*, id eſt, *generalem*, apud quem

fierent

fierent census professiones, & insinuationes omnium negotiorum, in quibus requiritur insinuatio, vel publicatio necessario, vel utiliter. Posteriores, inquam, dixere γενικόν, ut docet Suidas in Arthemio, & Leo *in Novel.* 44. Ergo in urbe quidem publicatio, & insinuatio fit apud magistrum census, vel apud apparitores, sive officia censualia jussu magistri census, qui huic parti juris præest. In provinciis autem fiunt insinuationes, & publicationes apud defensores civitatis, vel apud magistratus municipales, apud duumviros, qui in provinciis instar sunt consulum. Defensores civitatum instar sunt tribunorum plebis, qui sunt in urbe. Et ita apud eos publicari testamenta, & donationes, ostenditur in *l.* 18. *qui test. fac. poss.* & *l. consulta, hoc t. l. in hac, l. 2. inf. de don. l. repetitis, sup. de Episcop. & cler.* 17. quæ est constitutio Græca, *sup. de SS. Ecclesiis*, & *Nov.* 48. & 49. Et hoc est, quod ait *d. l.* 18. *hoc tit.* testamenta omnia, ceteraque, quæ apud officium censuale publicari solent, id est, apud acta magistri census, ut in *l. cum pro quo, de in jus voc. l. si fidejussor, §. ult. qui satisd. cog.* Apud officium, id est, apud acta. Et adjicit *l. testam.* 18. ut in eodem loco testamenta referentur, id est, aperiantur, resignentur, & publicentur, ut in *d. l. consulta*. Et addit, ne usquam permittatur fieri ulla translatio .i. e. ut omnimodo apud magistrum census fiat publicatio testamenti, & a magistro census, ne permittatur usquam transferri ea publicatio testam. vel donationis, vel cujusquam negotii, sive sit necessaria, sive utilis videatur & aliquando nonnihil profutura. Ut igitur non transferatur hoc jus a magistro census ad alios magistratus, vel etiam, ut est nominatim scriptum in *l. consulta*, ad defensores ecclesiarum, apud quos quidam malebant insinuare ultimas suas voluntates, & ultima judicia. Ne ergo hoc jus transferatur temere ad defensores ecclesiarum, vel ad primicerium notariorum, qui erat in ecclesia, per quem Damasus scribit in lib. Pontific. Julium constituisse in ecclesia, ut fieret confectio omnium actorum, & ait morem esse retinendum fidelissimæ vetustatis, nec quod est proprium magistri census, esse transferendum ad clericos, puta, defensores ecclesiæ, & primicerios notariorum. Et possunt quidem de iis negotiis, quæ ad ecclesiam pertinent acta conficere, non etiam de negotiis privatorum. Imo, ut ait *l. consulta*, est opprobrium clericis, si velint se miscere forensib. disceptationibus, aut si velint esse periti forensium disceptationum. Restat tantum, ut finem imponamus *l. 3. h. t.* in qua ita scriptum est: *Ex imperfecto testam. &c.* Qua de re pauci sunt, qui liquido tradant, quod observandum est. Primum lex ait, *ex imperfecto testam.* i. in quo desunt signa & subscriptiones 7. testium, ut ego interpretatus sum ex *l. hac consultissima, h. t.* Principem non vindicare hereditatem, filium defuncti vindicare, aut nepotem, vel neptem. Imperatorem non item, qui defuncto extraneus est. Et addit rationem, *quia licet lex Imperii solemnibus juris Imperatorem solverit, nihil tamen est tam proprium Imperii, quam legibus vivere*. Et legem Imperii vocat eam, quæ primum Augusto detulit Imperium, ut refert Dio Cassius lib. 53. Quod Augustum privilegium dicitur, *l. un. §. ult. inf. de caduc. tol.* Quod Dionys. scribit se transferre ex Latino sermone, λελυνται τῶν νόμων, id est, *solvuntur legibus*. Et inde Dio Chrysost. in orat. quadam tradit, principem esse, τῶν νόμων ἐπάνω. Et similiter Justin. in *Novellis*, leges submitti principi, quod scilicet in potestate sit solius principis, ex usu Reipub. leges ferre, vel abrogare, vel derogare, & eas ipsum quandoque sequi non posse. Quapropter aliquando major videtur potestas esse principis, quam populi fuerit. Populus enim suis legib. tenebatur, Princeps suis legib. non tenetur. Et hac causa in *l. Barbarius, de offic. præt.* ait, multo magis in Imperatore, quam in populo esse recipiendum, ut servum prætorem facere possit. Ea est lex Imperii, lex Augusta, quæ Augustum solvit legibus, maxime si non juraverit in leges initio imperii. Non solebant .n. jurare in leges, cum Plin. scribat in Panegyrico: *Jurare magistratus quidem in leges, sed ejus jurisjur. verba ignota esse principibus, nisi cum alios cogunt jurare in leges*. Hodie quia principes statim initio Imperii jurant in leges, tantum abest, ut legib. soluti sint, quinimo maxime legib. obstinguntur ex suo jurejurando. Et ut soluti sunt principes legib. tamen, ut inquit *l. 3. nihil tam proprium est Imperii, quam legibus vivere*. Et ita rectissime *l. ex imperfecto, quia decet tantam majestatem eas servare ll. quib. ipse solutus videtur.* Et ita Paul. *lib. 4. sent. eum, qui leges facit, pari majestate legib. obtemperare debere*. Et eleganter Imp. Severus & Anton. in *§. ult. Inst. quib. mod. test. infirm. licet*, inquiunt, *soluti simus legib. legib. tamen vivimus*. Et elegantius *l. 4. sup. de leg. præclaram esse, & dignam vocem principis profiteri se legibus alligatum esse, & de auctoritate legum pendere auctoritatem principis, & revera majus esse Imperio ll. submittere Imperium*. Ideo eleganter ait *l. ex imperfecto, de l. 3. ex imperfecto testam. Imperat. legata aut fideicomm. vindicare inverecundum esse*, id est, *dedecori*. Inverecundus .n. est, qui quod non debet, facit audacter, securus reprehensionis, pudorisque sui. Inverecundus Imperator qui non veretur Senatus reprehensionem, cujus ipse pars est, ut ait *l. quisquis in prin. inf. ad l. Jul. majest. & l. jus senatorium, inf. de dign. lib.* 12. qui non reveretur auctoritatem Senatus, qui non reveretur curiam suam, *l. 5. inf. de dign.* Denique licet tantæ majestati non leges dare tantum, sed etiam accipere, eique submittere fasces Imperii sui. Et secundum hæc præcepta in *h. l. 3.* & in *d. l. ex imperfecto*, Imper. profitentur se non vindicaturos hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum ex imperfecto testam. Et simili modo invenio etiam, eo quod quis dixerit se Imper. heredem fecisse, vel heredem facturum esse, id est, ex nuda pollicitatione, vel jactatione inverecundum esse principem vindicare hereditatem, *l. ult. qui test. fac. poss.* Constat etiam principem, si heres sit institutus, filio exheredato, pati querelam inofficiosi testamenti, *l. Papin. §. si Imp. de inoff. testam.* Patitur etiam princeps legem Falcidiam, si legatum, aut fideicommissum, aut mortis causa donationem acceperit. Servat l. Voconiam, vel ut Augustus apud Dionem, ab ea migrat impetrata venia a Senatu. Quo exemplo docentur Principes, ne quid faciant contra ll. sine venia Senatus. Volunt etiam optimi principes prius testam. in quo ipsi sunt scripti heredes, rumpi posteriori testam. id est, ut possit mutare, quis etiam testamentam, in quo sibi principem heredem fecit in *l. 6. sup. tit. prox.* Plus dicam, etiam principes aliquando minus sibi adrogare, & concedere quam privatis, puta, ut capiant quidem ex alienis testam. jure perfectis, non etiam ex codicillis factis ab intestato, non ex epistola fideicommissaria. Ex iis scripturis, quæ deferuntur, non capiunt, quæ sunt minus solemnes, *l. 2. C. Th. de testam.* Eamque constitutionem mirum in modum Symmachus in epistola quadam ad præfectum prætorii commendat, ut liceat capere privato, quod nolit capere princeps, nonnisi ex justo & solemni testamento. Sed postea alii principes abrogarunt hanc *l.* 2. ut constat ex *l. 7. sup. tit. prox.* Præterea licet regulariter prius testamentum scriptum rumpatur non scripto, id est, facto per nuncupationem, si utrumque sit jure perfectum, tamen nolunt principes testam. prius ex scripto jure perfectum, rumpi posteriore non scripto, in quo ipsi heredes sunt nuncupati. Quia ita nuncupatum fuisse testam. non potest probari, nisi testibus, qui ut audirent nuncupationem testam. rogati sunt. Atque hoc testes facile est suspicari, in gratiam principis ementiri illam nuncupationem testamen. qua dicunt defunctum heredem nuncupasse principem. Hoc igitur casu vult princeps in *l. nolumus, hoc tit.* ut consistat prius testamentum, quod factum est jure, & solemniter ex scripto, nec rumpatur posteriore, in quo ipse sit nuncupatus heres, solis testibus hoc facile concedentibus, & blandientibus fortasse principi. Quinimo hoc vult *l.* ut etiamsi prius testamentum ex scripto jure perfectum, postea sit rescissum a filio exheredato in eo testamento

per

per querelam inofficiosi testamenti, si sit rescissa exheredatio, rescissumque testamentum totum, ac proinde exheredatus filius veniat ab intestato ad successionem patris, ut nec eo casu impediatur, quod extet posterius testamentum non scriptum, in quo princeps heres nuncupatus sit. Invenio etiam, quod etiamsi regulariter quilibet possit vindicare hereditatem sibi delatam ab ignoto, *l. extraneum, tit. seq.* tamen legimus apud Cornel. Tacitum, *libr.* 5. Tiberium Imper. semper respuisse hereditates sibi delatas ab ignotis hominibus. Idem de Adriano Imper. legimus apud Spartianum. Et elegans est ad hæc, quod etiam de se scribit Imper. *l.* 2. *C. Th. de avocat. fisci*, plus sibi curæ esse causam privatorum, quam causam, tutelamve sui fisci. Et quod est proditum in *l. non puto, de jure fisci, eum non delinquere*, id est, non dicere ineleganter, *qui in dubiis quæstionibus facile respondet contra fiscum*. Ad quam sententiam danda sunt exempla ex *l. ult. in fi. de his, quibus ut indignis, l. Divus*, §. 1. *de jure codicill. l. intercidit, de condit. & demonst. l.* 2. *de aur. & arg. leg. l. Paul.* §. 1. *de leg.* 3. In quibus omnib. locis in ambiguis semper datur responsum contra principem, contra fiscum, contra ærarium. Quæ regula potest accommodari multis negotiis, ut si lis est ambigua, potius descendamus in eam sententiam, quæ onerat fiscum. Contra tamen invenio quibusdam ll. ita esse solutos principes, ut secundum eas omnino non vivant. Invenio solutum esse principem ll. caducariis, Julia nempe & Papia, *l. quod principi, de leg.* 2. Si tibi relictum sit legatum, & hominem exueris, id est, mortuus fueris, antequam dies legati cederet, caducum fit legatum. Sed si legatum relictum sit principi, & is obierit, quod omnes obire oportet, antequam dies legati cederet, legatum non fit caducum, sed cedit heredi principis. Et hoc est quod ait *l. princeps, de ll.* Princeps legibus solutus est. Nam diligenter attende ad inscriptionem legis, quæ est Ulpiani *ex lib.* 13. *ad leg. Juliam & Papiam*, quæ sunt leges caducariæ. Princeps ergo est legibus solutus, id est, l. Julia & Papia, de quibus tractat, non omnibus legibus. Augusta autem, ut subjicit, non est soluta legibus caducariis, quamquam princeps ei tribuat eadem privilegia, quæ ipse habet, non intelligit privilegium illud, ut etiam Augusta soluta sit ll. caducariis, sed ut princeps, vel fiscus habet ex suis contractibus tacitam hypothecam semper, & Augusta habeat. Itemque, ut Augustus habet privilegium in actionibus personalibus: Idem etiam Augusta habeat: ut similiter habeat vacationem, & immunitatem, ut habeat privilegium in donatione, ut valeat donatio facta ab Augusta sine insinuatione, perinde ac si facta esset a principe; ut facta ab hoc, vel illa donatio filiofamil. imputetur quasi castrense peculium; ut donatio inter Augustum & Augustam valeat, quæ non valet inter maritos, id est, privatos, *l. illud, sup. de SS. Eccl. l. pen. sup. de donat. inter vir. & uxor. l. cum multa, inf. de bonis quæ liber. l. sancimus*, §. 1. *inf. de donat.* Et sicut res alienæ, quæ forte imprudenter a principe venditæ, & donatæ sunt alteri, non possunt ab eo, qui emit a principe revocari, aut vindicari, vel a donatario, sed est tantum domino rerum actio in ipsum principem, seu fiscum intra quadriennium: Ita idem sequimur, si quid imprudens Augusta ex rebus alienis donaverit, aut vendiderit, ne revocetur donatio, sed liceat agere in Augustam intra quadriennium, *l. ult.* §. *ult. inf. de bon. quæ lib.* Hæc privilegia princeps communicat Augustæ. Nunquam autem Augusta invenietur soluta legibus, ne odiosis quidem legibus, quales sunt l. Julia & Papia. Has æquum est, non servare principem, ut, vel mortuus fruatur privilegio Augusto, quo vivus non est usus. Etiam invenio in manumissionibus vindicta, si quem princeps manumittat vindicta, non servari solemnia juris, *l. apud eum, de manumis.* Quia scilicet concurrit favor libertatis. Hoc igitur non tam Principi datur, quam libertati maxime datæ a Principe, ut non desideret solemnia juris: quæ data a privato utique nulla esset sine solemnibus. Invenio etiam nunquam ea lege, quæ lata est Duillio Coss. fuisse obligatum Principem, qua cavetur, ne quis in urbe sepeliatur. Invenies apud Servium Honoratum 11. Æneid. virgines Vestales, & Principes sepeliri in urbe, nec ea lege teneri, quæ vetat quemquam in urbe sepeliri. Invenio legib. igitur non teneri Principem, non obligari solemnibus juris his casibus, quos exposui. Nec temere dicam unquam generaliter esse verum, quod ait *l. Princeps*, cum id tantum sit accipiendum specialiter de lege Julia & Papia, non de legibus omnibus. Et tum maxime id affirmabo cum erit Princeps, qui juravit in legem: & quod contra legimus in plerisque auctoribus Principem esse supra legem, hoc eo pertinet, ut intelligatur Principem habere potestatem ferendi, & abrogandi ll. non temere quidem, sed ex justa causa, & e Republ. Ac consequenter posse Principem confirmare, quæ non jure facta sunt, ut legimus adoptionem non jure factam, a Principe confirmari, in *l.* 33. *de adopt.* Et matrimonium injustum, statumque liberorum non jure quæsitorum a Principe confirmari, *l. qui in provincia, de ritu nupt.* Legimus eos pœnæ veniam facere, & abolere crimen indulgentia, & benignitate sua. Eos ex causa etiam veniam legum facere. Et hoc solum est, quod dicitur, principem esse supra leges, nec placet, quod de Achille ait Horatius.

Jura negat sibi data, nihil non arrogat armis.

AD TITULUM XXIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS, &c.

QUIA heredis institutio est caput, & fundamentum totius testamenti, ut ait §. *ante heredis, Instit. de legatis*. Ideo prælato titulo generali de testamentis, de partibus eorum dicturus sigillatim, ab heredis institutione initium facit, a qua etiam plerumque testatores ipsi incipere solent, ut ait *l.* 1. *in prin. ff. eod.* Certe ex heredis institutione, vel substitutione cognoscimus testamentum, non codicillos defunctum facere voluisse, *l.* 14. *sup. tit. prox. l. illud*, §. 1. *de jure codicill.* quia non alio genere, quam testamento heres institui, vel substitui directo potest. Idcirco recte ait de heredibus instituendis, quia omnino heredes instituendi sunt, si quis testamentum facere velit, & vel sola heredis institutio testamentum est, ut si quis scripserit, vel pronunciaverit in hunc modum: Lucius Titius heres esto, nec quicquam aliud adiecerit, testamentum est. Sequitur, in hac Rubrica, *& quæ personæ heredes institui non possint*, quoniam in eo potissimum vertitur hic titulus, ut intelligere possimus, qui heredes institui non possint. Et constat incertas personas heredes institui non posse, certum heredem nominatim scribi, vel nuncupari oportere, non personam incertam. Igitur heres inutiliter scribitur hoc modo: Qui prior post mortem meam ad monumentum meum venerit, ille heres esto: quia confert testator judicium suum in personam incertam: vel qui anno sequenti consul designabitur, ille heres esto: Nam ejus quoque persona incerta est. Qua de re est certissima constitutio Justiniani in *tit. de incert. pers. inf.* Quia vero jure civili incerta persona heres institui non potest, hinc fit, ut collegium, quoniam est incertum corpus, institui non possit, veluti collegium, & synagoga Judæorum, *l.* 1. *sup. de Judæis*. Et eadem ratione olim non potuit institui collegium Christianorum, & quod certatim omnes, ultima judicia sua, nascente ecclesia domini nostri, conferrent collegia Christianorum, ne nimirum locupletarentur, vel quod pleraque ex eis captarent nimium hereditates alienas pietatis obtentu. Sic igitur his rationibus olim collegium Christianorum non potuit capere hereditatem, vel legata ex testamentis alienis, quod ostendit Ambros. in Epist. 31. ad Valent. Imp. & Hieron. in epistol. ad Nepotianum de vita clericorum, & Origines lib. 1. contra Celsum, Sed postea facta sunt capacia collegia Christianorum

norum ex *l.* 1. *ſup. de SS. Eccleſ.* qua conſtituitur, ut quiſque habeat licentiam relinquere collegio Chriſtianorum partem bonorum ſuorum, *ut optaverit, & ut*, inquit, *non ſint caſſa judicia collata in collegium Chriſtianorum: nihil eſſe, quod magis debeatur hominibus, quam ut ultimæ voluntatis, poſtquam aliud jam velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, & licitum, quod iterum non redit arbitrium.* Et ad eundem fere modum Quintil. *declamat.* 308. *Non aliud*, inquit, *videtur ſolatium mortis, quam voluntas ultra mortem*. Ergo collegio Chriſtianorum permiſſum eſt, ut poſſit capere hereditatem ex alienis teſtamentis, quod fuit antea prohibitum, cum ſpecialiter, tum etiam generaliter. Nam regula juris eſt, collegia eſſe corpora incerta, & inſtitui inutiliter. Et ita definit *l.* 8. *hoc tit.* ut collegium non poſſit hereditatem capere, niſi ſit ei datum ſpeciali privilegio, ſicut diximus datum eſſe collegio Chriſtianorum. Eadem ratione urbes, civitates, municipia, aut municipes, generaliter heredes inſtitui non poſſunt: quia incertum corpus ſunt, ut eſt in epiſtola Plinii, & *lib. regular.* Ulp. Sed tamen *l.* 12. *hoc tit.* concedit & urbi Romæ, & quibuſlibet civitatibus teſtamenti factionem, id eſt, ut capere poſſint ex alienis teſtamentis hereditates, legata, fideicommiſſa, & mortis cauſa donationes. Opus fuit conſtitutione, quæ hoc permitteret, quoniam obſtabat regula juris, ne quid relinquatur incerto corpori, & civitas eſt incertum corpus: Nec enim certum eſt, quod cernis concilium, cœtuſque hominum jure ſociatus. Et olim etiam cum populus Romanus heres inſtituebatur, ut liceret ei adire hereditatem, opus erat SC. ut teſtamento regis Alexandri delato regno populo Romano M. Tullius refert in Rullum auctoritate Senatus populi Romani, eam adiiſſe hereditatem. Item, ut dicamus de aliis, qui heredes inſtitui non poſſunt: quemadmodum teſtatores, & teſtes cives Roman. eſſe oportet, ita etiam heredes inſtitutos, ſive ſcribantur, ſive nuncupentur, ita ut teſtator, & teſtes, & heredes, & legatarii, etiam omnes ſint ejuſdem civitatis cives: Nam peregrini, & advenæ heredes inſtitui non poſſunt, *l.* 1. *hoc t. l.* 36. *C. Th. de heredibus*. Imo peregrini, & advenæ nullo modo habent teſtamenti factionem, id eſt, neque activam, neque paſſivam. Unde oritur jus præcipuum, quod Reges noſtri habent in advenas, quos in idiotiſmo vocamus Albinatos, *aulbains*, deducto ſcilicet nomine ex Latino advena, ut in *l. heres abſens*, §. *perinde, de jud.* Quo loco agit de advena mercatore, Baſilica Gallica habent, *un marcand aulbain:* Nam, ut ſcitis, omnes libri noſtri de Latino in Gallicum ſumma diligentia ſunt tranſlati: imo & libri canonici, qui extant in Bibliotheca Regia, & quod eſt, pene incredibile, gloſſæ omnes ſunt e Latino converſæ in Gallicam linguam, ut jam ex illo loco non ſit dubitandum, quin illa vox idiotica deducatur ex hac Latina *advena*. Advenam non poſſe facere teſtamentum, nec capere ex alieno teſtamento, proinde niſi factus ſit civis, fiſcum jure occupare bona morientis advenæ. Et in peregrino ponamus ſpeciem *ad l.* 2. *hoc t.* Quidam heredem peregrinum ſcripſit: Deinde Lucium civem Romanum ſcripſit ex reſidua parte, quam ille capere non poſſit. L. Titius aſſem obtinebit, vel ut heres teſtam. ſcriptus, vel ut ſubſtitutus, vel ut inſtitutus, quia ille peregrinus nihil prorſus ex teſtam. capere poteſt, *l. qui non militabat*, §. *ult.* & *ſeq. ll. D. eod. tit.* Quia, ut ait *l.* 2. reſidui appellatio, etiam totum admittit: quod utique valet, ſi diligenter advertamus, etiam in l. Julia reſiduorum, ſive de reſiduis: Nam ſi curator aliquis Reipub. cui data eſt pecunia publica in rem aliquam publicam, nihil reliquatus ſit, ſed totam eam pecuniam conſumpſerit in rem ſuam, & nulla ex parte erogaverit in Rempublicam, reus eſt l. Juliæ reſiduorum, quod recte reſiduorum appellatio admittat etiam totam pecuniam, *l.* 4. §. *ſed & qui publicam pecuniam, D. ad l. Jul. peculat.* Pergamus porro: etiam ſervi alieni heredes inſtitui non poſſunt, ſi dominicorum peregrini ſint, vel deportati, quos conſtat eſſe peregrinos. Quoniam ita demum cum ſervo alieno eſt teſtam. factio, ſi & cum domino ejus teſtam. factio fuerit. Propterea quod ſervus ex perſona domini deſignatur, ſive perſonatur, nam alioquin ſervus nullam perſonam haberet, ſed ut noſter Theoph. ait, ex perſona domini χαρακτηρίζεται, id eſt, ut in gloſſematibus leges, *perſonatur*. Ergo ſervi alieni non recte heredes inſtituentur, ſi cum eorum dominis non ſit teſt. factio. Et hoc oſtendit *l.* 10. *hoc t.* Item ſervi proprii poſſunt inſtitui heredes ſine juſta libertate, quæ civem Rom. faciat, quæ tamen hodie, etiamſi non ſit nominatim adſcripta, tacite videtur ineſſe inſtitutioni ex *l. pen. de neceſſ. ſervis hered. inſt.* Servus a. communis .i. quem teſtator communem habet cum alio, & cum libertate, & ſine libertate heres inſtitui poteſt. Cum libertate ſi inſtituatur, quaſi proprius propter partem noſtram, non ſit liber, ſed adcreſcit ſocio, ſecundum jus vetus, quod obtinuit ante Juſtinian. cujus juſſu, ſi adeat hered. noſtram, eam adquirit ſocio. Poteſt etiam ſervus communis heres inſtitui ſine libertate tanquam alienus propter partem ſocii, quæ noſtra non eſt, *l.* 3. *in pr. h. t.* Si modo cum ſocio fuerit teſt. factio. Et etiam hereditas adquiritur ſocio per ſervum, ſi jubente ſocio eam adierit, *l. verum*, §. *ſi ſoc. pro ſoc. & l. Plot. ad l. Fal.* concludit gloſſa peritiſſime in *l.* 1. §. *& ſi plures, inf. de comm. ſerv. man.* Et huc præcipue pertinet, nempe ad ſervum communem heredem inſtit. ſpecies *l.* 3. *h. t.* quæ maxime deſiderat & accurationem meam, & attentionem veſtram. Ponamus ergo ſpeciem: Miles ſervum, quem habet communem cum fratre ſcripſit heredem, ut libertum ſuum, cum non eſſet libertus ſuus, ſed ſervus communis, hoc modo, *Ille libertus meus heres eſto*. Ex quo non ſequitur ſtatim, crediſſe eum ſervum libertum ſuum, licet libertum appellaverit: ex eo non efficitur neceſſario teſtatorem crediſſe eum ſuum libertum eſſe argumento *l. ex his verbis, ſup. de teſtam. mil.* Excidit .n. ſæpe nobis falſa demonſtratio in heredibus inſtituendis, *l. falſa demonſt. de cond. & demonſt.* quæ non vitiat inſtitutionem. Unde in ſpecie propoſita l. 3. ait, naſci quæſtionem voluntatis, videlicet, utrum teſtator inſtituturus eum eſſet, ſi ſervum communem noſſet, an non? Quoniam præterea ponendum eſt, teſtatorem in ejus locum ſubſtituiſſe vulgari modo L. Titium in hunc caſum, ſi neque nollet hereditatem, aut non poſſet adire. Et omnino tenor teſtam. hic fuit. *Stichus libertus meus heres eſto: Et ſi Stichus hered. meam noluerit, aut non potuerit adire, L. Titius mihi heres eſto*, quæ eſt ſubſtitutio vulgaris. Quæritur, cum Stichus ſit inſtitutus ut libertus, nec ſit libertus defuncti, an repellatur ab inſtitutione: atque adeo eo repulſo an ſit locus ſubſtitutioni vulgari? Quæri etiam poteſt, an videatur etiam inſtitutus cum libertate ſub appellatione liberti. Et ſicut in *d. l. ex his verbis, ſup. de teſt. milit.* diſtinguit utrum errore lapſus crediderit eum eſſe libertum ſuum, an habuerit animum miles dandæ libertatis, qui ſervo ſuo ut liberto legavit aliquid: Ita etiam in ſpecie *l.* 3. omnino diſtinguendum eſt, & diſtinguit lex ipſa: Aut errore ductus libertum ſuum eſſe credidit, nec per eum ad alium quemquam, cujus juri forte poſtea ſubjiceretur, hereditatem ſuam pervenire voluit, ita ut non fuerit inſtituturus, ſi noſſet ſervum communem, quandoquidem voluit eum ſolum ſibi heredem eſſe, ſibique adquirere hereditatem, ut liberum hominem, non alii cuiquam, cujus juri fortaſſe poſtea ſubjiceretur deductus in ſervitutem. Et hoc caſu ex voluntate defuncti, verba ſubſtitutionis *ſi hereditatem non adierit, vel adire noluerit*, ſic interpretantur, ſi hereditatem ſibi non acquiſierit, vel quod noluerit, vel quod non potuerit. Ideoq; cum ea verba ita ſint interpretanda ex voluntate defuncti, cum ille ſibi hereditatem non adquiſierit, nec adquirere potuerit, cum ſubjectus ſit alterius poteſtati, manifeſtum eſt, etſi adierit jubente domino, ſubſtitutioni locum eſſe, quia ipſe ſibi non adquiſivit hereditatem: Nam ubi quis quem heredem inſtituit ut libertum ſuum, non aliter inſtituturus, ſi is libertus non ſit, omnino inutilis eſt inſtitutio. Sicut ſi quis aliquem heredem inſtituit ut filium, qui eſt ſuppoſititius filius, quem non inſtituiſſet, ſi noſſet ſuppoſititium, omnino inſtitutio non valet, & ei ſuppoſititio fiſcus heredit. aufert quaſi indigno,

digno, *l.5. sup.tit.prox.l.1.§.ult.sup.de Carbon. edic.l.4.h.t.l. aufertur, in prin.D.de jur.fisc.* Et ita etiam si quis aliquem instituat ut fratrem suum, nec is sit frater, omnino illa institutio nihil valet, ut in specie *l.7.h.t.* quæ talis est. Quidam habens filium unum, extraneum quendam adoptavit in locum fratris, quæ adoptio inutilis est: nam per adoptionem nobis adquirimus filios, vel nepotes, non fratres., vel patruos. Jure civili nulla est adoptio in locum fratris, nulla ἀδελφογονία. Igitur ille; qui adoptatus est, non fit frater, posset fieri filius, vel nepos per adop. non frater. Ergo qui existimabam eum mihi fratrem, simul eum heredem institui ut fratrem, ut duplici honore afficerem, & fratris, & heredis, & heredem eum ex parte, filium autem meum ex reliqua parte heredem institui: hic frater adoptativius, non erit heres, quoniam ut frater institutus est, sed pars ejus hoc casu non aufertur a fisco, B ut supra dictum est de parte filii suppostitii, sed adcrescet parti filii testatoris defuncti, quia non est indignitas in adoptato fratre, quæ est in suppositio filio, & quod aufert fiscus suppositio, ut indigno aufert. Neq.vero ita indignus existimabitur unquam adoptivus, ut suppositius. Et ita est concilianda *l. 4. cum l.7.h.t.* Verum ad eum etiam modum, si quis errore ductus eum servum instituerit heredem, quem existimaret suum esse libertum, non aliter instituturus, quam si esset libertus, non valet institutio: & substitutus vulgariter admittitur ad hereditatem. Et si is servus communis adierit jubente domino, socio testatoris, nihil agit, quoniam non alii voluit hereditatem adquiri, sed ei tantum, quem heredem scripsit. Et hæc est prima pars distinctionis. Altera pars hæc est: Aut verba substitutionis, *si sibi hereditatem adire noluerit, aut non potuerit*, retulit C ad jus, inquit l.1. i. ad id, quod in jure ipso, in reipsa, & in veritate est. Et tunc ea quoque verba interpretamur secundum jus, & secundum rem ipsam, & veritatem, nempe hoc modo: Si neq; sibi, forte manumissus, aut domino suo, hered. adquisiverit. Et ideo si nolit adire hereditatem, ne jubente quidem domino: Potest enim servus, cui datus est substitutus vulgari modo, quamvis jubente domino, nolle adire, ut ait *l. pen. C.de jur.delib.* sicut etiam filiusf. heres institutus dato instituto vulgari, etiam jubente patre, potest nolle adire, *l.filium, de auro & arg.leg.* Si itaq; in hac specie servus noluerit adire jubente domino, substitutus veniet, quia extitit casus substitutionis. Sed si paruerit domino; & adierit, expirat substitutio vulgaris, *l.post aditam, inf.de impub.& aliis subst.* Et hæc est sententia *l.3.* verissima. Sed objiciuntur *l. 3.* duo: primum *§. ult. Inst. de* D *vulg. & pupill.* deinde *l.neque, §. si servum, de milit. testam.* quib.expositis, finis erit. In specie *d.§.ult.* quidam instituit servum alienum, quem existimabat esse liberum, & ei, si heres non esset, vulgari modo substituit Titium. Lex definit in ea specie, propter ea, quæ inferius dicentur, eam hereditatem esse partiendam inter substitutum, & instituti servi dominum. Quod non ita constituitur in *l.3.* cum quis servum communem heredem instituit, quem credebat esse libertum suum, hoc modo: *Ille libertus meus heres esto.* Sed dicemus in specie *§.ult.* cum quis instituit heredem servum alienum, quem credebat esse liberum, dato substituto vulgari, esse locum distinctioni positæ in hac *l. 3.* ut si omnino noluerit per eum heredem, quem credebat esse liberum hominem, ad alium pervenire hereditatem, si plane instituit ut liberum, non aliter instituturus, substituto locus sit om- E nimodo; qui eum solum voluit sibi heredem esse, non per eum alium. Cum igitur is heres non sit, patet locus substituto. Sed si verba ad jus retulit .i. si verba institut. ita accepit, si is, quem instituo, & credo esse liberum, neque sibi hereditatem adquisierit, nec ei, cujus juri postea subjectus esse cœperit: nam ex jure verba illa, *si heres non erit*, hanc vim habent in servo alieno, etiamsi testator credat esse liberum, si neque ipse heres erit, neque alium heredem fecerit, in cujus dominium postea transierit, hoc casu verbis relatis ad jus ipsum, & veritatem ipsam rei, dubitabatur, an substituto locus esset, nec ne. Substitutus dicebat se potiorem in hereditate esse, quod extiterit casus substitutionis: quia neq; ipse sibi adquisivit hereditatem, neque ei,

A cujus juri postea subjectus esse cœpit, sed ei, in cujus dominio jam erat, & fuit semper. Et verba illa substitutionis relata ad jus, pertinent tantum ad liberum hominem heredem institutum, qui postea servus fiat; atqui nec ille liber fuit, nec postea liber factus est, sed semper servus. Ergo extitit casus substitutionis, & potior est substitutus in ea hereditate. Contra dominus heredis instituti dicebat, hoc, quo utimur substitutus, esse subtile nimis, propterea quod nihil referat utrum in alterius dominio postea esse cœperit, an tunc temporis fuerit. Unde dicebat dominus servi, verba substitutionis *si heres non erit*, sic esse accipienda, si neque ipse sibi hereditatem adquisierit, neque ei, in cujus potestate forte est, vel in cujus postea potestatem venerit, res erat valde dubia. Ideoque ex decreto Tiberii Imp. divisa est hereditas ποχυμερῶς inter B substitutum, & dominum heredis instituti, sicut legimus de Apollonio apud Philostratum *lib.* 2. cum inter duos litigaretur de thesauro invento, & uterq; justis & probabilibus rationib. niteretur, inter eos eum thesaurum ex æquis portionib. divisisse, quod esset controversia diremptu difficillima, & ita ut alias ostendi in *l.si paterf. & l.seq. ff. h. t.* idem proponitur, quod in *d. §. ult.de vulg. & pup.* ut fiant duo semisses, ita ut as ex æquis portionibus dividatur inter substitutum & dominum servi heredis instituti. Nam cum esset scriptum, ita ut as, quod sæpe ei accidit, Tribonianus non notas, pro notis accepit. Et cum Justin.jussisset a libris juris omnes notas exsulari, omnia sigla, sive singula amoveri, ut vincla pro vincula dicimus. Cum igitur eas notas, unde orta est controversia illa vexatissima, illud verbum as, accepisset pro notis, eas C ita explanavit, *ita ut alter semis, &c.* Unde orta est illa controversia vexatissima inter doctores de illa *l. paterf.* in concordiam adducenda cum *d.§ ult.* cum lex aperte dicat, ut duo semisses fiant, ita ut as dividatur ex æquis portionibus inter dominum instituti servi, & substitutum, quod & probat *l.sequens, & d.§.ult.* & ita etiam invenio in *l. redhibere, §.pen.de ædilit. edic.* Tribonianum non notas accepisse pro notis in illo loco stipulationis ædilitiæ (*iisdem dieb. reddi*) quæ verba (*iisdem dieb.*) illo loco nullo modo congruunt, & cruciant animum, sed scribendum est (*id reddi*) nec interpretari hic, & explanare eas notas quasi notas: ita *iisdem dieb.* quod confirmat *lex item si servi, §.ult. eod.* in qua ponitur eadem formula stipulationis (*id reddi*) non *iisdem dieb. reddi.* Et facilius est, quod opponitur *l.3.h.t.ex l.neque, §. si servum, de milit.testam.* ubi etiamsi miles ser- D vum proprium heredem sine libertate instituat, quem credidit esse liberum, dicitur omnino inutilem esse institutionem, indistincte inutilem esse. Non adhibetur distinctio talis, qualis in specie *l. 3.* Nec vero adhibenda est, quia non aliter voluit hered. esse, quam si esset liber: sive ea retulit verba ad jus, & ad veritatem ipsam, certum est servum proprium heredem esse non posse sine libertate. Et rectissime in *d.§.si servum* Acc.respondet ad *d.l.3.* hoc modo; ibi inquit .i. in *l.3.* erat servus communis, unde erat, qui quærere poterat hereditatem, nempe socius testatoris: hic erat servus proprius, unde non erat, qui quæreret hereditatem. Igitur non potest heres esse, neque si testator eum aliter esset instituturus, quam heres fit voluntate testatoris si esset liber, quæ erat voluntas defuncti. Neque si ad jus ipsum, vel veritatem referamus hanc rem, & consideremus revera E eum esse proprium servum institutum sine libertate, quoniam servi proprii institutio non valet sine libertate. Igitur servus communis multum differt a proprio. Ut cetera absolvamus, quæ continentur in *h.t.de her.inst.* sciendum est iis, qui heredes institui non possunt, jure veteri ex l. Papia adnumerari virum & uxorem, neque enim uxor testamento viri heres institui potuit, nec vir testam.uxoris, *l.ult.inf. de infir.pœn.cœlib.l.1.de his qui se defer.lib.10.l.ult.C.Theod. de leg. here.* Denique ut conjux conjugem heredem instituere non potest, nisi forte compensandi debiti gratia., ut in specie *l. 6. hoc tit.* Uxor, quæ marito dotis nomine certam pecuniam debebat ex stipulatione, moriens, maritum heredem scripsit ex parte, ita ut eam portionem hereditatis compensaret in dotem debitam,

A quæ utique cum sit adventitia, lucro mariti cedit præmortua uxore, *l. si ab hostibus*, *§. pen. sol. matr.*, *l. Cels. de relig. l. 23. de evict. l. mulier, de cond. inst.* Maritum ergo uxor heredem fecit ex parte compensandi debiti gratia, debitæ marito dotis gratia. *L. 6. ait*, maritum alterutro debere esse contentum, nec posse utrumque petere, & partem hereditatis, & dotem promissam, & ei non tantum obstare severitatem legis & juris, id est, legem Papiam, sed etiam defunctæ voluntatem, quæ compensare voluit cum debito portionem hereditatis, quam marito adscripsit. Certi tamen sunt casus, in quibus libera erat inter maritos testamenti factio, ut si jus liberorum a principe impetrassent, & aliis casibus plerisque, quos retulit Ulpian. *lib. reg. de sol. capac. inter vir. & uxo.* Et his casibus, quibus mariti inter se solidi capacitatem habent ex testam. si uxor heres instituatur, B in *l. 5. hoc tit.* dicitur, non ideo minus jure institutam videri, quod non uxor, sed affinis testamento mariti nominata sit, hoc modo, Affinis mea heres esto. Nam etsi proprie mihi affines sunt uxoris meæ cognati, non uxor mea, sicuti etiam cognati viri & uxoris, non sunt invicem affines, ut soceri, vel comprivigni, sed cognati uxoris sunt affines viro, & cognati viri sunt affines uxori. Vir autem uxori, aut uxor viro non est proprie affinis, sed maritus, vel uxor, nec aliud conjunctionis nomen inter se proprium habent, quam mariti, tamen non ideo minus vitiatur institutio, quod in instituenda uxore maritus non appellaverit uxorem, sed affinem suam, quia nec proprie dicitur uxor affinis. Sed non dicitur etiam improprie affinis, cum inveniamus etiam affinium C nomen dari cognatis, puta filio fratris, qui nobis est cognatus, non affinis. Nam affinitas contrahitur ex nuptiis, id est, es mihi affinis, si soror mea tibi nupserit. Tamen, ut dixi, filius fratris dicitur etiam affinis, Spartianus in Juliano, Julianum despondisse filiam suam affini suo, quem Capitolinus in Pertinace dicit fuisse filium fratris, & Juliani patruum. Pergamus ad reliqua. Notandum maxime censeo, quod proponitur in *l. 9. hoc tit.* his verbis, ut legitur in omnibus libris antiquis, & ita si sic legatur, sensus est evidentior, *extraneum etiam cum moreretur heredem sibi scribi placuit*, puta hoc modo: *L. Titius cum morietur heres esto*. Nec enim, videtur institutus post mortem suam, alioquin non valeret institutio, sed videtur institutus momento ipso moriendi, quod momentum semper in jure tribuitur vitæ, non morti. Si tribueretur D morti, non valeret stipulatio, cum moriar mihi dari, sicut non valet jure veteri, quæ palam confertur post mortem stipulatoris, & quamvis nominatim non recte detur hereditas ex die, quia circumscripto die heres scriptus protinus fit heres, non exspectato die si hereditatem adierit, *l. hereditas, D. hoc tit.* Tamen tacite etiam heredis institutio potest in diem conferri, non expresse, sed tacite, ut diem illum exspectare necesse sit, hoc modo: *cum capere poteris, heres esto, cum adoleveris, heres esto, cum morieris, heres esto, l. in tempus, de hered. instit. l. si mater, de vulg. & pupill. substit.* Ut sæpissime in testamentis, quædam expressa nullum effectum habent, quæ si verbis tegantur, effectum, & momentum aliquod habent, quamvis eandem significationem habeant, quam haberent expressa verba. Et in usu hoc est frequentissimum, ut quæ E expressa sunt non probemus, tacita probemus: ut expressim nihil in testamento contra leges decernere possimus, quoniam plane demonstramus nos velle impugnare jus publicum, quem animum nemo probaturus est. Tacite possumus etiam aliquid statuere adversus leges. Bene autem ait hæc l. extraneum cum moreretur heredem scribi posse: Nam filius certe inutiliter institueretur, hoc modo: Filius meus cum morietur, heres esto: quandoquidem institutioni filii nec mora, nec conditio injici debet, & iis verbis (cum morietur) injicitur mora. Quod etsi non sit conditio, tamen quod suspendat institutionem, veluti conditio est, & certum est filium, vel pure esse instituendum, vel pure exheredandum, nisi sit conditio, quæ sit in ejus potestate, quæ dicitur conditio potestativa. Filius igi-

A tur institutus a patre suo cum morietur, pro præterito habetur ob longam moram. Et recte *lex. 9.* scripta est de extraneo, non de filio. Præterea quod valde notandum est ex *l. pen. hoc tit.* quod hodie sequimur semper, & est locus singularis, ut heres institutus ex rebus certis, vel ex re certa, veluti heres esto ex fundo Tusculano, legatarii loco habeatur, videlicet si adjecti sint alii coheredes scripti sine parte, vel scripti ex parte, puta ex semisse, triente, quadrante, sextante, ex uncia: adjectis aliis coheredibus ex parte, aut sine parte scriptis, qui est scriptus ex fundo Tusculano, loco legatarii est, quod attinet ad actiones hereditatis, ut eas exercere non possit, vel pati non cogatur: & ut earum onus, vel commodum respiciat tantum coheredes scriptos ex partibus, aut sine partibus, ipse vero fundum Tusculanum B habeat sine onere ullo, atque sine commodo actionum hereditariarum: denique ut sit legatarii loco. Constat enim legatarium neque convenire quemquam, neque conveniri hereditariis actionibus, cum juris successor non sit, sed rei tantum. Sic igitur heres scriptus ex re certa, adjectis coheredibus, est successor rei, non juris, aut pro successore rei, non juris habendus est. Et recte *l. 1. §. si ex fundo, ff. eod.* si quis solus heres institutus sit ex fundo, eum habiturum totam hereditatem jure successionis, quod qui testatus est in fundo, videatur & in ceteris bonis testatus: propterea quod unum solum heredem paganus facere non potest ex re certa, id est, ex re certa tantum testatus esse, & ex ceteris intestatus. Ille sane sustinebit & exercebit omnes actiones hereditarias, quia pro eo habetur, ac si esset institutus ex asse. Atque C ita *l. coheredi, §. ult. de vulg. & pup. sub.* eum, qui certæ rei instituitur heres, coherede alio non dato, posse vindicare assem. Igitur quod est in *l. pen. hoc. tit.* ut heres scriptus ex re certa, ex corpore certo, non ex parte assis, sit loco legatarii, verissimum est, cum ei adjecti sunt coheredes scripti sine parte, vel ex parte. Restat tantum *l. ult.* in qua quæritur, an hæc institutio valeat: Sempronius Plotii heres esto. Et quidem si testator, qui ita scripserit, Sempr. Plot. heres esto, non nominetur Plot. sed Cajus, finge, & voluerit tamen his verbis sibi heredem facere, videlicet in eis bonis, quæ jure hereditario a Plotio acceperat, rata est institutio, ratumque testamentum, quia recte dicitur heres Plotii, qui est heres heredis Plotii, juxta regulam antiqui juris, ut ait Justin. in *l. ult.* heres heredis, est heres testatoris. Secundum D quam regulam, heres heredis Titii, & bona Titii sua esse petere potest, vel hereditatem Titii suam esse, *l. 3. de pet. her.* Idemque si velit esse heres heredis Titii, non potest separare bona Titii a ceteris bonis, quæ habuit heres scriptus a Titio, id est, non potest esse heres heredis Titii, quin etiam simul sit heres Titii, *l. 7. §. ult. de adquir. hered.* Item secundum eam regulam, possessio testatoris non tantum heredi accedit, sed etiam heredi heredis, *l. 2. §. etiam, pro empt.* Et similiter mora, quæ facta est defuncto, non tantum heredi ejus competit, sed etiam heredi heredis, *l. cum paterf. de usur.* Et deinceps heredis heredi in infinitum, prout heres alterius heredem supervenit, ut Horatius loquitur, *velut unda supervenit undam*. Et ita August. *advers. Julian. Bona instar undarum, & fluctuum a succedentibus sibi dominis occupari.* E Et sic a primo herede sequentes omnes in infinitum sustinent personam ejus, qui primum heredem scripsit, quod & ejus heredes esse censeantur. Et sic etiam in stipulationibus plerumque heres capitur per longam successionem. Recte per longam successionem, ut loquitur *l. 2. de in litem jurand.* quia heres heredis non directo & principaliter est heres testatoris, sed per successionem, & per mediam personam, *l. ult. de leg. 3.* non suo nomine, sed aliorum nomine. Ergo cum testator ita dicit, *Sempr. Plot. heres esto*: & ita sensit ut Sempr. sibi heres esset ex iis bonis, quæ sibi obvenissent a Plotio, rata est institutio. Rursus si testator, qui sibi instituit Plotium, deinde subjiciat: *Sempronius heres esto*, hoc casu his verbis videtur Sempronium Plotio substituisse vul-

gariter

gariter in locum, partemve ejus, in hunc casum, si Plotius heres non esset. Et ita secundum hanc interpretationem, rata etiam erit hæc institutio, & sive hoc, sive illo modo ea verba interpreteris, ratum est testamentum. Sed si quis voluerit Plotio testamentum facere, his verbis, *Sempronius Plotii heres esto*, irritum est testamentum; nemo alii testamentum facit, sed sibi tantum, nisi filio impuberi, quem habet in potestate, vel furioso. Is enim potest testamentum facere in hunc casum, *si impubes, aut furiosus decesserit*, nimirum facit testamentum jure potestatis ei, qui sibi facere non potest. At filio puberi, & sano, nisi sit miles, testamentum facere non potest, nec extraneo puberi, vel impuberi. Ergo si Plotius sit extraneus, & pubes, vel sanus, id est, sanæ mentis, & ita paganus scribat, vel pronuntiet, *Sempronius Plotii heres esto*, inutile est testamentum. Et rursus si dixeris his verbis, *Sempronius Plotii heres esto, testatorem heredem sibi facere voluisse, sed errasse in nomine suo, & se pro Cajo Plotium appellasse*, nunquam hoc recipiemus, nunquam hanc interpretationem admittemus, quia hoc est penitus improbabile, ut quis ignoret nomen suum, si sanæ mentis sit, alioquin non faceret testamentum. Quædam sunt penitus improbabilia, quæ vix, aut ne vix quidem admittuntur in jure, ut suum quemquam nomen ignorasse in *l. ult.* vel etiam ignorasse vires patrimonii sui, quod etiam ægre admittitur, *l. quisquis, sup. de rescind. vendit.* vel etiam filium fratris ignorasse surditatem patrui sui, cum quo vixit familiariter, *l. octavi gradus, in fine, unde cognat.* vel etiam maritum ignorasse fratris uxoris suæ conditionem, puta ignorasse eum esse liberum. Hoc etiam ægre admittimus, si maritus forte alleget fratrem suæ uxoris, quem quasi servum emit dolo malo sciens, ac fingat se ignorasse conditionem sui affinis, *l. si filium, inf. de liber. caus.* Et similiter non admittimus tutorem, eundemque cognatum, si alleget se ignorasse ætatem pupilli sui, *l. de tutela, sup. de in integr. restit.* Denique quædam sunt ita improbabilia, ut allegata, statim penitus reiiciantur, ut in hac *l. ult.* ut si quis alleget defunctum ignorasse nomen suum, & errasse in nomine suo.

AD TITULUM XXV.

DE INSTITUT. ET SUBSTITUT. SEU RESTITUT. SUB COND. FACT.

Hic titulus est de conditionibus, quæ iniiciuntur institutionibus, & substitutionib. directis, vel etiam substitutionibus precariis, id est, fideicommissariis hereditatibus, quæ in h. t. restitutiones dicuntur, quia Græci ἀποκαταστάσεις etiam substitutiones precarias vocant. Institutio igitur alia est pura, alia conditionalis. Pura statim a morte testatoris hereditatem defert. Conditionalis pendet ex futuri eventus exspectatione. Substitutio autem omnis videtur esse conditionalis, quia vel concipitur in casum non adquisitæ hereditatis, qui primus casus dicitur, & substitutio vulgaris, vel concipitur in casum adquisitæ hereditatis, & mortis, aut si fiat liberis exheredatis in casum mortis tantum, qui secundus casus dicitur in *l. precibus, tit. seq.* & substitutio pupillaris, quod fiat liberis tantum impuberibus, & ad exemplum eorum etiam furiosis ex *l. humanitatis, tit. seq.* Vulgaris substitutio fit omnibus heredibus institutis, cujuscunque sint ætatis, aut conditionis, vel expressa conditione, *si heredes non erunt*, vel etiam tacita, ut *l. ult. sup. tit. prox. Sempronius Plotii heres esto*, videlicet prius instituto herede Plotio. Nec est dubium, quin etiam recte fiat substitutio pupillaris non expressa conditione, hoc modo: *Sempronius Plotii filii mei impuberis heres esto*, vel cum ille Plotius filius esset testatoris impubes, hoc modo, *Sempronius Plotii heres esto*. Quamobrem verius est & substitutionem aliam esse puram, aliam conditionalem. Pura est, cui non ex testamento, sed extrinsecus, reipsa, tacite conditio inest, quæ juris conditio dicitur in *l. bovem, §. ult. de ædi-*

A *lit. edic.* Et licet mora suspendat substitutionem, ea tamen conditio juris substitutionem conditionalem non facit, *l. conditiones, de condit. & demonst. l. 6. quando dies leg. ced.* Et quod dicitur spem substitutionis non transmitti in heredem, *l. si ex pluribus, de suis & legit. her. l. sed si plures, l. Lucius, §. ult. l. qui habebat, de vulg. & pupil. substit.* Quod, inquam, dicitur, spem substitutionis non transmitti in heredem, hoc non facit conditio tacita, sive conditio juris, quæ inest substitutioni, sed regula juris, quæ vetat hereditatem non adquisitam in heredem transmitti, cujus regulæ ratio est, quia omnis hereditas transmittitur in personam, non in rem. Et generalis est regula, quæ locum habet & in institutionib. & substitutionibus, id est, sive per institutionem, sive per substitutionem deferatur hereditas, *l. unica, §. in novissimo, inf. de cad. toll. l. 6. §.* B *ult. & l. 7. de inoff. testam. l. 1. C. Theod. de legit. her.* & locum habet etiam in bon. poss. *l. 3. §. adquirere, de bon. poss.* & in fideicommiss. hereditate, *l. 11. §. utrum, ad Senatusconsf. Trebell.* Conditionalis autem substitutio est, cui ex ipso testamento proponitur conditio certa, veluti si navis ex Asia venerit. Hæc divisio substitutionum in puram & conditionalem probatur ex *l. qui lib. impuber. de vulg. & pupil. substit.* Quid vero est institutio? quid substitutio? quid restitutio? quid conditio? tot enim sunt termini in h. t. Institutio est prima scriptura testamenti, quæ primo heredi hereditatem defert. Substitutio est sequens scriptura testamenti, qua post instit. sibi quis facit heredem, vel suis liberis testam. factionem non habentibus: vel substitutio est secundi, vel tertii institutio, & sic deinceps in infinitum. Restitutio a. est substitutio precaria, si- C ve hereditas ab herede scripto per fideicom. relicta. Conditio a. est futuri casus incertus eventus, vel huic tit. accommodatius: Conditio est lex adiecta institutioni, aut substitutioni directæ, aut precariæ, quæ effectum ejus differt in futurum & incertum eventum. Et alia est conditio potestativa, alia casualis, ut Just. loquitur. Potestativa conditio, quæ dicitur a Græcis ἐξουσιαστικὴ, vel elegantius ἐφ' ἡμῖν, ea est, quæ ponitur in potestate & arbitrio heredis instituti, veluti *si Capitolium ascenderis*. Casualis a. conditio est, quæ in casu & eventu futuro, fortuitoque ponitur, veluti *si navis ex Asia venerit, si Titius consul factus fuerit, si hodie tonuerit, si fulserit.* Et addamus etiam tertium genus, puta conditionem mixtam ex utroq; quæ pendet partim ex voluntate heredis instituti, partim ex casu, veluti *si Titio consule Capitolium ascenderis*, in *l. ult.* D *§. ult. inf. de caduc. toll. l. ult. inf. de necess. her. inst.* Et inter hæc genera conditionum hæc ponitur differentia in *l. 4. hoc t.* a cujus interpretatione incipiam, deinde ceteras omnes hujus tit. ll. sigillatim explicaturus. Filius non potest a patre institui sub omni conditione. Sub potestativa instituitur recte, quia pro pure instituto habetur, cui apponitur conditio, cujus ipse arbiter est, vel quæ ex ejus voluntate pendet. Institutio facta sub conditione potestativa habetur pro pura, *l. 1. §. qui sub conditione, si quis omissa causa test.* Et qui sub ea heres institutus est, si conditionem nolit implere, non videtur deficere conditio, sed ab eo omitti, *l. si libertus, §. existimo, de bon. lib.* Ideoque filius eo quod sit institutus a patre sub conditione potestativa, patrem intestatum non facit, quia rite institutus est, & proinde est, ac si esset institutus pure, uti E etiam ex l. 12. tab. omnino filium a patre, aut pure institui, aut pure exheredari oportet, ne si prætereatur, patrem faciat intestatum. Quod si filius sit institutus a patre sub conditione casuali, & in ejus conditionis defectum non sit exheredatus a substitutis, vel a coheredibus, pro præterito habetur, & patrem statim intestatum facit. Idemque est si sit institutus sub mixta conditione, quoniam & hæc partim casualis est, *l. 4. l. jam dubitari, ff. de her. inst. & l. 4. hoc t.* Et summe est notandum hoc, quod dixi esse proprium in filio ex antiquissimo jure: Nam idem non servatur in filia, aut nepote, ceterisque liberis, quoniam filia, nepos, & ceteri liberi recte instituuntur sub qualibet conditione, propterea quod deficiente casuali conditione, si sub ea instituti fue-

runt, pro exheredatis habentur ex generali clausula, quæ solebat præscribi in testamentis: *Ceteri exheredes sunto*, *l. Lucius, de lib. & post.* Neque enim filia, nepos, & ceteri liberi sunt exheredandi nominatim, ut filii, & satis est si exheredentur inter ceteros perfunctorie, perfusorie, & generaliter illis verbis, *ceteri exheredes sunto*. Liberi scilicet, vel propinqui, vel amici. Denique hoc est ex intima prudentia juris in filio proprium, ut sit instituendus, vel exheredandus nominatim, & ut non instituatur recte sub conditione casuali, vel mixta, nisi subjecta sit exheredatio statim in ejus conditionis defectum, ut ei satisfiat omnimodo. Et hoc utique verum est, ut filia, nepos, & ceteri liberi possint institui etiam sub conditione casuali, vel mixta, non subdita exheredatione in defectum conditionis. Verum, inquam, hoc est, etiamsi nepos tempore testamenti obtineat locum sui heredis, nemine scilicet gradu præcedente, quod patet exemplo filiæ, quæ proculdubio obtinet locum sui heredis tempore testamenti, & tamen recte instituitur sub qualibet conditione, non subdita exheredatione nominatim, ut plane evidens sit in hac re hallucinari Accursium in hac *l.4.* cum filio comparat nepotem, qui tempore testamenti sui heredis locum obtinet, ut scilicet idem sit juris in uno, quod in altero. Et in eodem errore etiam versantur Joannes & Azo, ut idem Accursius retulit ad *l.6. §. nepotes, ff. de hered. instit.* Nunc apertissima erit species *l.4.* Pater in Mauritania provincia, ut ponit lex, quæ illi erat patria, ita testatus est: *L. Titius filius meus si in patriam revertatur mihi heres esto.* Id est, si in Mauritaniam revertatur. Ille filius trans mare agit, & longissime, veluti Lugduni, aut Romæ. Et cum esset aditioni præscriptus dies, vel institutioni hoc modo: *Filius meus si in patriam revertatur intra tot dies, heres esto*, & non possit reverti, non possit conditionem implere per hiemis conditionem, vel quem alium casum majorem, atque fortuitum, videtur institutus sub conditione casuali, quæ non est in ejus potestate, & ideo hereditatem adire potest, jure intestati scilicet, quia pater jure testatus non videtur, qui filium heredem scripsit sub conditione casuali & difficili, vel etiam potest petere bonorum possessionem contra tabulas, quasi præteritus. Et loquitur *hæc lex* 4. de filiofamil. de suo herede, & tamen dicit, eum adire hereditatem posse ab intestato, ut sæpe alias invenies etiam suum heredem dici adire hereditatem, *l. si filius, de collat. bonor. l. si duo, de adquir. hered.* Quibus locis, ut in hac *l.4.* vel adire accipitur pro miscere se hereditati paternæ, vel sane proprie, quia hoc tantum invenitur scriptum, in suis heredibus non esse necessariam aditionem, quia ipso jure existunt etiam inviti & ignorantes, *l. in suis, de suis & leg. hered.* In suis heredibus esse supervacaneam aditionem, *l.7. de inoffic. testam.* Non quod non possint adire hereditatem, si velint, & peragere solemnia cretionis, sive aditionis. Et debeo huic legi etiam addere interpretationem *l. 1.* Species est apertissima: Avunculus neptem filiam sororis heredem scripsit sub conditione, *Si Lucio Titio nuberet.* Honesta est conditio, quæ non remittitur. Et ideo si per eam fiat, quo minus nubat Luc. Titio, heres non erit, quia deficit conditio institutionis, sed si per Luc. Titium fiat, quo minus ei nubat, quæ parata est ei nubere, nihilominus hereditatem adire poterit ex testamento, quia conditio pro impleta habetur. Res est facillima expeditu: nec fuit cur in specie tantum adlaboraret Accursius, qui affixit amplissimam glossam, dum opponit huic *l.1. l.4. inf. de condit. inser. tam legat. quam fideicom.* Cujus legis species hæc est: Legavit patruus filiæ fratris sub eadem conditione, *Si Lucio Titio nuberet* (nihil refert legaverit, an instituerit) post mortem patrui L. Titius mortuus est, antequam ea mulier ei nuberet, an poterit accipere, & vindicare legatum? Minime, quia defecit conditio: nec enim nupsit Lucio Titio. Quærit Accursius quemadmodum sit respondendum, adhibitis multis distinctionibus contrariis, cum uno verbo res absolvi possit in *d. l.4. inf. de condit. insert.* cui est similis *lex in testamento, de condit. & demonst.* Mulier non admittitur ad legatum, quia conditio, *Si Titio nupserit*, defecit morte Titii, quæ contigit post mortem testatoris, antequam ea Titio nupsisset. In specie a. *l. 1.* conditio pro impleta habetur, quando facto ejus, in cujus personam conditio impleri debet, evenit, ne impleretur, juxta regulam *l. in omnibus causis, de reg. juris*, sicut & plerisque aliis casibus conditiones pro impletis habentur, quando ea persona, cujus interest, conditionem non implevit, & ne ea impleatur impedimento est, vel etiam, ut in hoc casu, quoties ea persona, in cujus personam ea conditio impleri debet, non patitur eam impleri in suam personam. At in *d. l.4.* ut dixi, quia post mortem testatoris mortuus est L. Titius, qui nullum impedimentum nuptiis attulerat, defecit conditio, propterea quod mortuus est eo tempore, quo potuit a muliere impleri conditio, id est, post mortem patrui, quæ tamen non fuit impleta, quod observandum. Mortuum scilicet fuisse L. Titium post mortem testatoris: Nam si vivo testatore mortuus fuisset L. Tit. aliud dicerem, nempe deberi legatum, quod L. Tit. mortuus sit eo tempore, quo conditio impleri non debuit, nempe vivo testatore, qui eam voluit impleri post mortem suam, contractis nuptiis cum L. Titio. Et hoc si observes abscise, nihil obstabunt quæcunque alia adfert Accursius. Primum non obstabit *l. turpia, §.1. de leg. 1.* cui similis est *l. filiæ, in prin. de cond. & dem.* species hujus hæc est: Lego Cajæ centum, si arbitratu L. Tit. nupserit, id est, consulto L. Titio. Luc. Tit. mortuus est vivo testatore, & nupsit puella inconsulto L. Tit. qui non erat in rebus humanis, capiet legatum, quoniam per eam non stat, quo minus consulat, & sit parata consulere L. Tit. si superesset. Et L. Tit. decessit eo tempore, quo conditio impleri non debuit, id est, vivo testatore: Nam si decesserit post mortem testat. cum eum puella consulere poterat, conditio defecisse intelligitur. Et eadem est ratio *l. annua, in prin. de annuis leg.* Species hæc est: *Illi lego tot, si cum matre mea moretur*, mortua est mater vivo testatore, quo tempore non debuit morari cum ea, capiet legatum. Contra si mortua sit mater post mortem testatoris, antequam cum ea demorari cœpisset, non capiet legatum, quia defecit conditio. Eadem est etiam ratio *l. turpia, de leg. 1. & l. quæ sub condit. §. quotiens, de condit. instit.* Species hæc est: *Heres esto, aut tibi lego, si Stichum servum tuum manumiseris*, quæ conditio impleri debet post mortem, ut quælibet conditio non promiscua, *l. 11. de cond. & demonst.* conditio talis fuit: *si Stichum servum tuum manumiseris*: & Stichus occisus est antequam manumitteretur, aut occisus est vivo testatore, cum nondum deberet manumitti, nondum impleri conditio illa, & capit hereditatem, vel legatum, quod sub ea conditione relictum est. Sed si occisus sit Stichus post mortem testatoris, cum nondum esset manumissus, qui debuit manumitti, defecisse conditio intelligitur. Quod etiam probat *l. inde Nerat. §. idem Jul. D. ad l. Aquil.* & ita est concilianda *l.4.* cum *d. l. turpia, §. pen. & d. l. quæ sub cond.* posita supradicta distinctione, utrum servus ille vivo testatore occisus sit, an post mortem ejus.

Ad L. II. Conditioni, sub qua *testamento matris tuæ heres instituta es, si non paruisti, locum habet substitutio: Nec enim videri potest sub specie turpium nuptiarum viduitatem tibi indixisse, cum te filio sororis suæ, consobrino tuo, probabili consilio, matrimonio jungere voluerit. Nec extraordinario auxilio indiges, cum his precibus, quas libello complexa es, declaretur, non per eum stetisse, quo minus supremæ voluntati matris tuæ testatricis satisfieret.*

Ad L. III. Si mater vos *sub conditione emancipationis heredes instituit, & priusquam voluntati defunctæ pareretur, sententiam deportationis pater meruit, vel aliter defunctus est, morte ejus, vel alio modo patria potestat. liberati, jus adeundæ hereditatis cum sua causa quæsistis.*

QUO de genere conditionis institutionum apposita est *l. 1.* de eodem etiam est *l. 2.* cum puella heres institui-

stituitur sub conditione, *si certæ personæ nupserit, veluti Titio*, & est species hujusmodi *l.* 2. Mater filiam ita heredem instituit: Filia mihi heres esto, si nupserit filio sororis meæ, consobrino suo. Hanc conditionem mater adscripsit, ut ait *l.* ducta probabili consilio, dum certa quadam ratione vult filiam suam filio sororis suæ consobrino nubere. Lex prudens consilium testatricis spectat, ut in *l. Luc. Tit. in fin. de hered. inst.* Quod si filia heres non esset, mater in ejus locum substituit Sempron. vulgari modo; Quæritur an hæc conditio remittenda sit filiæ, ut necesse non habeat eam adimplere, ut etiam ea non impleta admitti ad hereditatem maternam possit, & excludere substitutum? Nam post admissam hereditatem si jure admissa sit, substitutio vulgaris extinguitur, *l. post aditam, tit. seq.* Et tentari potest hanc conditionem esse remittendam, quasi turpem ex *l. non dubitamus, de cond. & demonstr.* Videtur turpis & inhonesta esse conditio, quæ vult inter se consobrinos matrimonio conjungi. Et consequenter quasi indicto turpi matrimonio, videtur filiæ indicta viduitas, quæ conditio viduitatis remittitur lege Julia Miscella, non tantum si sit expressa, sed etiam si tacite insit, *l. cum tale, §. si arbitratu, de cond. & demonst.* Sed cum ex constitutionibus, quas Justinianus probavit, certissimum sit, eam conditionem non esse turpem, & consobrinam consobrino honeste nubere posse, *l. celebrandis, C. de nupt. & §. duorum, Inst. de nupt.* Consequens etiam est, filiam excludi ab hereditate materna, & vocari substitutum, si conditioni non obtemperaverit, si consobrino nubere noluerit, *l. cum ita legatum, de condit. & demonst.* Et additur in hac *l.* 2. etiam filiæ, ut capere possit hereditatem maternam non impleta conditione, non subveniri in hac re extraordinario auxilio, puta data utili hereditatis petitione, aut persecutione, aut utili interdicto quorum bonorum. Omnis actio utilis est extraordinarium judicium & auxilium, ut in *l. cum filiusf. de reb. cred.* Cum dicitur subveniri extraordinario judicio filiofamil. qui viaticum, quod ei peregre agenti misit pater, alii mutuum dedit, hoc significatur, dari ei utilem condictionem creditæ pecuniæ, utilem actionem si certum petatur, directa nimirum competente patri ei confestim adquisita per filium, non filio. Nam regula juris est, ex suis contractibus non dari actionem filiofamil. sed patri ejus. Ceterum absente patre ex omnibus contractibus etiam filiofamil. dantur, & competunt actiones utiles, quæ extraordinariæ dicuntur, & in factum actiones. Et ita accipienda est *lex in factum, de oblig. & action.* ut in factum actiones, id est, utiles, etiam per filiumfamil. exerceri possint. Extraordinarium igitur auxilium in hac *l.* 2. interpretor esse utilem persecutionem hereditatis maternæ, quæ quidem, fateor, dabitur filiæ, si per consobrinum stet quo minus nuptiæ fiant, ut in *l.* 1. *hoc tit.* quia conditio habetur pro impleta. Et generaliter in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit, quo minus fiat. Si per filiamf. steterit, quo minus conditio impleretur, non per consobrinum, puta ea respuente conditionem, consobrino petente, hoc casu, de quo agit *l.* 2. nec ordinario, nec extraordinario remedio filiæ aditus est ad hereditatem. *Non indiget*, inquit lex, *extraordinario auxilio*. Honestius quid aliis negamus, dum eo nihil illum indigere dicimus. Ergo si filia non præbeat obsequium matri, si per eam fiat, quo minus consobrino nubat, nullo modo capiet hereditatem maternam. Sed si per consobrinum fiat, non per ipsam, ei subvenitur extraordinario judicio. Adnotandum etiam ei subveniri non impleta conditione extraordinario judicio, consobrino mortuo, viva testatrice. Ita est scriptum rectissime, & consulta opera in *l. qui ex fratribus, de cond. instit.* Consobrino mortuo vivo testatore, quo scilicet tempore conditio impleri non debuit. Est enim hæc conditio ex numero earum, quæ promiscuæ vocantur, quæ nonnisi post mortem testatoris implentur, *l.* 1 *de cond. & demonstr.* Si est conditio potestativa, quæ ideo dicitur promiscua, quod nulla sit potestativa, quin possit esse ca-

A sualis, id est, difficilis implendo, *si Lugdunum iveris*, est potestativa. Quandoque non est potestativa, si quæ causa impediat, ne quis Lugdunum eat. Omnis potestativa conditio est promiscua. Casualis non est promiscua, quia nullo casu potest esse potestativa, in potestate nostra scilicet, & in facili. Consobrino igitur mortuo, viva testatrice, filia veniet ad hereditatem maternam, sine ulla controversia. Mortuo autem consobrino post mortem testatricis, si per eum non stetisset, dum vixit, quo minus nuptiæ fierent, filia repellitur ab hereditate materna, *l.* 4. *inf. de cond. infert. l. in testam. de cond. & demon.* Quæ distinctio unam dirimit, & multas alias controversias de conditionibus, an si non sint impletæ, nihilominus vel heredes veniant ad hereditatem, vel legatarii perveniant ad legatum, aut fideicommiss. ut ecce

B legato ita relicto sub hac conditione: *si Titio* 10. *dederit*, mortuo Titio vivo testatore debetur legatum, mortuo Titio post mortem testatoris, antequam legatarius dederit decem, non debetur legatum, *l. cum ita datur, de cond. & demonst.* Itemque legato relicto sub hac conditione: *Si Stichum servum tuum manum.* Sticho mortuo vivo testatore, quo tempore non debuit manumitti, debetur legatum, *l. turpia §. pen. de leg.* 1. *l.* 8. *quotiens, de cond. inst.* Sticho autem mortuo post mortem testatoris ante manumissionem non debetur legatum, *l. inde Nerat. §. idem Jul. D. ad l. Aq.* Item legato relicto sub conditione: *lego Tit. centum, si moretur cum matre mea*, mortua matre vivo testatore, debetur legatum, mortua matre post mortem testatoris, cum nondum cum matre moraretur, non debetur legatum, *l. annua, in princ. de annuis leg.*

C Ut autem aliquid de matrimonio inter consobrinos dicamus, prisco jure cum consobrinis fuit connubium usque ad Theod. Imperat. qui prohibuit nuptias inter consobrinos sine venia Principis, *l.* 3. *C. Theod. de incest. nupt. l.* 1. *C. Theod. si nupt. ex rescript.* Quia scilicet consobrini sunt tanquam fratres, & sorores, & dicuntur etiam fratres, & sorores patrueles, vel matrueles. Horruit Theod. licitum propter proximitatem illiciti, propter communionem nominis, censuitque, ut inter fratrem & sororem, ita & inter fratrem & sororem patruelem, qui consobrini dicuntur, prohibendas esse nuptias sine venia Principis: sed eam constitutionem Theod. statim non obtinuisse, patet ex *d. l. celebrandis*, obtinuit tamen successu temporis, & eo jure utimur. Qua de causa dicta *l. celebrandis* non est in Basilicis, & in *d. §. duorum*, Theoph.

D addit negationem, quasi essent illicitæ nuptiæ, & injustæ inter consobrinos. Et in hac *l.* 2. Basilica habent προσεξαδέλφῳ, pro consobrino: Nam in Oriente prohibitæ fuerunt nuptiæ tandem non tantum inter consobrinos, qui sunt in quarto gradu, & dicuntur προσεξάδελφοι, sed etiam inter sobrinos, id est, inter sobrinarum filios, qui sunt sexto gradu, & dicuntur δεύτεροι ἐξάδελφοι, non tamen prohibitæ inter sobrinorum filios, qui dicuntur τρισεξάδελφοι, & sunt octavo gradu. Hodie igitur, quia eo jure utimur, ut hæc conditio, si consobrino nupserit, habeatur pro illicita, ut inter consobrinos sint illicitæ nuptiæ, dicemus hanc conditionem esse remittendam, & habendam pro non scripta, nisi scilicet testator conditionem ad jus retulerit, & ita acceperit, *si consobrino, uti oportet, nupserit*, sive petita venia a Principe, vel Pon-

E tifice. Etiam vetustiores videntur inter consobrinos nuptias non admodum approbasse. Nam & Æschylus scribit, filias Danai Argos venisse fugientes consobrinos, a quibus appetebantur, & nuptias eas vocat οὐ σεβασμίους γάμους, id est, *non venerabiles*, non persequendas, vel appetendas. At forte non hac ratione, sed alia, quod consobrinis eas insequentibus, & appetentibus nuptiæ admodum nefariæ, & infelices fuerint, & infelicitas sæpe arguit eas displicere naturæ. Lex 3. est de alio genere conditionis, de conditione emancipationis: mater si filium hered. instituit sub conditione emancipationis: *Fili, heres esto, si a patre emancipatus fueris*, filius non fuit emancipatus a patre, sed sui juris effectus est alio modo, puta mortuo patre, vel capite deminuto. Quæritur an admittatur,

tatur, & adire possit hereditatem maternam. Lex ait jus ei esse adeundæ hereditatis cum sua causa, cum onere æris alieni, cum onere legatorum, etiamsi non emancipatione sui juris effectus sit. Id lex sumpsit ex voluntate defunctæ, quæ regit conditiones, & quæ ideo adscripsit hanc conditionem, *si a patre emancipatus fueris*, ne patri per filium adquiretur hereditas, quoniam nolebat ad maritum suum bona sua pervenire, quæ utique etiam pervenient ad eum, si filius alias sui juris effectus sit, vel mortuo patre, vel deportato, vel in metallum condemnato sine emancipatione, vel dignitate, aut sacerdotio obveniente filio. Et hæc quidem ratio apponendæ conditionis est communis matri, & extraneo cuilibet, & frequentissima: de herede instituto sub conditione emancipationis *l. quidam, de hered. inst. l. duos ? l. avia, de condit. & demonst. l. filiis, sup. de inoff. testam.* Ubi etiam ait, matrem, quod mores mariti suspectos haberet, filium heredem instituisse sub conditione emancipationis; in quo causam exprimit apponendæ hujus conditionis. Sic etiam in *l. ult. de petit. hered. l. 3. §. si heres, de minorib. l. pen. unde liberi, l. divi, de jure codic.* & Plin. *lib. 8. Epistol. 18. Curtius*, inquit, *perosus generum suum, sub hac conditione filiam ejus, neptem suam heredem instituerat, si esset manu patris emissa*. Et Sueton. in Vitellio: hunc heredem a matre sub conditione institutum, *si exiisset e patris potestate*, manu emisit. Frequentissimum erat, ut institutis filiisfamil. hanc testatores conditionem apponerent, ut ad eos, non ad parentes perveniret hereditas. Igitur hæc etiam conditio, de qua est lex 3. imponitur institutioni probabili consilio defunctæ, imo & omnis conditio testamenti. Nam ut natura nihil frustra facit, ita nec homo sanæ mentis. Et conditio igitur est, ut iis definitionibus, quas prima recitatione tradidi, utar. Conditio est lex certa, qua testator probabili consilio alium ad suum testamentum invitat. Quod vero proponitur in hac *l. 3.* idem sequendum ex diverso, nimirum casu mortis, si sit positus in conditione institutionis, ducto ad casum emancipationis: Nam ut ex hac *l. 3.* casus emancipationis, ducitur ad casum mortis, vel alium casum, quo filius sui juris fiat: ita ex diverso casus mortis deducitur ad casum emancipationis, ut si filius instituatur sub hac conditione, *si morte patris sui juris fiat*, & emancipetur a patre, statim capiet hereditatem ex tacita voluntate testatoris, qui ideo expressit tantum casum mortis, quia credebat patrem eum non emancipaturum, ac proinde non relicturum filio commodum hereditatis. Denique etiam casus mortis trahitur ad casum emancipationis, & quemlibet alium, quo sui juris fiat. Quæ est sententia *l. fideicomm. §. si cui ita fuerit, de leg. 3. & l. mulier, ad Senatusconf. Trebell. & l. si ita esset. Quando dies leg.* Nec dicendum est, expectandam esse mortem patris, si filius ejus sit a matre, vel extraneo institutus sub conditione, *si morte patris suis juris fiat*. Nam posset quis dicere, si emancipatus sit, adhuc tamen esse expectandam mortem patris, antequam adeat hereditatem testamento delatam. Et prima fronte hoc videtur adstruere *d. §. si cui ita fuerit*, nisi adhibeatur interpretatio. Primum enim lex ait, fideicommissum ita relictum filiofamil. si morte patris suis juris fiat, tum subjicit, filio emancipato a patre non videri defecisse conditionem, quod convenit cum superioribus omnino. Verum subjicit, sed & cum mors patri contingat, quasi existente conditione ad fideicommissum admittetur, ut videatur exigere mortem patris, nec sit contentus emancipatione. Sed hic est omnino sensus hujus legis, ut admittatur ad fideicommissum, sive contingat mors patris, sive emancipatio filii. Utroque casu, ut dies fideicommissi cedat ex tacita voluntate defuncti, cui potissimum adservire debemus, quæ regit, & facit conditionem, non sermo, non scriptura conditionalis, *l. in conditionibus, & l. pater, de cond. & demonst.* Et ita etiam in *l. ult. hoc tit.* demonstrabitur in substitutionibus sæpissime casum expressum duci ad tacitum, & ubique esse servandam semper defuncti voluntatem.

Ad L. V. Reprehendenda tu magis es, *quam mater tua: illa enim si heredem te sibi esse vellet, id quod est inutile, matrimonium te dirimere cum viro non juberet, tu porro voluntatem ejus divortio comprobasti. Oportuerat autem, etsi conditio hujusmodi admitteretur, præferre lucro concordiam maritalem: Enim vero cum boni mores hæc observari vetent: sine ullo damno conjunctionem retinere potuisti. Redi igitur ad maritum, sciens hereditatem matris, etiamsi redieris, retenturam: quippe quam retineres, licet prorsus ab eo non recessisses.*

LEX 5. hoc tit. tractat de conditione divortii, & valde pertinet ad bonos mores. Mater filiam instituit sub conditione, *si a marito diverteret*. Hæc conditio est inutilis, quia est contra bonos mores, & remittitur *l. 2. inf. de condit. insert. l. 8. de usu, & habit.* Et ait *d. l. 2.* eam nonnunquam remitti, quia aliquando possit esse divortii justa causa, & probabilis. Frequentius remittitur. Igitur filia heres instituta a matre sub conditione divortii, etiamsi non divertat a marito, hereditatem maternam capere potest. Et si forte divertat, dum putat se aliter non posse pervenire ad bona matris, quam si pareat voluntati ejus, id est, conditioni testamento scriptæ, & discedat a marito, si, inquam, hoc faciat filia per imperitiam, nesciens divortii conditionem jure publico remitti, majori reprehensione est digna, quam mater, quæ divortium indixit, ut ait hæc lex rectissime, & sanctissime: Nam mater odio generi filiæ divortium indixit genere conditionis. Filia lucri avidior, quam fidei, & concordiæ maritalis divortium fecit, mater voluit divortium fieri, filia divortium fecit, majus est delictum facientis, quam jubentis, ut recte colliges ex *h. l. 5.* Suadent ergo merito Impp. filiæ, quæ per imperitiam divertit a marito, dum putat non nisi facto divortio hereditatem maternam adire posse, ut redeat ad maritum, & nihilominus retineat bona materna, quæ & habuisset, & retinuisset, etiamsi non divertisset. Hæc est sententia legis 5. cui addenda est etiam explicatio *d. l. 2. inf. de cond. inser.* maxime quod in ea dicatur ejus legis species multum longeque ab ista lege differre. Sciendum est heredem, a quo legatum relictum est in diem certum, ex edicto Prætoris interim ante diem debere cavere legatario de legato solvendo cum dies venerit, si hoc legatarius desideret, & petierit, nisi scilicet testator heredi hanc conditionem remiserit: Potest enim remitti ex constitutione D. Marci quolibet indicio voluntatis, *l. 2. inf. ut in poss. leg.* Nam finge: pater filiam heredem scripsit, & ab ea Lucio Titio legatum reliquit in diem certum, vel in conditionem certam: idem filiæ suæ remisit cautionem ejus legati, si a marito diverteret, dum cavit, ut ita demum hanc caveret cautionem legatario, si a marito non diverteret. Si igitur divertit, ut non subiret onus cautionis: Illa vero non divertit a marito, non paruit voluntati patris, qui omnino volebat eam divertere a marito, & fecit ut probam decet, quæ fidem servavit viro libentius, quam paruit patri. Sed si ideo etiam detrectet cavere de legato, facit improbe contra voluntatem patris, quæ pugnabat cum utilitate publica, quæ exigit ne temere conjugia dissolvantur, fecit improbe contra patris voluntatem, contra jus publicum, id est, contra edictum Prætoris simul, & contra voluntatem patris, non cavendo de legato. Nam quatenus non divertit a marito, facit quidem contra voluntatem patris, sed secundum bonos mores, quatenus non cavit de legato, facit & contra edictum prætoris, & contra voluntatem patris, qui voluit eam cavere de legato, si non diverteret. Igitur si non divertat, omnino cavere debet de legato, & alia est causa legati, aut hereditatis filiæ relictæ sub conditione si diverteret. Nam si non divertat, nihilominus heredit. aut legatum capiet. Remissa autem cautione legati si diverteret, si non divertat, non remittitur etiam cautio legati, quia absurdum est negligi formam edicti perpetui, quod non paret voluntati defuncti. Igitur fecit quidem probe si

non

non divertat, ſed facit improbe, ſi hoc colore, quod non obtemperaverit patri divertendo, velit ſe exonerare onere ſatiſdandi, aut fideicommiſſo. Hæc eſt ſincera interpretatio hujus legis 5. Transeamus ad legem 6.

Ad L. VI. Generaliter ſancimus, *ſi quis ita verba ſua compoſuerit, ut edicat*, ſi filius, vel filia inteſtatus, vel inteſtata, vel ſine liberis, aut ſine teſtamento, vel ſine nuptiis deceſſerit: *& ipſe, vel ipſa liberos ſuſtulerit, ſive nuptias contraxerit, ſive teſtamentum fecerit: firmiter res poſſideri, & non eſſe locum ſubſtitutioni eorum, vel reſtitutioni. Si enim nihil ex his fuerit ſubſecutum: tunc valere conditionem, & res ſecundum verba teſtamenti reſtitui, ut incertus ſucceſſionis morientis exitus videatur, certo ſubſtitutionis, vel reſtitutionis fine concludi. Cui enim ferendus eſt intellectus, ſi forſitan teſtamentum quidem non fecerit, poſteritatem autem habuerit: propter hujuſmodi verborum anguſtias liberos ejus omni pene fructu paterno defraudari? Viam itaque impiam obſtruentes, ut ne quis alius deviet, hujuſmodi facimus ſanctionem: & hanc legem in perpetuum valituram inducimus, tam patribus, quam liberis gratam: quo exemplo etiam aliis perſonis, licet extraneæ ſint, de quibus hujuſmodi aliquid ſcriptum fuerit, medemur.*

Ad §. Cum autem invenimus *excelſi ingenii Papinianum in hujuſmodi caſu, in quo pater filiis ſuis ſubſtituit, nulla liberorum ex his procreandorum adjectione habita, optimo intellectu diſpoſuiſſe, evaneſcere ſubſtitutionem, ſi is, qui ſubſtitutione prægravatus eſt, pater efficiatur, & liberos ſuſtulerit, intelligentem non eſſe veriſimile, patrem ſi de nepotibus cogitaverit, talem feciſſe ſubſtitutionem: humanitatis intuitu hoc latius, & pinguius interpretandum eſſe credidimus, ut & ſi quis naturales filios habeat, & partem eis reliquerit, vel dederit uſque ad modum, quem nos ſtatuimus, & ſubſtitutioni eos ſubjugaverit, nulla liberorum eorum mentione facta: & hic intelligi evaneſcere ſubſtitutionem, liberis eum excludentibus, & intellectu optimo his, qui ad ſubſtitutionem vocantur, obſiſtente, & non concedente ad eos eam partem venire, ſe ad filios, vel filias, nepotes, vel neptes, pronepotes, vel proneptes morientis tranſmittente, & non aliter ſubſtitutione locum accipiente, niſi ipſi liberi ſine juſta ſobole deceſſerint, ut quod inter juſtos liberos ſancitum eſt, hoc & in naturales filios extendatur. Quæ omnia & in legatis, & fideicommiſſis ſpecialibus locum habere ſancimus.*

Duæ quæſtiones in hac *l.6.* explicantur a Juſtiniano. Prima pertinet ad hanc ſpeciem: Quidam in teſtamento, ita ſcripſit: *Rogo te, mi heres, ut ſi ſine teſtamento, vel ſine liberis, vel ſine nuptiis vita deceſſeris, hereditatem reſtituas Cajo Sejo*, id eſt, ſi inteſtatus, orbus, vel cœlebs vita deceſſeris. Hæc eſt ſententia teſtatoris. Deceſſit inteſtatus, non orbus, non cœlebs. Quæritur an fideicommiſſo locus ſit? Quod videtur, quia dixit ſub disjunctione, ſi inteſtatus, vel orbus, vel cœlebs deceſſeris, ſufficit unum evenire, ut monet disjunctiva oratio, & ita evenit unum, quia inteſtatus deceſſit. Hoc ſatis eſt, ut ſit fideicommiſſo locus. Aliter tamen ſtatuit Juſtinianus, aut ſtatuendum cenſet ex præſumpta voluntate defuncti, quaſi præſumpſiſſet defunctus disjunctionem pro conjunctione, ut non admittatur ad fideicommiſſum L. Titius, niſi & inteſtatus, & orbus, & cœlebs deceſſerit, quod eſt in jure frequentiſſimum, ut conjuncta accipiantur pro disjunctis, & retro disjuncta pro conjunctis, quod in *l. pen. inf. de verb. ſign.* appellatur παραδιάζευξις, id eſt, falſa disjunctio, quæ conjunctio potius eſt, & Latine uno verbo dicitur ſubdisjunctio, cui contraria eſt παρασύναψις, id eſt, falſa conjunctio, quæ ſit pro disjunctione accipienda ex mente ſcriptoris, vel ejus, qui hæc verba nuncupavit. Hoc igitur in prima parte hujus legis ſtatuit, ut intelligatur in his verbis, *Si inteſtatus, vel orbus, vel cœlebs deceſſeris*, eſſe ſubdisjunctionem, ſeu παραδιάζευξιν potius, quam disjunctionem, ut ſcilicet (*vel*) accipiamus pro conjunctione, nec aliter vocemus fideicommiſſarium, quam ſi hæc tria evenerint, id eſt, ſi inteſtatus, & orbus, & cœlebs deceſſerit, & non ſi unum, vel duo ex his evenerint. Fuit hac de re controverſia inter juris peritos, quam Juſtinianus demum voluit in hac lege dirimi, & finiri. Tranſeamus ad alteram quæſtionem, quæ eſt in §. *cum autem*. Finge: liberi, veluti filius, aut nepos aut pronepos a parente heredes inſtituti ſunt, & rogati hereditatem reſtituere poſt mortem ſuam Lucio Titio, nullo herede adjecto: *Rogo te, fili mi, ut poſt mortem meam hereditatem reſtituas Lucio Titio*. Sciendum eſt, ita demum fideicommiſſo locum eſſe, id eſt, ſubſtitutioni precariæ, ſi liberi heredes inſtituti deceſſerint ſine liberis: Nam ſi liberos reliquerint, liberi eorum fideicommiſſarium excludent, licet ſimpliciter, & pure rogati ſint ei hereditatem reſtituere poſt mortem ſuam, non adjecta conditione hac, *ſi ſine liberis deceſſerint*, quia hoc ſemper intelligitur, cum ſcilicet liberi ſunt inſtituti, & onerati fideicommiſſo hereditatis: Idque ſumitur ex voluntate defuncti, quia præſumitur patrem a filio, vel a nepote L. Titio relicturum fideicommiſſum non fuiſſe, ſi nepotem, aut pronepotem cogitaſſet ex eo naſciturum. Et hanc præſumptionem, & conjecturam ex pietate paterna primus duxit Papinianus, ut fuit acutiſſimus conjector perſcrutandæ voluntatis teſtatorum, & ll. qui bene conjicit ne dicas vatem, ſed etiam Juriſconſultum eſſe optimum. Et hanc conjecturam, quam primus dixit Papinianus ex pietate paterna, approbat Juſtinianus in *l. cum acutiſſimi, inf. de fideicommiſſ.* Et exſtat Papiniani reſponſum in *l. cum avus, de condit. & demon.* Ergo ſecundum hanc conjecturam pietatis paternæ, conditio *ſi ſine liberis deceſſerit*, quæ non eſt appoſita, pro appoſita habetur, & minus ſcriptum, quam dictum intelligitur. Denique cuilibet inſtitutioni precariæ factæ liberis, tacite ineſt hæc conditio, *Si ſine liberis deceſſerit*. Et eſt pene ſimilis conjectura in ſpecie *legis cum pater, §. cum inter, de leg. 2.* Qui habet plures libertos, & libertas, eis reliquit fundum, & petiit, ut eum fundum in familia libertinorum retinerent. Ex iis liberta una ſuſcepit filium, qui quidem, ut eſt evidentiſſimum, non eſt ex famil. libertorum, ſed ex aliena, nimirum patris ſui familia, non ex familia matris, & vult liberta partem, quam in eo fundo habet, in filium tranſferre, excluſis collibertis, quibus omnibus ſimul lex indicta erat, ne fundus exiret de familia eorum. Exit de familia eorum ſi tranſit ad filium libertæ, qui eſt ex familia aliena. Et tamen lex ait, filium libertæ præferri collibertis, quod patronus videatur voluiſſe, ut liberti partes ſuas conſervarent ſuis liberis, & his deficientibus, collibertis, & ita demum fideicommiſſo locus eſſet, ſi non filiis, aut collibertis, ſed aliis partes ſuas darent, vel relinquerent. Et eadem eſt conjectura pietatis patroni erga filium libertæ, qui & ipſe libertus eſt, ſi uterque ſit uno eodemque teſtamento manumiſſus, ut ſæpe manumittitur pater vel mater cum filio, ne ſejungantur, ut adhæreat ſemper alter alteri, & ne dura ſeparatio inducatur. Hanc autem definitionem, cujus, ut dixi, auctor eſt Papinianus, & approbator Juſtinianus, in *hoc §.* Juſtinian. etiam porrigit ad filios naturales, id eſt, quæſitos ex concubinatu, ſive contubernio, non ex juſtis nuptiis. Nam ſive inſtituti ſint filii juſti, id eſt, quæſiti ex juſtis nuptiis, ſive naturales, & rogati reſtituere hereditatem poſt mortem ſuam fideicommiſſario, tacito ſenſu, & optimo intellectu, ut ait, κατὰ σιωπώμενον ineſt hæc conditio, *ſi ſine liberis deceſſerint*. Idem Juſtinianus porrigit hoc loco ad legata, & fideicommiſſa ſpecialia, ut ſi liberis juſtis, vel naturalibus legatum relictum ſit, quod rogati ſint reſtituere poſt mortem ſuam, id non debeatur, ſi liberos reliquerint. Illud interea valde notandum eſt, hanc conditionem, *ſi ſine liberis deceſſerint*, ſive exprimatur, ſive tacite intelligatur ſemper ita eſſe accipiendam, ſi ſine liberis juſtis deceſſerint. Liberi enim naturales non excludunt fideicommiſſarium. Et hæc eſt honeſta interpretatio, ne videatur invitari ad procreandos injuſtos liberos. Ergo ſive ſit expreſſa, ſive tacita conditio, ſemper eſt accipienda de juſtis liberis,

non

non de naturalibus. Et hoc lex ſignificat in fine hoc A loco, *ſine juſta ſobole*. Et confirmat *lex ex facto, §. ſi quis rogatus, ad Senatuſc. Trebell.* Et generaliter verum eſt, liberorum appellatione contineri juſtos, non naturales, niſi aliud ſuadeat voluntas defuncti: totum enim facit voluntas defuncti, ut in ſpecie *l. cum pater, §. volo, de leg. 2.* ubi proponitur eadem conditio, *ſi ſine liberis deceſſerint*, liberorum appellatione continetur filius naturalis in ſervitute ſuſceptus a patre, propterea quod comprehendebatur fideicommiſſo, & legato, id eſt, ei, & patri colliberto, & aliis collibertis ſimul idem fuerat per fideicommiſſum relictum, ut qui continetur fideicommiſſo ex voluntate defuncti, facile videatur etiam contineri conditione fideicommiſſi, *ſi ſine liberis deceſſerit*. Et ſic etiam in *l. ult. inf. de jure delib. l. Lucius, §. Damæ, de legat. 2. l. heredibus, §. ult. ad Senatuſc. Trebell.* ex voluntate B defuncti, non aliter, liberorum appellatione etiam naturales comprehenduntur.

Ad L. VII.

LEx ſeptima eſt conſtitutio Græca, & eſt pars *legis 53. §. 2. ſup. de epiſc. & cler.* Sententia conſtitutionis hæc eſt: ſi legatum, aut fideicommiſſum relictum ſit ab herede ſub conditione, *ſi ſine liberis deceſſerit*, & heres nullis ſuſceptis liberis, devovit ſe in monaſterium vel clerum, ita ut jam non poſſit uxorem ducere, & nulla ſit ſpes procreandorum juſtorum liberorum, ut tamen fideicommiſſum non debeatur quaſi conditione exiſtente fideicommiſſi, quod jam certum ſit, hunc juſtos liberos non procreaturum, qui tranſiit in Monaſterium, & tamen ut dixi, non eſt fideicommiſſo lo- C cus. Quinimo poterit heres res fideicommiſſo relictas erogare in pias cauſas, nec ſervantur fideicommiſſario. Et ratio hæc videtur eſſe, quia hæc conditio videtur tantum impoſita iis, qui ſunt in ea conditione, ut liberos juſtos ſuſcipere poſſint, non qui conditionem ſuam mutarunt in melius, ut vitam viverent cœlibem. Eodemque modo, quod prima ſpecie videtur eſſe novum, ſi cui ſit relictum fideicommiſſum ſub conditione liberorum, hoc modo, *cum liberos ſuſceperis*, & hic non ſuſceptis liberis (quæ conditio accipitur etiam de juſtis) dederit ſe in monaſterium, vel in clerum, ita ut jam non poſſit ſperare nuptias, vel liberos, ei ſtatim debetur fideicommiſſum, ſive ſit mas, ſive femina. Devota igitur virgo (ſic ab Auſonio ſanctimonialis appellatur) cui fideicommiſſum relictum erat ſub D conditione liberorum, ſtatim feret fideicommiſſum, atque devoverit ſe. Sic igitur ſtatuo: devotis perſonis, quæ abdicato mundo, ſeſe devoverunt numini, & Majeſtati divinæ, has conditiones remitti, id eſt, conditionem liberorum, ut ea obliterata, nihilominus conſequantur fideicommiſſum, quod eis ſub conditione liberorum relictum eſt, vel etiam obliterata conditione *ſi ſine liberis deceſſerint*, ut non onerentur fideicommiſſo.

Ad L. VIII. Si quis heredem ſcripſerit *ſub tali conditione*, ſi ille conſul factus fuerit, vel prætor, *vel ita filiam ſuam inſtituerit heredem*, ſi nupta fuerit: *vivo autem teſtatore, vel ille conſul proceſſerit, vel prætor fuerit factus, vel filia ejus nupta fuerit, vel vivo adhuc teſtatore conſulatum quidem, vel præturam ille depoſuerit, filia autem ejus a marito* E *diverterit, omni veterum dubitatione exploſa, ſancimus, quandocunque impleta fuerit conditio, ſive vivo eo, ſive mortis tempore, ſive poſt mortem, conditionem videri eſſe completam. Quod & in legatis, & fideicommiſſis, & libertatibus obtinendum eſſe cenſemus: ne dum nimia utimur circa hujuſmodi ſenſus ſubtilitate, judicia teſtantium defraudentur.*

Ad L. Pen. Si teſtamentum ita ſcriptum *inveniatur*, ille heres eſto ſecundum conditiones infra ſcriptas, *ſi quidem nihil eſt adjectum, neque aliqua conditio in teſtamento poſita eſt; ſupervacuam eſſe conditionum pollicitationem ſancimus, & teſtamentum puram habere inſtitutionem. Et argumento utimur, quod Papinianus reſpondit, Vicos Rei-* A *public. relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommiſſo minus deberi, quod teſtator fines eorum, & certaminis formam, quod celebrari ſingulis annis voluit, alia ſcriptura ſe declaraturum promiſit, ac poſtea morte præventus non fecit. Sin autem conditiones quaſdam in quavis parte teſtamenti poſuit: tunc videri ab initio conditionalem eſſe inſtitutionem, & ſic omnia compleri, tanquam ſi teſtator ipſas inſtitutiones eiſdem conditionibus copulaſſet, quæ infra conſcriptæ ſunt.*

IN lege 8. proponitur heres ſcriptus ſub conditione, *ſi Titius Conſul factus fuerit*: & filia heres ſcripta ſub hac conditione, *ſi nupta erit*. Prior conditio eſt caſualis, *l. ſi quis inſtituatur, §. pen. de hered. inſtit.* Poſterior quoque eſt caſualis. Et alia eſt conditio ſi nupta erit, alia ſi B nupſerit. Hæc injungit nuptias, illa non injungit nuptias, ſed confertur in caſum, eventumque futurum. Quæritur autem hæ conditiones, *Si Titius Conſ. factus fuerit: ſi Titia nupta erit*, quo tempore implendæ ſint? Caſualis conditio quolibet tempore impleri poteſt; aut vivo, aut mortuo, aut moriente teſtatore, *l. 2. l. 11. de cond. & demonſt.* Hæ autem conditiones ſunt caſuales, ergo poſt factum teſtamentum, ſi vivo teſtatore Titius conſul factus fuerit, licet eodem vivo conſulatu abierit, vel ſi vivo teſtatore filia nupta fuerit, licet eodem vivo nupta eſſe deſierit, conditio inſtitutionis impleta eſſe videtur: Semel enim conditionem impleri ſufficit. Et ita omnino definit Juſtinianus in hac *l. 8.* antiquata illorum ſententia, qui exiſtimabant propoſitas quidem conditiones in hac *l.* non impleri poſſe vivo te- C ſtatore, ſed ita demum habendas eſſe pro impletis, ſi Titius eſſe conſul perſeveraſſet in diem mortis teſtatoris, vel ſi Titia in eum uſque diem nupta permanſiſſet, quod Juſtinianus non deſiderat. Et ait *l. ſi conſul proceſſerit*, reſpiciens ad ſolemnes, quæ in urbe publice fiebant pompas, & proceſſus Coſſ. quos *πρoόδυς* vocat in *Novella de Coſſ.* de quibus eſt *lex nam & Imp. D. de donat. int. vir. & uxor.* Sequitur *lex pen.* Quidam ita ſcripſit, *ille heres eſto ſub conditione infra ſcripta*, nec ullam conditionem infra ſcripſit, ait Juſtinianus in hac *l. penult.* ſi nulla inveniatur conditio infra ſcripta, puram eſſe inſtitutionem, ſive data opera, ſive oblivione, ſive præveniente morte conditionem teſtator omiſerit, nullius momenti eſſe pollicitationem conditionis. Et hoc confirmat ex reſponſo Papiniani, id eſt, D ex *l. cum pater, §. ult. de leg. 2.* Cujus ſpecies hæc eſt: Quidam legavit vicum Reipub. Vicum, non pagum: nam pagus ſignificat provinciam. Unde in idiotiſmo dicimus *pays*. Pagi nomine ſignificatur univerſitas civitatum apud bonos auctores, Plinium, Cæſarem, Tacitum: & inde in teſtamento Caroli magni, pagus Turonicus, Cabilonenſis, Matiſconenſis. Igitur magna eſt differentia inter vicum & pagum: vicum inquam, Reipublicæ quidam legavit, cujus fines infra ſcriberet, nec infra fines ullos ſcripſit, & certum tamen eſt, quem vicum legaverit, nec ſunt ejus vici fines incogniti: an debetur legatum ob præteritam circumſcriptionem finium, quam teſtator pollicitus eſt? Et Papinianus reſpondet non ideo minus valere legatum, quod fines non ſcripſerit: & ita etiam non ideo minus valet E inſtitutio, quod nulla, ut pollicitus erat teſtator, infra fuerit inſcripta conditio, quinimo inſtitutio pro pura habetur. Neque obſtat *l. quotiens, §. tantundem, de hered. inſtit.* quæ valde cruciat Accurſium, quæ lex ait, eum pro inſtituto non haberi, qui heres ſcriptus eſt pure, cum teſtator eum deſtinaſſet ſcribere ſub conditione. Sed nihil eſt, quod tam facile expediri poſſit, ſi dicamus breviter, & perſpicue, in illo §. *tantundem* errorem fuiſſe, quoniam pure fuit ſcriptus, quem teſtator ſcribere voluit ſub conditione, quoniam minus ſcriptum eſt, quam dictum fuerit. Error hic vitiat inſtitutionem quaſi non videatur ſcripta ex judicio defuncti. In ſpecie autem *l. pen.* nullus fuit error, ſed oblivio polliciti tantum, vel omiſſio conſulta, vel præſtandi polliciti morte

præ-

prærepta facultas. Et nihil eſt prætèrea, quod neceſſe ſit adnotare ad l. penult. Pergamus ad l. ult, cujus ſpecies elegantiſſima; & utiliſſima.

Ad L. ult. Cum quidam prægnantem *habens conjugem, ſcripſit heredem ipſam quidem ſuam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, & adjecit, ſi non poſtumus fuerit natus, alium ſibi heredem eſſe, poſtumus autem natus, impubes deceſſit: dubitabatur, quid juris ſit? tam Ulpiano, quam Papiniano viris diſertiſſimis, voluntatis eſſe quæſtionem ſcribentibus, cum opinabatur Papinianus eundem teſtatorem voluiſſe poſtumo nato, & impubere defuncto, matrem magis ad ejus venire ſucceſſionem, quam ſubſtitutum: Si enim ſuæ ſubſtantiæ partem uxori dereliquit, multo magis & luctuoſam hereditatem ad matrem venire curavit. Nos itaque in hac ſpecie Papiniani dubitationem reſecantes, ſubſtitutionem quidem in hujuſmodi caſu, ubi poſtumus natus, adhuc impubes viva matre deceſſerit, reſpuendam eſſe cenſemus. Tunc autem tantummodo ſubſtitutionem admittimus, cum poſtumus minime editus fuerit, vel poſt ejus partum mater prior deceſſerit.*

LEx ultima eſt de ſubſtitutione directa, quod facile fero propter vicinitatem tit. ſeq. qui eſt de ſubſtitutionibus directis: Nam & ceteræ omnes leges hujus tituli ſunt *de inſtitutione, & ſubſtitutione precaria, & de conditionibus in eis appoſitis*. Qua de cauſa in rubrica ipſa *de inſtit. & ſubſtit. ſeu reſtitutionibus*, opinor articulum (*ſeu*) additum, explicandi, non ampliandi cauſa, & ἐν διὰ δυοῖν, in *l.6.* ſubſtitutioni, vel reſtitutioni, id eſt, ſubſtitutioni precariæ, & in *l.7.* quæ Græca eſt, ἀποκατάστασιν ἢ ὑποκατάστασιν, reſtitutioni, vel ſubſtitutioni. Sciendum eſt, ut accedamus ad quæſtionem hujus *l. ult.* in ſubſtitutione vulgari, quæ fit filio impuberi a patre herede inſtituto, tacite ineſſe ſubſtitutionem pupillarem, & viciſſim in hac illam, id eſt, vulgari ineſt tacita pupillaris, & pupillari tacita vulgaris: quod an ita eſſet, non erat olim certum, ut conſtat ex notiſſima illa Curiana, cujus multis in locis mentionem faciunt Cicero & Fabius. Sed hodie ex conſtitutione divorum fratrum certum eſt in vulgari ineſſe pupillarem, & viciſſim in hac illam, unius caſum duci ad caſum alterius in *l.2. §. pen. l. jam hoc jure, de vulg. & pupil. ſubſt. l. quamvis, tit. ſeq.* Ergo omnis ſubſtitutio directa, quæ fit filio impuberi heredi inſtituto, eſt ſubſtitutio duplex, id eſt, ſubſtitutio vulgaripupillaris, ut Theophilus loquitur. Et ita poſtumo herede inſtituto, & dato ſubſtituto in hunc caſum: *ſi mihi poſtumus non naſcetur*, qui eſt caſus ſubſtitutionis vulgaris, eventus cauſa: poſtumo nato, & impubere defuncto (qui eſt caſus pupillaris) ſubſtitutus, etiam ſi in eum caſum non ſit nominatim ſubſtitutus, admittitur ad heredem pupilli ex tacita pupillari, quod utique verum eſt, ſi poſtumi mater non ſuperſit, quæ ab inteſtato ex SC. Tertulliano vindicet hereditatem pupilli. Nam ſi mater ei ſuperſit, ſi mater vivendo pupillum vicerit, quæſtionis eſt, an matri præferatur ſubſtitutus ex tacita pupillari: ex expreſſa pupillari veniet ſubſtitutus proculdubio, & excludet matrem. Quæſtio eſt, an etiam qui venit ex tacita pupillari excludat matrem pupilli. Hæc eſt quæſtio hujus legis, cujus ſpecies hæc eſt. Qui habebat uxorem prægnantem, moriens eam heredem ſcripſit ex parte, & poſtumum ex alia parte, & adjecit ſubſtitutum vulgarem, his verbis: *Si mihi poſtumus non naſcetur, in locum partemque ejus L. Titius heres eſto.* Natus eſt poſtumus, & mox deceſſit impubes. Quæritur, quis ei ſuccedet, utrum ſubſtitutus ex tacita pupillari, an mater ex SC. Tertulliano? Ulpianus & Papinianus, ut refert Juſtinianus, dicebant, quæſtionem eſſe voluntatis, id eſt, facti, non juris. Nam quid voluiſſet teſtator, judici exiſtimandum eſſe in *l. 14. ſup. de donat. inter vir. & uxor. in l. 2. ſup. plus val. quod agi. l. voluntatis, inf. de fideicommiſſ.* Et Papinianus quidem, ut ait, opinabatur, hoc potius voluiſſe teſtatorem, nato poſtumo, & impubere defuncto, ut mater ei ſuccederet, non

Tom.IX.

A ſubſtitutus, tum quia heres erat adjecta, tum etiam quia ſummus luctus ad eam perveniebat morte filii impuberis, ut etiam ad eam rediret luctuoſa hereditas filii, excluſo ſubſtituto. Hoc opinabatur, inquit, Papinianus. Nam poſtea dicit, Papinianum de hac re dubitaſſe; hoc igitur opinabatur, non quaſi certus, ſed quaſi dubitans: Opinari enim eſt dubitantis, *l. 1. §. pen. de contr. tut. & utili act.* Et in Andria: *Opinor, narras? non recte accipis, certa res eſt*, inquit. Juſtinianus autem in hac *l. ult.* ex opinione Papiniani certum jus facit, & ſtatuit, tacitam pupillarem non excludere matrem: non eſſe igitur eandem vim expreſſi & taciti, quod evenit ſæpiſſime in jure, ut plus poſſit expreſſum, quam tacitum, *l. 2. quibus mod. uſusfr. amit. l. creditor, §. ſi inter, mand.* Expreſſam autem pupillarem excludere matrem in *l. precibus, tit. ſeq.* taci-
B tam pupillarem non excludere. Imo contra, matrem excludere tacitam pupillarem, aut eum, qui venit ex tacita pupillari. Quod utique verum eſt indiſtincte, ut oſtendit *d. l. precibus*, ſive teſtator fuerit miles, ſive paganus, ſive mater ſit coheres adjecta filio, ut in ſpecie *l. ult.* ſive non. Nam etſi non ſit adjecta coheres filio, a ſucceſſione filii impuberis non repelletur per tacitam pupillarem: ut repellatur exprimi oportet caſum ſubſtitutionis pupillaris, quia non eſt teſtamentum filii, quoniam filius ipſe id ſibi non fecit, ſed pater id ei fecit. Non poteſt queri mater de teſtamento, quod maritus fecit, *l. Papin. §. ſed neque imp. ff. de inoff. teſt.* Non poterit etiam mater, ſi ſit expreſſa pupillaris ſubſtitutio, ullam deſiderare portionem a ſubſtituto in bonis filii impuberis, *c. ſi pater, de teſtam. lib.6.* Expreſſa igitur pupillaris omnimo-
C do excludit matrem, tacita vero nullo modo excludit. Alium heredem legitimum excludet, matrem autem non excludet: hoc tantum datum eſt pietati maternæ, non cuilibet. Neque huic definitioni quicquam obſtat *l. Lucius, in fin. de vulg. & pup. ſubſt.* illo loco, *aliter ſi ejuſdem ætatis liberi, &c.* (†) Sane non obſtat, ſi abeſſe debet ea extrema clauſula a lege *Lucius*, quemadmodum certe abeſt a Pandectis Florentinis, & videtur ex ora libri irrepſiſſe in contextum: ſed retineamus eam clauſulam, quoniam & ratione ſubnixa eſt, & proponemus ſpeciem illius extremæ clauſulæ. Duo ſunt filii impuberes heredes inſtituti a patre, & invicem ſubſtituti his verbis communibus & generalibus, *vos invicem ſubſtituo: ille & ille filii mei heredes ſunto, quos invicem ſubſtituo*, quæ dicitur ſubſtitutio mutua, & recurrens, ſive reci-
D proca, quæ quidem continet utramque ſubſtitutionem, vulgarem & pupillarem. Hæc verba comprehendunt caſum primum & ſecundum ſubſtitutionis, ut ſi alter ex fratribus heres non ſit, vel ſi heres ſit, & moriatur impubes, ut ejus portio perveniat ad ſuperſtitem. Finge alterum mori impuberem. Quis ei ſuccedet, mater, an frater? ex tacita pupillari, quæ ineſt huic orationi, *vos invicem ſubſtituo*, lex ait hereditatem pertinere ad ſubſtitutum, non ad matrem. Ergo inquiunt, tacita pupillaris, quæ diſerte non fuerat expreſſa, excludit matrem. Sic ſane in ea ſpecie: quia ſubſtitutus non venit contra verba ſubſtitutionis, quandoquidem hæc verba generalia, *vos invicem ſubſtituo*, admittunt utrumque caſum, & quaſi quodammodo exprimunt. Igitur merito præfertur matri, quæ venit contra verba. At in ſpecie
E noſtra, uno tantum caſu expreſſo, puta vulgari, *ſi heres non erit, ille heres eſto*, qui venit ex tacita pupillari, venit contra verba, & ideo non excludit matrem, niſi probet aliam fuiſſe voluntatem defuncti. Res eſt evidentiſſima. Obſervandum in hac re, multum intereſſe ſubſtitutio reciproca fiat a pagano, an a milite. Nam ſi ſubſtitutio reciproca, hac communi oratione, *eoſque invicem ſubſtituo*, fiat a pagano duobus liberis impuberibus, eſt duplex ſubſtitutio, id eſt, vulgaris, & pupillaris. Si fiat uni puberi, alteri impuberi, ſi imparibus perſonis, ut ajunt, ſubſtitutio facta tantum videtur in eum caſum, qui utrique perſonæ utiliter congruit. Is autem eſt caſus vulgaris ſubſtitutionis, non pupillaris. Nam caſus

Aaa pupil-

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 37.*

pupillaris alteri tantum convenit, puta impuberi. Ergo cum ita substituitur puberi, & impuberi, *vos invicem substituo*, hæc substitutio est tantum vulgaris, non pupillaris. Et hoc si paganus testamentum fecit. Nam receptum est, ut paganus non possit substituere directo puberi in secundum casum, non possit facere testamentum puberi in secundum casum, sed impuberi tantum filio: ut igitur paganus non possit substituere puberi in secundum casum verbis directis: miles autem, ut possit non inutiliter etiam puberi substituere directo in secundum casum. Ceterum non valebit substitutio, nisi jure fideicommissi, verbis directis inflexis ad fideicommissi causam, quod explicabitur in *l. precibus, tit. seq.* Nunc finge: militem instituto filio pubere, & filio impubere, qui utique potest substituere in utrumque casum, & non inutiliter eos invicem substituere, communi verbo, *vos invicem substituo*. Quæritur, an hæc substitutio dicatur esse duplex? Minime, cum scilicet sint personæ dispares, unus pubes, alter impubes. Miles præsumitur tantum substituisse vulgariter hoc communi verbo, *vos invicem substituo*, non pupillariter, & incumbit probatio puberi fratri, ut scilicet doceat, militem etiam voluisse comprehendere substitutionem pupillarem. Alioqui, si hoc non probaverit, dicemus eam substitutionem reciprocam tantum esse vulgarem, non pupillarem, *l. in testamento, sup. de testam. mil.*

AD TITULUM XXVI.

DE IMPUB. ET ALIIS SUBSTITUT.

DIXIT superiori titulo de substitutionibus precariis, & conditionibus earum: hoc titulo dicturus est de directis, quæ post institutiones sequentem partem, locumve in testamentis occupant, de quibus etiam ante dixit in *l. ultim. tit. super.* ut hoc veluti nodo hunc ei connecteret. Et ut primum constituamus quid sint: directæ sunt institutiones heredum, quas vel nobis ipsis fecimus in priorum locum, vel quibusdam liberis nostris non habentibus testamenti factionem: his verbis duo tantum notantur casus substitutionum, ut in *l. precib. hoc tit.* qui & eventus dicuntur, *l. jam hoc jure, eod. tit.* & causæ, *l. cum ex filio, §. filio, D. eod.* Primo casu, si primo gradu institutus, heres esse nolit, aut non possit, in locum ejus alium nobis heredem substituimus. Et hæc est, quæ dicitur substitutio vulgaris, quod fiat communi jure a quolibet, & cuilibet, ex l. 12. tabul. Nam hæc verba l. 12. tab. *Paterfam. uti legassit super pecuniæ, tutelæve suæ, ita jus esto*: & instituendi, & substituendi heredis in locum priorum tribuunt potestatem; imo & legandi, & substituendi legatariis, *l. ut heredibus, de leg. 2.* Atque etiam tutoribus, hoc pacto, *ille filii mei tutor est, si non erit, ille tutor esto*, *l. pen. de testamen. tut.* Et inde etiam fit, ut fiat substitutio vulgaris in fideicommissis, & donationibus causa mortis, quæ instar fideicommissi sunt, *d. l. ut heredibus*. Secundo autem casu substitutionis, si liberi nostri moriantur, antequam habeant testamenti factionem, puta impuberes, aut mente capti, heredem eis damus, quem substitutum vocamus, quod post heredem, quem nobis instituimus prima parte testamenti eum subjiciamus, & substituamus liberis, quos in potestate habemus, ita ut duo testamenta sint, unum quod facimus nobis, alterum quod facimus liberis impuberibus, quorum potestatem habemus, quod dicitur pupillare testamentum, pupillaris substitutio, pupillares tabulæ, secundæ tabulæ. Paulus scripsit librum singularem de secundis tab. id est, de substitutionibus pupill. Nam secundarum tabularum appellatio non convenit, nisi pupillari substitutioni. Vulgaris substitutio locum primarum & principalium tabularum obtinet, quibus testator potissimum sibi heredem facit, non alii. Et latior est secundi heredis, quam secundarum tabularum appellatio. Nam & substitutus vulgaris, quod inferiore parte testamenti scribatur, secundus heres dici potest, imo & coheres: qui adjicitur heredi primo loco scripto, secundus heres appellatur, licet uterque sit in primo gradu, *l. si is qui testam. qui test. fac. poss.* At secundæ tabulæ dicuntur tantum de pupillari substitutione: pupillares etiam tabulæ uno tantum loco, id est in *l. si mater, de vulg. & pupill. subst.* τροπικῶς dicuntur substitutiones pupillares de substitutione vulgari, quod in specie hujus legis in vulgari substitutione insit casus substitutionis pupillaris, puta si impubes decesserit, non etiam vis & natura substitutionis pupillaris, qua datur heres pupillo, cum vulgari testator ipse det heredem sibi, non pupillo. Sed quia dando sibi heredem, id est, instituto substituendo vulgariter, vult huic substitutioni inesse hunc casum, si institutus impubes decesserit, eatenus videntur posse apppellari pupillares tabulæ, quibus continetur tantum vulgaris substitutio, non vis & natura substitutionis pupillaris; Nam species hæc est: Mater, quæ non potest facere pupillo secundas tabulas, sive substitutionem pupillarem, quia non habet filios in potestate, & hoc tantum datum est patribus, in quorum potestate sunt impuberes: nec enim emancipatis licet hoc genere substituere; moribus receptum est, ut parentes substituant hoc modo in secundum casum, *l. 2. ff. h. t.* quia & moribus recepta est patria potestas, *l. patre, de his qui sui vel alieni juris*. Ergo mater, quam constat non posse filio impuberi substituere in secundum casum, eum ita heredem instituit, *Filius meus, cum pubuerit mihi heres esto*, & adjecit substitutionem vulgarem, *si mihi filius heres non erit, Cajus heres esto*: in his verbis, si mihi heres non erit, tacite inest ille casus, *si impubes decesserit*, quoniam noluit eum heredem esse, nisi puberet. Et ideo, quia inest hic casus vulgari substitutioni, quodammodo existimari possunt hæ tabulæ esse pupillares, cum effectu tantum sit vulgaris substitutio, quandoquidem sibi, non pupillo heredem facit. Pupillum, scilicet in primis, & si is non sit heres (qui est manifestissimus casus vulgaris substitutionis) alium substituit. Notandum est, ad exemplum substitutionis pupillaris, in similem casum posse patrem substituere, sive testamentum facere liberis mente captis, si continua animi agitatione, omni intellectu careant. Et hoc est ex constitutione Justiniani in *l. humanitatis, h. t.* Nam moribus hoc tantum datum erat parentibus, ut testamentum facerent liberis impuberibus in hunc casum, *si impuberes decederent, ante adeptam testamenti factionem*, non etiam mente lapsis in similem casum, *si mente capti decesserint, nondum recepta sanitate*, nisi scilicet ex beneficio principis, quod dedisset patri, ut faceret testamentum filio mente capto, hoc erat precibus oblatis petendum a Principe, *l. ex facto, D. hoc tit.* Hodie nihil opus est venia principis. Sed ex constitutione Justin. sicut pater ipso jure impuberibus liberis, quorum potestatem habet, ita mente captis testamentum facere potest in secundum casum. An etiam poterit pater filio muto, aut surdo substituere in secundum casum? Nam & mutus, & surdus testamenti factionem non habent. Et ex beneficio quidem principis, etiam muto, aut surdo filio, qui sibi heredem facere non potest, heredem faciet pater, *d. l. ex facto*. Vel etiam ipsemet mutus, aut surdus sibi faciet testamentum ex beneficio singulari principis, *l. 7. qui testam. fac. poss.* Opus est venia principis, quia deficit constitutio, nam ipso jure non fit substitutio in secundum casum, nisi liberis impuberibus, quos in potestate habemus, aut mente captis. In primum casum fit omnibus & extraneis, & liberis, & inde vulgaris nomen: quæ fit pupillis, aut mente captis, fit proprio jure, non vulgari. Et secundum hæc videmus, esse tantum duos casus substitutionum. Si igitur spectes substitutionum casus, duæ tantum sunt species, & vero casus potissimum spectari oportet. Nam in causa substitutionis, ex causis sumendæ sunt divisiones. Cum igitur non sint aliæ causæ substitutionum, nec etiam sunt aliæ substitutionum species. Sed si personas spectes, quibus fiunt substitutiones, aliæ fiunt impuberibus, aliæ mente captis

captis ipſo jure, aliæ mutis, aut ſurdis ex beneficio principis, liberis ſcilicet, qui ſunt in poteſtate teſtatoris, & indiſtincte, ſive ſint heredes inſtituti, ſive exheredati, licet patri facere teſtamentum ei, qui nihil ipſe dat de ſuo, & eſt, quod habeat ei gratiam filius, cujus intereſt quodammodo ne moriatur inteſtatus: Captabant enim gloriam ex teſtamentis propriis, nec facile moriebantur inteſtati, vel ut venientibus etiam ab inteſtato deferrent ipſi hereditatem ex teſtamento, vel quemadmodum lex pro nobis inteſtatis teſtatur, mallent ipſi, quam, ut lex præſcribit, quaſi ſupervacuo teſtari, ſuoque potius nomine legitimis heredibus, quam legitimo deferri, ut hanc heredes haberent gratiam memoriæ defuncti. Aliæ igitur fiunt liberis impuberibus, aliæ mente captis ipſo jure, aliæ mutis, aut ſurdis principis beneficio, ſive heredes inſtituti ſint, ſive exheredati. Et iis omnibus fiunt ſubſtitutiones in ſecundum caſum: aliæ autem fiunt extraneis, vel etiam liberis quibuſcunque heredibus inſtitutis tantum in primum caſum. Nam in perſona exheredati ridicula eſt ſubſtitutio vulgaris. Et rurſus hæ ſubſtitutiones, vel fiunt ſpecialiter alterutro caſu expreſſo, quæ ſimplices ſubſtitutiones dicuntur, ut, *ſi primus heres non erit, ille heres eſto*, ſimplex eſt vulgaris ſubſtitutio: *ſi heres erit, & impubes deceſſerit*, vel cum fit exheredatis, *Si impubes deceſſerit*, eſt ſimplex pupillaris: vel fit etiam utroque caſu expreſſo, primo & ſecundo, quæ dicuntur duplices ſubſtitutiones, id eſt, vulgari-pupillares, vel fiunt neutro caſu expreſſo, generaliter, & compendio orationis, veluti *heredes meos invicem ſubſtituo*, vel hoc modo: *Illum illi ſubſtituo, ut l. precibus, hoc tit.* nullo expreſſo caſu ſubſtitutionis, in qua lege eſt legendum (*compendio*) non compendioſa, id eſt, compendio orationis, *l. Mævius, §. duorum, de leg.* 2. Compendio orationis ſubſtituo, dum dico, *illum illi ſubſtituo*, ubi quæritur, quis hoc compendio orationis caſus comprehendatur, & an uterque in *d. l. precibus*, vel etiam fit ſubſtitutio nullo caſu expreſſo rectiſſime, veluti, *Sempronius Plotii heres eſto*, cum prius eſt Plotius a teſtatore inſtitutus heres, *l. ult. ſup. de hered. inſtit.* vel etiam cum Plotius eſt teſtatoris filius impubes. Denique & hæc & illa ſubſtitutio poteſt fieri nullo caſu expreſſo. Nam in teſtamentis idem eſt expreſſiſſe, & intellexiſſe, *l. ſed ſi non alias, de leg. 1. l. 6. de aſſignand. lib.*

Ad L. I. Cum heredes ex diſparibus *partibus inſtituti, & invicem ſubſtituti ſunt, nec in ſubſtitutione facta eſt ullarum partium mentio, verum eſt, non alias partes teſtatorem ſubſtitutioni tacite inſeruiſſe, quam quæ manifeſte in inſtitutione expreſſæ ſunt.*

LEx eſt Titi Ælii Antonini Pii de vulgari ſubſtitutione, ut ſi ſint tres heredes ſcripti ex diſparibus partibus, primus ex uncia, ſecundus ex quadrante, tertius ex beſſe, & invicem ſubſtituti ſint, non adſcriptis partibus, tertio repudiante, qui eſt ſcriptus ex beſſe, primus & ſecundus ex beſſe, qui vacat, ferant partes, beſſemque inter ſe partiantur pro ratione partium, ex quibus heredes inſtituti ſunt. Ita ut primus ex illo beſſe ferat ſextantem, ſecundus ſemiſſem, id eſt, duplo plus habeat ſecundus, quam primus, ut qui majorem partem ex inſtitutione fert, & majorem ex ſubſtitutione ferat. Imo vero ita partiendus eſt bes, ut quemadmodum ex inſtitutione ſecundus habet plus duplo, quam primus, quoniam primus habet unciam, ipſe habet tres uncias, id eſt, duplum ſupra unciam: ita in ſubſtitutione primus feret ſextantem, ſecundus ſemiſſem, quia ſcilicet teſtator videtur eaſdem dediſſe in ſubſtitutione, quas in inſtitutione expreſſit. Hæc eſt ſententia *l.* 1. cui etiam congruit *§. ſi ex diſparibus, Inſtit. de vulg. ſubſtit. & l. ſi plures, l. coheredi, §. 1. eod. tit.* Denique, qui tulit majorem partem ex inſtitutione, feret etiam majorem ex ſubſtitutione. Et major intelligitur non tantum, quæ ab initio eſt major, ſed quæ poſtea fit major, veluti per jus adcreſcendi, *l. 5. eod.* Quoniam quod adcreſcit,

A etiam ex voluntate defuncti proficiſcitur. Et ita ſæpiſſime in jure: quam quis legem dixit primo gradui, aut primæ ſcripturæ, eandem videtur etiam dicere, licet eam omittat, ſequentibus. Conditio data inſtituto, videtur etiam data ſubſtituto vulgari, aut legatum datum ab inſtituto, videtur etiam datum a ſubſtituto vulgari, *l. licet, de leg. 1. l. cum pater, §. ab inteſtato, de leg.* 2. Mutua, ſive reciproca ſubſtitutio facta in hereditate, videtur etiam facta in fideicommiſſo ſequenti, *l. cum proponebatur, de leg.* 2. Conditio impoſita inſtitutioni, videtur impoſita legato, *l. ult. §. ult. de dol. except. l. cum ſervus, de condi. inſtitut.* Et impoſita legato, videtur etiam tacite repetita in translatione legati, *l. legatum ſub conditione, de cond. & demonſt.* Et ita non eſt mirum, ſi partes adſcriptæ in inſtitutione, intelligantur repetitæ B in ſubſtitutione. Poſui ſpeciem in tribus heredibus ſcriptis ex diſparibus partibus. Nam in duobus heredibus non poteſt poni ſpecies, in quo erravit Theophilus. Nam, verbi gratia, ſi primus heres ſit inſtitutus ex beſſe, ſecundus ex triente, vel primus ex ſeptunce, ſecundus ex quincunce, repudiante primo, qui majorem partem habuit in inſtitutione, integer bes, aut ſeptunx, alio non concurrente herede, pertinebit ad ſecundum, non pro triente tantum, aut quincunce, alioquin teſtator decederet pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, quod abhorremus. Igitur non poteſt poni exemplum, niſi in tribus heredibus, aut pluribus. Loquitur lex, ut dixi, de vulgari ſubſtitutione, ſed idem eſt in pupillari, quæ fit hoc modo. *Quiſquis mihi heres erit*, cum plures heredes ſcripſiſſet ex diſparibus partibus, C *idem filio impuberi heres eſto*. Filio impubere mortuo, ſubſtituti eaſdem partes ſunt habituri in hereditate filii, quas habent in hereditate patris, *l. ſi in teſtamento, l. qui liberis, §. ult. l. ſi plures, de vulg. & pupill. ſubſtit.* Idemque ſequimur in ſubſtitutione precaria, ut conſtat ex *l. Lucius, §. Mævia, & l. quotiens, ad SC. Trebell.* ut ſi ſint plures heredes, & unus rogetur partem ſuam reſtituere heredibus, reſtituet ſervata ratione partium, ex quibus coheredes inſtituti ſunt, nec fient inter eos æquales partes, ſed quales eis ſunt adſcriptæ in inſtitutione. Sed ſemper eſt addenda hæc exceptio, niſi alia mens fuerit teſtatoris, ut in *d. l. ſi plures*. Et mirum eſt quod adjecit, *niſi fuerit alia voluntas teſtatoris, quod vix credendum eſt*, ut alias ſcilicet voluerit portiones ſervare in ſubſtitutione, quam in inſtitutione, niſi ſit evidenter expreſ- D ſum. Et placet, quod ait, *vix*: Nam etſi non ſit evidenter expreſſum, ſi modo evidens ſit voluntas defuncti, dicemus in ſubſtitutione æquales, aut viriles partes, quæ perſonales dicuntur, eſſe ſervandas, non hereditarias: ut in hac ſpecie: ſi ſint quatuor heredes, primus, ſecundus, tertius, & quartus ex diſparibus partib. & primus & ſecundus rogati ſint ex die certo reſtituere hereditatem ceteris coheredibus ſuis, acceptis ab unoquoque decem. Hic ratio poſtulat, ut dandi & accipiendi eadem ſit proportio, voluit æquales partes pecuniæ fideicommiſſarios dare, id eſt, ſingulos decem. Ergo voluit eos invicem accipere æquales partes fideicommiſſi, ut eadem ſervetur ratio in accipiendo, quæ eſt expreſſa in dando a teſtatore, ut eandem partem ſervarent fideicommiſſarii, *d. l. quotiens*. Conjectura recta ducitur ex comparatio- E ne dationis & acceptionis, & ex qualibet alia comparatione, ut in *l. 1. de reb. dub.* Item alio caſu videtur evidens eſſe voluntas teſtatoris, ut in ſubſtitutione precaria fiant inter ſubſtitutos fideicommiſſi æquales partes, non quales iidem fideicommiſſarii habuerunt in inſtitutione, cum eſſent coheredes, & fideicommiſſarii: videlicet ſi eorum propria nomina expreſſerit, dicendo, *Rogo vos primus & ſecundus, tertio & quarto reſtituere hereditatem*. Hoc caſu fideicommiſſum tertius & quartus ex æquo inter ſe partientur, quia enumeratio perſonarum exæquat eos in fideicommiſſo, vel ſubſtitutione precaria, ut in aliis omnibus cauſis ſemper in jure enumeratio perſonarum exæquat perſonas, *l. ſi heredes nominatim, de leg. 1. l. qui fundus, de condit. & demonſtrat.*

Enumeratio perſonarum tantum, non expreſſa, aut non animadverſa qualitate earum, qui exprimit earum propria nomina Titio aut Cajo, *reſtituito*. Enumeratio, inquam, perſonarum exigit, ut perſonales partes etiam fiant, id eſt, æquales: ſecus ſi dixiſſet, *coheredibus reſtituito*. Hæc appellatio deſideraret inter eos fieri diviſionem fideicommiſſi pro ratione partium, ex quibus heredes ſcripti ſunt, ut oſtendit *l. nonnunquam, ad SC. Trebell.*

Ad L.II. Hereditatem quidem *defuncti inteſtati filii, delatam tibi dubitari non oportet. Subſtitutio enim teſtamento patris facta, ad pubertatis tempora porrigi non poteſt: quia ipſo, & aliis non ejuſdem conditionis heredibus inſtitutis, & invicem ſubſtitutis, propter eorum perſonam, quibus in unum caſum duntaxat ſubſtitui poteſt, etiam in filio debere idem ſervari, & ratio ſuadet, & divus Marcus pater conſtituit.*

Ad L.IV. Quamvis placuerit *ſubſtitutionem impuberi, qui in poteſtate teſtatoris fuerit, a parente factam ita:* ſi heres non erit, *porrigi ad eum caſum, quo poſtea quam heres exiſtit, impubes deceſſit, ſi modo non contrariam defuncti voluntatem extitiſſe probetur: cum tamen proponas ita ſubſtitutionem factam eſſe*, ſi mihi Firmianus filius, & Ælia uxor mea (quod abominor) heredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus heres eſto: *manifeſtum eſt in eum caſum factam ſubſtitutionem, quo utrique heredum ſubſtitui poterit.*

LEx 2. eſt de impuberum, & aliis ſubſtitutionibus, & etiam de vulgari ſubſtitutione. Si teſtator duos filios impuberes, quos habet in poteſtate, heredes inſtituerit, & invicem ſubſtituerit generaliter, certi juris eſt ea verba, *vos invicem ſubſtituo*, complecti utrumque caſum, utramque ſubſtitutionem, & vulgarem & pupillarem, *l. jam hoc jure, de vulg. & pupill.* Sed ſi uterque filius non ſit in poteſtate patris, ſi unus ex eis ſit in poteſtate, puta filius legitimus, quæſitus ex juſtis nuptiis, alter ſit ſui juris, puta filius naturalis tantum. Si, inquam, filium legitimum & naturalem, cum uterque eſſet impubes, inſtituerit, & invicem ſubſtituerit, ea verba ſubſtitutionis reciprocæ continent tantum eum caſum, quo utrique ſubſtitui potuit, is eſt primus caſus. Nam in ſecundum caſum ei, qui eſt ſui juris ſubſtitui non poteſt, ſubſtituimus in ſecundum caſum liberis tantum, quos in poteſtate habemus, non naturalibus, quos in poteſtate non habemus, non liberis emancipatis, qui exierunt poteſtate noſtra. Eſt igitur illa ſubſtitutio reciproca, ſimplex ſubſtitutio vulgaris, & conſequenter mortuo impubere, qui erat in poteſtate patris, mater ei ſuccedet ab inteſtato ex SC. Tertull. excluſo filio naturali tantum, qui in eum caſum non intelligitur eſſe ſubſtitutus, & qui etiam ab inteſtato non excludit matrem, quod maxime notandum. Frater uterinus non excludit matrem, frater naturalis non excludit matrem ab inteſtato, ſed frater conſanguineus tantum, *§. frater, Inſtit. de SC. Tertull. l. 3. §. ſi mater, de Carbon. edict. l. 2. C. Theodoſ. de ſecundis nupt.* Excluſo igitur fratre naturali, omnimodo mater rem filii intra pubertatem defuncti obtinebit ab inteſtato. (†) Et hæc eſt ſententia *l. Lucius, de vulg. ſubſtit.* In qua vulgo adjiciuntur hæc verba (*aliter, ſi ejuſdem ætatis liberi, &c.*) hæc, inquam, clauſula, de qua hodie eſt magna contentio, merito abeſt a ff. Florentinis & Noricis. Quia dum ait, *aliter*, videtur velle opponere caſum adverſum ſuperiori, & non opponit tamen. Nam & ſupra proponitur, *ſi ejuſdem ætatis liberi*, id eſt, impuberes. Denique Paulus in *d. l. Lucius*, poſuit patrem feciſſe ſubſtitutionem reciprocam filiis impuberibus, legitimo, & naturali, ubi legitimum vocat quæſitum ex juſtis nuptiis, filium juſtum & legitimum, non filium adoptivum, ut Auguſtinus opinatur, cum tractat de matre ejus, uxore defuncti. Naturalem a. vocat quæſitum in ſervitute, cum ſervitutem ſerviret pater, ex ancilla, ex contubernio, vel quæſitum ex concubinatu, qui & ipſe hoc jure, id eſt, ante conſtitutiones

A Chriſtianorum ſolidi capacitatem habuit, ſicut quilibet extraneus: ex iis conſtitutionibus filii naturales ſolidi capacitatem non habent ex teſtamento patris. Naturales igitur liberi, de quibus egit ſupra Paulus, ſunt etiam ejuſdem ætatis, id eſt impuberes, ſed non ſunt ejuſdem conditionis. Unus enim eſt in poteſtate, alter ſui juris. Proinde igitur ex adverſo ita debuit conſtitui caſus. *Aliter ſi ejuſdem conditionis liberi*, congruenter ſuperioribus, vel, *aliter ſi ejuſdem conditionis, & ætatis liberi*. Sed & quia non ſatis eſt, eam clauſulam non congruere ſuperioribus, demonſtrabimus etiam eam clauſulam eſſe ſupervacaneam. Nam & ita poſito caſu adverſo, ut fuerint ejuſdem conditionis, ut fuerint in poteſtate patris, ambo legitimi, impuberes ambo, ſtultum eſt adnotare, altero mortuo impubere, fratrem jure ſubſtitutionis re- B ciprocæ matri præferri, cum & in legitimo jure, id eſt, jure inteſtati matri præferatur, quia eſt frater conſanguineus, & ut ante dixi, frater conſanguineus excludit matrem, & repellit commodo SC. Tertull. Frater naturalis, ut ante docuit Paulus, qui non fuit in ejuſdem patris poteſtate, neque jure ſubſtitutionis, quæ intelligitur tantum in caſum vulgarem facta, neque jure inteſtati præfertur, quia non eſt conſanguineus, non eſt agnatus, quæ omnia valde ſunt notanda: Nam explicant totam *l. Lucius*. Eadem eſt ratio *l. 2.* Cujus ſpecies hæc eſt: Pater filium impuberem, quem ſolum habebat, & Titium & Cajum extraneos ſibi heredes inſtituit, eoſque invicem ſubſtituit. Lex ait, heredes non fuiſſe conditionis ejuſdem, quo nomine ſignificatur, non fuiſſe ſtatus ejuſdem, nimirum quia filius fuit in pote- C ſtate patris, coheredes fuerunt ſui juris. Et ideo ait, mutuam ſubſtitutionem factam videri in primum caſum tantum, quod iis, qui erant ſui juris, non potuerit fieri in ſecundum caſum. Atque ita propter extraneos coheredes, quibus non potuit ſubſtitui in ſecundum caſum, ex illis verbis: *vos invicem ſubſtituo*, debet eadem ratio ſervari in filio, ut videantur coheredes ei ſubſtituti in primum caſum tantum, ſicut ipſe eſt coheredibus ſubſtitutus tantum in primum caſum. Quia abſurdum eſt in filio eſſe duplicem ſubſtitutionem, in coheredibus ſolam vulgarem. Ideoque mortuo filio impubere, mater ei ſuccedet ab inteſtato, excluſis coheredibus inſtitutis, qui in hunc caſum ſubſtituti non intelliguntur, ſed in primum tantum, ſi filius ſe abſtineret ab hereditate paterna, quem ponimus patri heredem extitiſſe, ſed intra D pubertatem deceſſiſſe vita, hæc eſt ſententia *l. 2.* Addamus ex *l. jam hoc jure, ff. eod. tit. & l. 6. ſup. de teſtam. milit.* idem nos ſequi vel obſervare, ſi pater duos filios, quos habet in poteſtate, unum puberem, alterum impuberem, non ergo ejuſdem ætatis heredes inſtituerit, & invicem ſubſtituerit, quia in eum tantum caſum videtur ſubſtituiſſe eos invicem, quo utrique pari ratione ſubſtitui poteſt, id eſt, in vulgarem caſum, propterea quod a pagano teſtatore puberi directa ſit ſubſtitutio fruſtra prorſus & inutiliter, *l. verbis, de vulg. ſubſt.* Et licet a milite puberi ſubſtitutio directa non fiat inutiliter, quod jure fideicommiſſi ſuſtineatur, *l. precibus, hoc tit.* facta tamen a pagano in ſecundum caſum ſubſtitutio, nullo jure ſuſtinetur. Licet igitur facta a milite puberi non omnino ſit inutilis, tamen in ſpecie *l. 6. ſup. de teſtam.* E *milit.* ſi a milite frater pubes & filia ejuſdem militis impubes, inſtituti, & invicem ſubſtituti ſint, ea ſubſtitutio reciproca valet tantum jure ſubſtitutionis vulgaris, non pupillaris. Et ideo, ſi filia heres extiterit patri, & impubes deceſſerit, mater ei ſuccedet ab inteſtato, excluſo fratre defuncti, patruo filiæ: niſi, inquit, probaverit patruus aliam fuiſſe voluntatem militis, ut ſcilicet fratrem & filiam invicem ſubſtitueret in utrumque caſum & eventum. Probandi onus incumbit patruo. Ergo jure etiam præſumimus militem, qui invicem ſubſtituit puberem, & impuberem, eos tantum voluiſſe ſubſtituere vulgari modo, non altero. Et ita explicanda eſt lex ſexta. Nunc tempus eſt, ut iis addamus interpretationem *legis 4. hoc tit.* quod in illa eadem etiam ſervetur ratio juris.

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 23.*

ris. Primum proponitur in ea *l.* in vulgari ſubſtitutione facta filio impuberi a patre, quem habet in poteſtate, contineri tacitam pupillarem, & in pupillari viciſſim tacitam vulgarem, ut in *d. l. jam hoc jure*, niſi, inquit *l.* 4. probetur aliam fuiſſe voluntatem defuncti, ut ſcilicet in eum tantum caſum valeret ſubſtitutio, qui exprimeretur, non in caſum omiſſum, alioquin caſus vulgaris, qui ſolus exprimitur, *ſi heres non erit*, ducitur etiam ad caſum pupillarem, *ſi heres erit, & impubes deceſſerit*. Et ſecundus pupillaris, qui ſolus exprimitur, *ſi heres erit, & impubes deceſſerit*, ducitur tacito intellectu ad caſum vulgarem, *ſi heres non erit*, niſi probetur aliam fuiſſe voluntatem defuncti. Et videtut alia fuiſſe mens defuncti, ſi in ſingulos caſus filio impuberi, ſingulos ſubſtitutos dederit, veluti, *ſi filius heres non erit, Cajus heres eſto. Si filius heres erit, & impubes deceſſerit, Sempronius heres eſto*: Nam cum ita proprium det filio ſubſtitutum in ſecundum caſum, non videtur ſubſtitutum ei in primum, etiam ſubſtituiſſe in ſecundum. Expreſſum inquiunt DD. facit ceſſare tacitum, *l. cum ex filio, §. fil. de vulg. ſubſtit.* Alioquin ſi Cajus ſolus ſubſtituatur filio in hunc vel illum caſum, non etiam in utrumque caſum nominatim. Subſtitutus vulgariter intelligitur etiam ſubſtitutus pupillariter, videlicet ſi ſoli filio impuberi fecerit ſubſtitutionem vulgarem: Nam trahitur vulgaris etiam ad pupillarem. Sed ſi filium, & uxorem inſtituerit, quæ eſt ſpecies hujus legis 4. & vulgari modo ita eis ſubſtituerit, *ſi filius, & uxor heredes non erunt, in locum eorum Cajus heres eſto*. In hac ſubſtitutione vulgari non ineſt tacita pupillaris, quia pupillaris non potuit fieri uxori. Igitur in eum tantum caſum valet ſubſtitutio, quo utrique pariter ſubſtitui poteſt, id eſt, in caſum expreſſum, qui fuit vulgaris, non in caſum omiſſum, qui eſt pupillaris, in quem uxori non ſubſtituimus, vel extraneo, vel puberi filio. Denique mortuo filio inteſtato, hereditas filii pertinebit ad matrem, non ad Cajum ſubſtitutum vulgariter tantum, vel deficiente matre pertinebit ad alium legitimum heredem filii: Hæc eſt ſententia *l.* 4. Cui Accurſius non male opponit *l. falſa, §. ult. de cond. & demon.* cui tamen non reſpondit ita, ut ſatisfaciat quidquam. Si teſtator ſeparatim filio, & uxori heredibus inſtitutis, ſubſtituerit in primum caſum, hoc modo, *ſi filius heres non erit, Cajus heres eſto*. In ſubſtitutione facta filio, non negabis ineſſe tacitam pupillarem, quæ tamen mortuo filio impubere non excludet matrem, alium tamen legitimum heredem filii excluderet, *l. ult. ſup. tit. prox. & d. l. precibus*. Ergo ita ſeparatim ſingulis, filio ſcilicet, & uxori facta ſubſtitutione vulgari, in ea, quæ facta eſt filio, tacita ineſt pupillaris, & valeret adverſus alium legitimum heredem filii, non adverſus matrem, cujus luctui & mœrori hoc datur, nec ex tacita pupillari, ex tacito intellectu, quæ filium amiſit, etiam amittat filii hereditatem, & bona, hæc eſt propoſitio. Aſſumptio eſt. Atqui pluralis ille ſermo, qui proponitur in *hac l.* 4. *ſi filius, & uxor non erunt heredes*, pro eo debet accipi ac ſi diviſim, & ſeparatim dixiſſet ita, *ſi filius meus heres non erit, Cajus heres eſto, & ſi uxor mea heres non erit, Cajus heres eſto.* Sicut in ſpecie *l. falſa, §. ult.* ſi quis ita legaverit: *Stichum, & Pamphilum do, lego, ſi mei erunt cum moriar.* Hic pluralis ſermo pro eo accipi debet, ac ſi ſeparatim Stichum, & ſeparatim Pamphilum legaſſet, ut alienato Sticho vivo teſtatore, legatario ſuperſit petitio Pamphili, qui fuit teſtatoris tempore mortis: cur non ſimiliter etiam dividas illam ſcripturam, *ſi filius, & uxor hered. non erunt*. Quod ſi dividas, neceſſario ſic fiet, ut quæ dicitur eſſe ſimplex ſubſtitutio *in hac l.* 4. nempe vulgaris tantum, in perſona filii cenſeatur eſſe duplex, id eſt, vulgaris, & pupillaris. Sed ne circumſcribamur, diſſimiles ſunt ſpecies *l. falſa, §. ult.* & hujus *l.* 4. Nam qui ita legat, *Stichum, & Pamphilum do, lego, ſi mei erunt cum moriar*, ita demum vult legatarium habere Stichum, ſi & Pamphilum habeat, nec aliter, cum ſit in poteſtate legatarii ſi velit, cum uterque remanſit in poteſtate teſtatoris, repudiare Stichum, & amplecti Pamphilum. At qui

A ſubſtituit conjunctim filio, & uxori vulgariter, noluit ſolum ſubſtitutum venire in locum filii, niſi veniret etiam in locum uxoris: cur enim juncta ſcriptura eis ſubſtituerit, conſiderandum eſt, & conjuncta ſcriptura utrique ſubſtituit in vulgarem caſum, non alio fine, quam ut jus legitimæ ſucceſſionis ſervaret matri in bonis filii, & ſubſtitutum vocaret repudiante utroque, vel abſtinente ſe. Et ita eſt reſpondendum ad *l. falſa, §. ult.*

Ad L. III. Heres inſtituta *matris teſtamento, ſi ſucceſſionem ex teſtamento omiſiſti, & ab inteſtato bonorum poſſeſſionis jus habere voluiſti: ſubſtituto locum quin feceris, in dubium non venit. Proinde ſi ſubſtitutus hereditatem amplexus eſt, actionibus, quæ tibi adverſus matrem competebant, ipſum convenire, non ſucceſſionem ab inteſtato potes vindicare.*

B Ad L.V. Poſt aditam hereditatem *directæ ſubſtitutiones non impuberibus filiis factæ, exſpirare ſolent.*

LEx 3. & 5. quæ ſimul explicabuntur, pertinent
etiam ad ſubſtitutionem vulgarem, & l. 3. docet
hæc verba ſubſtitutionis vulgaris, *Si heres non erit*, ſic
eſſe accipienda, *ſi ex teſtamento heres non erit*. Nam ſi
mater filiam heredem inſtituat, eique ſubſtituat, *ſi heres*
non erit, & filia ex teſtamento non adeat hereditatem
matris, ſed ab inteſtato eam poſſideat ex SC. Orfitiano,
locus eſt ſubſtituto vulgari, quia verum eſt, filiam ex
teſtamento heredem non eſſe. Hæc eſt ſententia *l.* 3.
quæ confirmatur etiam *l. ſi filius meus, §. ult. ſi quis omiſ.*
cauſa teſt. & l. filium emancipatum, de adq. hered. Igitur in
filiæ locum veniet ſubſtitutus, & filia, quæ ab inteſta-
C to adivit, vel poſſedit bona materna, non erit eorum
heres, & bonorum poſſeſ. cum re, cum effectu, quia ſub-
ſtitutio vulgaris excludit inteſtati ſucceſſionem: ac ſimi-
liter etiam ſubſtitutio pupillaris excludit inteſtati ſuc-
ceſſionem, *l. 7. hoc tit.* quæ hoc tantum vult, ſubſtitutio-
nem pupillarem, vel ſubſtitutum in ſecundum caſum ex-
cludere legitimum heredem, *d. l.* 7. quæ eſt prima lex in
hoc tit. de pup. ſubſt. Nam præcedentes ſex leges hujus tit.
ſunt de vulgari ſubſtitutione. Sequentes quinque ſunt
de pupillari. Adeo autem hæc ſubſtitutio pupillaris ex-
cludit legitimum heredem pupilli, ut & matrem ejus
excludat, *l. 8. h. t.* Utraque eſt teſtamentum, ſubſtitutio
vulgaris & pupillaris. Subſtitutio vulgaris eſt teſtamen-
tum meum, ſubſtitutio pupillaris eſt teſtamentum filii
mei: & ubi eſt teſtamentum, ſemper ceſſat legitima ſuc-
D ceſſio. Sed tamen hoc intereſt inter vulgarem, & pupil-
larem ſubſtitutionem, quod qui venit ex vulgari expreſ-
ſa, vel tacita, omnimodo excludat matrem heredis inſti-
tuti, quia nulla fit injuria matri, cum ex ſubſtitutione
vulgari tacita vel expreſſa ſuccedatur marito ejus, non
filio. At expreſſa pupillaris excludit matrem, tacita non
excludit, ut jam diximus. Unde apparet non ſemper eſſe
eundem effectum expreſſi & taciti. Et ita etiam in ſpecie
l. 2. quib. mod. uſuſfr. amit. ſi expreſſim, & nominatim le-
getur Titio uſusfructus, *donec vixerit*, uſusfructus repe-
titus videtur, forte legatario capite deminuto, nec ex-
ſtinguitur capitis deminutione, aut ſi extinguatur, re-
viviſcit protinus ex repetitione. Sed ſi ſimpliciter ſit le-
gatus uſusfructus, nec additum ſit, *donec vixerit*, quam-
vis hoc tacite inſit (nam omnis uſusfructus finitur mor-
E te legatarii) tamen uſusfructus repetitus non videtur.
Non idem eſt effectus taciti & expreſſi. Et ſic etiam in
l. tale, §. 1. de hered. inſtit. l. ſervo libertatem, de condit. &
demonſtrat. Si ſervum meum liberum eſſe juſſero, & he-
redem ſub hac conditione inſtituero, *ſi meus erit cum*
moriar, & poſt teſtamentum eum vendidero: atque ita
meus non ſit mortis tempore, hereditas mea non ſequi-
tur emptorem, id eſt, emptor per eum ſervum non fit
heres meus, propterea quod dixi nominatim & diſerte,
ut ita demum eſſet meus heres, *ſi meus eſſet cum more-*
rer. Atque etiamſi hoc non edixero nominatim, *ſi*
meus erit cum moriar, tacite tamen ineſt illa conditio, *ſi*
in dominio teſtatoris permanſerit, ut ita demum ſit heres, &
liber, ſi teſtatoris fuerit tempore mortis: & tamen em-

ptor

ptor per eum ſervum fiet heres meus. Et generaliter ita concludit *l. ſervo libertatem*, ſæpe numero mutari effectum rei, quamvis teſtator id expreſſerit, quod etſi non feciſſet, ineſſet tamen. Et ſic igitur non eſt mirum, ſi ſit alius effectus expreſſæ pupillaris, longe alius tacitæ. Sed ut ad ſpeciem *l.* 3. revertamur, filia, cui ex teſtamento matris hereditas deferebatur, ſi omittat teſtamentum, & ab inteſtato bona poſſideat materna, non erit heres ab inteſtato, aut bonor. poſſeſſ. cum effectu, quia legitimæ ſucceſſioni obſtat ſubſtitutus vulgaris. Non erit etiam heres ex teſtamento, quia quæ omiſit teſtament. & ab inteſtato matris bona poſſidere voluit, videtur penitus renuntiaſſe teſtamento, quia non ignoravit ſibi ex teſtamento hereditatem deferri, & ſciens prudenſque eam ab inteſtato amplecti, poſſidereque maluit. Igitur neque heres ei erit ab inteſtato, quia obſtat ei ſubſtitutus vulgaris, neque ex teſtamento, quia noluit, quia lege maluit, quam judicio matris heres eſſe. Sed ut adjicit *l.* 3. ſi quam actionem perſonalem filia habuit adverſus ſubſtitutum ex contractu, vel quaſi, eam poteſt exercere adverſus ſubſtitutum, tanquam ſolum heredem ex teſtamento matris. Concludamus igitur hoc modo: Adita hereditate, vel agnita bonor. poſſeſs. veluti ab inteſtato, non finitur ſubſtitutio vulgaris, adita autem hereditate ex teſtamento, finitur, & evaneſcit ſubſtitutio vulgaris, & ita accipienda *l.* 5. *hoc tit.* ait, poſt aditam hereditatem, ex teſtamento ſcilicet ſi ſit voluntarius heres, vel extraneus. Sed addamus, hoc etiam poſſe porrigi ad geſtionem pro herede. Nam poſtquam heres inſtitutus, ſe pro herede geſſit ex cauſa teſtamenti, exſpirat ſubſtitutio vulgaris. Et ſimiliter poſt agnitam bonorum poſſeſſionem ex teſtamento, exſpirat ſubſtitutio vulgaris, quia qui agnoſcit bonorum poſſeſſionem, pro herede gerere videtur, *l. puberem, inf. de jure deliber.* Addamus etiam poſt immiſtionem, ſi ſuus heres inſtitutus ſit, exſpirare ſubſtitutionem vulgarem, & nudum nomen ſui heredis, qui ſcilicet ſtatim exiſtit heres a morte parentis, etiam invitus, & ignorans, non excludit ſubſtitutum vulgarem. Atque ita non recte dices, poſtquam extitit ſuus heres, & apparuit: nam exiſtentia appellatur *ἀνάφανσις*. Non potes, inquam, dicere, ipſo jure expiraſſe ſubſtitutionem vulgarem, ſed poſtquam immiſcuit ſe bonis paternis: immiſtio excludit ſubſtitutum vulgarem, etſi ſuus heres, qui jam adierat, poſt immiſtionem fuerit in integrum reſtitutus abſtinendi cauſa: Nec enim convaleſcit ſubſtitutio vulgaris, quam ſemel exſtinxit immiſtio, ut non ſit regreſſus a privatione ad habitum, ut ajunt philoſophi. Et hoc oſtenditur in *l. & ſi ſine, §. ſed quod Papinianus, de minor.* Secundum hæc verba ſubſtitutionis vulgaris, *ſi heres non erit*, quæ latiſſime manant, & comprehendunt hos caſus omnes, *ſi non adierit, ſi non geſſerit ſe pro her. ſi poſſ. bon. non agnoverit ex teſt.* vel *ſi non miſc. ſe bonis ex cauſ. teſtam.* Denique poſt aditam, vel alio modo adquiſitam hereditatem, ſubſtitutiones vulgares exſpirant. Et ita etiam ſi legatario facta ſit ſubſtitutio vulgaris, poſt agnitionem primi legatarii evaneſcet, *l. 6. inf. de legat.* non etiam ſi legatario ſubſtitutio facta ſit in ſecundum caſum. Nam (quod eſt maxime notandum) hac in re differentia eſt inter hereditatem, & legatum. In hereditate non poteſt cuilibet ſubſtitui in ſecundum caſum, ſed impuberi tantum filiofamil. cujus poteſtatem teſtator habet, vel etiam mente capto. In legato cuilibet poteſt ſubſtitui in ſecundum caſum, ut *l. ſi fundum ſub conditione, §. Stichum, de leg.* 1. hoc modo; *Titio do, lego Stichum: ſi Titius Stichum intra annum non manumiſerit, eundem Stichum Cajo do lego.* Recte fit legatario ſubſtitutio in ſecundum caſum, id eſt, in caſum adquiſiti legati, nec impletæ voluntatis, aut præcepti teſtatoris. Sequitur in hac lege, ut ſingula explicem, ſubſtitutiones non impuberibus filiis factas, quibus verbis ſignificantur ſubſtitutiones vulgares. Subſtitutiones igitur puberibus factæ, id eſt, vulgares. Quia puberibus non poſſunt fieri niſi vulgares ſubſtitutiones. Puberibus non poſſumus ſubſtituere directo in ſecundum caſum, §. *ult. Inſt.*

A *de pupil. ſubſt.* Dixit ergo, *ſubſtitutiones non impuberibus filiis factæ*, diſcretione pupillarium ſubſtitutionum, quæ non finiuntur aditione heredis ſcripti, ſed pubertate, *l. in pupillari, de ſubſt. vulg.* Et ſecundum hanc ſententiam, ſi forte impuberi filio facta ſit ſubſtitutio vulgaris ſimplex, quæ intelligitur ſola eſſe vulgaris, hæc proculdubio extinguetur aditione, quia dixit *ſubſtitutiones factæ puberibus*, diſcretione ſubſtitutionum pupillarium, non quod & impuberibus factæ vulgares ſimplices non finiantur poſt hereditatem aditam, vel alio modo adquiſitam heredi inſtituto. Et rurſus ait in hac *l. directæ*: quia precariæ ſubſtitutiones poſt aditam hereditatem valent. Ideoque etiam heres inſtitutus, cui precariis verbis facta eſt ſubſtitutio, id eſt, cui relictum eſt fideicommiſſum hereditatis reſtituendæ alteri, cogitur adire heredita-
B tem, nec intercidit ſubſtitutio precaria. Tantum igitur abeſt, ut precarias extinguat aditio, ut non aliter confirmetur, quam aditione, vel etiam immiſtione, ſi heres inſtitutus, ſit ſuus heres, & rogatus ſit hereditatem reſtituere alteri, *l. recuſare, §. ſed & ad filium, ad Senatuſc. Trebell. l. 5. §. ult. Quod cum eo, qui in alien. &c.* Ac præterea precariæ ſubſtitutiones etiam puberibus fieri poſſunt, & extraneo, *d. §. ult. Inſt. de pup. ſubſt. l. coheredi, §. nec aliud, de vulg. & pub. ſubſt.* Poſtremo ait hæc lex, *expirare ſolent*. Quibus verbis ſignificatur eſſe regulam juris. Nulla autem eſt regula juris, quæ non aliquando vitietur. Et hæc quoque vitiari videtur in ſpecie *Nov. de her. & Falc.* ubi heres inſtitutus, qui adiit hereditatem, ſi non exæquatur voluntatem defuncti, ſi non præſtet legata, aut fideicom. & libertates, contumacia ejus,
C & indevotio ejus ita coercetur, ut ei eripiatur hereditas, & transferatur in ſubſtitutum vulgarem, quem tamen excluſit aditio, quia ſcilicet hoc caſu venit ſubſtitutus, non tam jure ſubſtitutionis, quam beneficio Novellæ Juſtiniani, quæ hac ratione heredem inobedientem voluit coerceri, & contumacem. Eadem eſt ratio *l. & ſi ſine, §. ſed quod Papinianus, de minorib.* Minor 25. annis adiit hereditatem, vel immiſcuit ſe. Deinde reſtitutus eſt abſtinendi cauſa, an in ejus locum veniet ſubſtitutus poſt abſtentionem? Minime: regulariter non convaleſcit ſubſtitutio vulgaris, quam ſemel extinxit aditio, vel immiſtio. Excipitur tantum unus caſus in illo §. ſi ſubſtitutus ſit vulgariter ſervus, & hereditas non ſit ſolvendo, ita ut omnino creditores bona defuncti ſint diſtracturi. Nam hoc caſu nullo exiſtente herede, quia legitimi ex-
D cluſi ſunt adita hereditate ex teſtamento, ſubſtitutus ſervus, quamvis ipſe excluſus ſit; tamen venit in locum heredis abſtinentis ſe poſt aditionem, ut bona defuncti veneant potius ſervi nomine, quam defuncti: & ait hunc caſum ſingularem introductum eſſe reſcripto Divi Pii & Severi: unde poſſis dicere eum ſubſtitutum vocari magis ex eo reſcripto, quam ſubſtitutionis jure, ut ſubveniatur famæ, atque memoriæ defuncti, propterea quod bonorum venditio, quæ fit nomine defuncti, defuncto irrogat infamiam, ut plane ſubſtitutus ſervus neceſſarius heres videatur, potius infamiam aſſequi, quam hereditatem, quod ejus nomine bona veneant potius, quam defuncti, ut ait *lex. 3. C. Theodoſ. de inoffic. teſtam.*

Ad L. VI. Teſtamento jure facto, *multis inſtitutis heredibus,*
E *& invicem ſubſtitutis: adeuntibus ſuam portionem etiam invitis coheredum repudiantium adcreſcit portio.*

LEX 6. eſt etiam de vulgari ſubſtitutione, cujus ſententiam explicaturi ſumus. Si plures ſint heredes inſtituti, & invicem ſubſtituti vulgariter, quoniam ſunt extranei heredes, portiones eorum, qui non adierunt, adeuntibus adcreſcunt, etiam invitis ex ſententia l. Obveniunt igitur portiones vacantes iis, qui adierunt, magis jure adcreſcendi, quam jure ſubſtitutionis reciprocæ, quæ vulgaris eſſe intelligitur, quia ſubſtitutio illa imitatur jus adcreſcendi, *l. ſi quis heres, de acquir. hered. l. pen. de injuſto, rupto, & irr.* Differentia eſt inter jus adcreſcendi, & ſubſtitutionis jus. Nam hereditas ex ſubſtitutio-

tutione defertur tantum volenti, non invito. Jus adcreſcendi defertur etiam invito, *l. un. §. his ita definitis, de cad. toll. inf.* Uno tantum caſu excepto, quo etiam ex ſubſtitutione hereditas defertur invito, videlicet ſi heres coheredi vulgariter ſubſtitutus ſit, & unus pro ſua parte adierit, alter repudiaverit. Nam portio, quæ vacat, pertinet ad eum, qui adiit, ſine nova aditione. Denique pars, quæ omiſſa ſubſtitutione obveniret jure adcreſcendi, obvenit invito ſecundum naturam potius accretionis, quam ſubſtitutionis, quia ea ſubſtitutio, ut ait *d. l. ſi quis heres*, fuit appendix præcedentis inſtitutionis, id eſt, accretio potius, quam ſubſtitutio, & remedium inducendi juris adcreſcendi contra caduca, contra l. Juliam & Papiam, quæ ſubvertit jus adcreſcendi, & impugnat, non ſubſtitutionem. Et ita *in princip. tit. de cad. tollend. inf.* ait, ſubſtitutiones introductas eſſe, ne hereditates caderent in fiſcum, ſubſtitutiones heredum ſcilicet reciprocas, vel omnium heredum factas uni, vel unius factas omnibus, ut in *l. 5. D. de vulg. ſubſtitut.* ut non abs re in *l. miles, §. ult. de legat.* 2. dicatur, coheredes eſſe ſubſtitutos, quibus vult invitis obvenire portionem coheredis deficientis. Et non tam jure ſubſtitutionis igitur, quam jure, conditioneque adcreſcendi. Quod tantum adnotare ad l. 6. ſatis eſt.

Ad L. VIII. Precibus tuis manifeſtius *exprimere debueras, maritus quondam tuus miles defunctus, quem teſtamento facto heredem communem filium veſtrum inſtituiſſe proponis, & ſecundum heredem ſcripſiſſe, utrumne in primum caſum, an in ſecundum filio ſuo, quem habuit in poteſtate mortis tempore, ſi intra decimum quartum ſuæ ætatis annum, aut poſtea deceſſerit, ſubſtituerit. Nam non eſt incerti juris, quod ſi quidem in patris militis poſitus poteſtate, primo tantum caſu habuit ſubſtitutum, & patri heres extitit: eo defuncto, ad te omnimodo ejus pertineat ſucceſſio. Si vero ſubſtitutio in ſecundum caſum vel expreſſa, vel compendio, non uſque ad certam ætatem facta reperiatur: ſiquidem intra pubertatem deceſſerit, eos habeat heredes, quos pater ei conſtituit, & adierint hereditatem. Si vero poſt pubertatem: tunc ejus te ſucceſſionem obtinente, veluti ex cauſa fideicommiſſi, bona, quæ cum moreretur, patris ejus fuerint, a te peti poſſunt.*

LEX *precibus* eſt potiſſimum de ſubſtitutione pupillari facta a milite filio impuberi, quem in poteſtate habuit mortis tempore, quod exigitur ſemper in ſubſtitutione pupillari, ut is, cui facta eſt, in poteſtate morientis fuerit. Nam emancipatione finitur ſubſtitutio pupillaris. Quæſtio autem hujus legis eſt a tota doctorum familia tractata. Species hæc eſt. Quædam mulier precibus oblatis Imperatori, expoſuit, militem maritum ſuum communem filium impuberem, quem moriens in poteſtate habuit, teſtamento heredem inſtituiſſe, & ei directo ſubſtituiſſe Sempronium, & filium vita deceſſiſſe, & quæſivit ab Imperatore, utrum filio ipſa ſuccederet, an ſubſtitutus. Reſpondit Imperator, ut in *l. exprimere, inf. de duobus reis*, eam mulierem in precibus ſuis exprimere debuiſſe, utrum pater filio Sempronium ſubſtituiſſet in primum caſum, *ſi heres non eſſet*, an in ſecundum caſum, *ſi filius moreretur intra pubertatem, aut poſt pubertatem*: Nam ſi ei ſubſtituit in vulgarem caſum, & filius patri heres extiterit, per immiſtionem (quo genere proprie ſui adquirunt hereditatem) hoc caſu omnimodo, inquit, ſive filius deceſſerit ante, ſive poſt pubertatem, ei ab inteſtato ex Senatuſconſulto Tertulliano ſuccedit mater. Quia & ſubſtitutionem vulgarem exſtinxit immiſtio filii, & tacita pupillaris, quæ ineſt vulgari, non excludit matrem, *l. ult. ſup. tit. præced.* Nec obſtat, quod in ſpecie hujus legis non ponitur mater coheres adjecta filio, ut in ſpecie *d. leg. ult.* ad præferendam matrem ſubſtituto venienti ex tacita pupillari, quia non ea tantum ratione utitur, quod mater ſit coheres adjecta filio, ſed etiam (quæ ratio eſt potior) quod ſit æquum, matrem, ad quam ſummus mœror morte filii pervenit, & filii amiſſi, & luctuoſæ heredita-**A** tis damnum non ſentire, ex ſolo tacito intellectu ſubſtitutionis pupillaris. Quæ ratio etiam locum habet, matre non adjecta coherede filio. Ergo indiſtincte, ſive fuit mater coheres adjecta filio, ſive non, tacita pupillaris eam non excludit. Tacita pupillaris alium heredem legitimum filii facile excludit, matrem autem non excludit. Hoc datum pietati maternæ. Et hac in re nihil omnino diſtat miles a pagano, cum ſcilicet teſtator ſubſtituit in vulgarem caſum, & poſt immiſtionem deceſſit filius ſuperſtite matre. Quod ſi in ſecundum caſum miles ſubſtituit filio impuberi, vel expreſſa certa ætate, veluti *ſi intra pubertatem deceſſerit, intra decimum quartum annum*, vel, ut in *l. centurio, ff. eod. ſi intra vigeſimum quintum annum deceſſerit*, vel etiam *compendio* (ſic legendum) id eſt, compendio orationis, **B** hoc modo, *quandocunque filius deceſſerit*, non expreſſa certa ætate, dum brevitati ſtudet miles, tunc filio moriente intra pubertatem, certo certius eſt, ſubſtitutum, qui adivit hereditatem pupilli, excludere matrem, tanquam ex expreſſa pupillari ſubſtitutione. Nam ſatis eſt expreſſa pupillaris ſubſtitutio, & quæ generali, breviorique ſermone concipitur, & conſtringitur, ut non ſit neceſſe ad eum ſermonem quidquam ſupplere, & ſatis eſt interpretari quid eo contineatur. Nota eſt differentia inter *ſupplere*, & *interpretari* ex *l. Gallus, §. quid ſi qui filium, & §. ſeq. de lib. & poſt.* Et hac etiam in parte nihil intereſt inter militem, & paganum teſtatorem. Utrobique enim expreſſa pupillaris ſubſtitutio ſpecialiter, vel generaliter excludit matrem, ſi ſubſtitutus ſubſtitutionem amplecti velit. Sed ſi filius, cui miles directo ſubſtituit, **C** vel nominatim, *ſi poſt pubertatem decederet*, puta intra 25. annum, vel cui ſubſtituit compendio orationis, *quandocunque decederet*: ſi, inquam, is filius poſt pubertatem moriatur, hoc caſu mater ei ſuccedet ab inteſtato, ſed debet, ut ait *l.* Sempronio ſubſtituto filii reſtituere hereditatem, veluti ex cauſa fideicommiſſi, ubi *veluti*, non ſignificat ſimilitudinem, ſed approbationem, & confirmationem, nimirum, ut hoc caſu, favore militiæ, quod hoc voluerit teſtator, ut veniret ſubſtitutus etiam poſt pubertatem defuncto filio favore voluntatis militaris: verba directa ſubſtitutionis defleċtuntur ad cauſam fideicom. & pro precariis accipiuntur, ita ut ſubſtitutus veluti ex cauſa fideicommiſſi non capiat bona propria filii, ſed bona tantum, quæ militis, cum moreretur, fuerunt, & quæ ab eo ad filium perve-**D** nerunt, mater autem retineat bona propria filii, & ſi quid filio deeſt ex bonis patris ad conferendam Falcidiam, id eſt, portionem legitimam. Nam pupillo quidem directo ſubſtitui poteſt in ſecundum caſum, etiam in legitimam portionem: quia datur ei heres, qui ſibi heredem facere non poteſt, ſi moriatur intra pubertatem, in *l. ex tribus, ſup. de inoffic. teſtam.* Ergo pupillo in hunc caſum, *ſi moriatur pupillus*, pater directo ſubſtituit recte, etiam in portionem legitimam, poſt pubertatem autem puberem filium non poteſt onerare fideicommiſſo in portione legitima, quam æquum eſt filium habere ſine onere ullo, ſine fideicommiſſo, ſine dilatione, ſine conditione. Et ita Accurſius notat recte in ultima gloſſa h. leg. Notanda igitur hac in re differentia inter ſubſtitutionem pupillarem directam, & ſubſtitutionem **E** fideicommiſſariam, ſive precariam, vel quæ cum figura verborum ſit directa, benigne accipitur pro precaria, conſervandæ voluntatis militis cauſa: Nam qui venit ex pupillari directa, non tantum capit bona, quæ habuit pupillus a patre, ſed etiam bona adventitia, quæ aliunde habuit, propria quæſita poſt mortem patris, vel etiam ante mortem patris ex cauſa, unde non adquirat filiusfam. patri, in *l. ſed ſi plures, §. ad ſubſtitutos, ff. eod.* Qui autem venit ex fideicommiſſaria ſubſtitutione, non capit bona filii propria, ſed bona tantum, quæ a teſtatore ad eum pervenerunt, *l. coheredi, §. quod ſi heredem, eod. tit.* Quia fideicommiſſo nemo onerari poteſt ultra id, quod a teſtatore accepit, *l. 6. de leg. 3. l. ab eo, inf. de fideicommiſſ.* De ſuo enim quiſque fideicommiſſa, aut le-

gata

gata relinquere, de suo largiri, non de alieno debet. Et ita in fine hujus *legis precibus*, ut evidentius ostendat, substitutionem a milite factam filio impuberi verbis directis, post pubertatem valere tantum jure fideicommissi, addit valere tantum in bonis profectis a patre, non in bonis propriis filii, hæc remansura penes matrem, jure legitimæ successionis. Et hæc est omnino sententia hujus legis. Eademque est penitus sententia *l. centurio, ff. h. tit.* tantum abest, ut pugnent inter se. Illius legis species hæc est: Centurio, & miles igitur, filio impuberi directo substituit, expressa certa ætate, sed in longius tempus, puta si intra vigesimum annum sine liberis decederet: filio moriente intra pubertatem, substitutus jure communi, non tantum bona patris occupat, sed etiam bona filii propria, jure scilicet substitutionis pupillaris directæ, quæ secum trahit omnia bona pupilli, unde profecta fuerint. Filio autem moriente post pubertatem intra vigesimum annum, substitutus ex privilegio militum, nec jure communi jam, sed jure singulari capiet tantum bona centurionis cum fructibus inventis in hereditate, quoniam & ii fructus bonis centurionis adnumerantur, fructus, quos postea filius percepit, bonis propriis filii connumerantur, *l. postulante, §. ult. ad Trebell. l. 24. de usufr. leg. l. 1. inf. de his, quibus ut indig.* Non dicitur nominatim in *l. centurio*, eam substitutionem post pubertatem valere jure fideicommissi, quod dicit aperte *lex precibus*, sed cum ait, substitutum tantum capere bona patris, quid aliud significat, quam substitutum venire jure fideicommissi? Hic enim effectus est fideicommissi, quo longe amplior est effectus, & major substitutionis directæ, quæ occupat omnia bona. Ergo ea tantum bona, quæ centurionis, cum moreretur, fuerunt, substitutus capiet de manu matris, vel alterius heredis legitimi filii, & legitimus heres retinebit propria bona filii. Hæc est vera interpretatio *leg. centurio*, secundum quam apparet nullum inter eam, & *leg. precibus* esse dissidium, nullas inimicitias, quia *lex centurio* non loquitur de matre, ut hæc *lex precibus*, sed generaliter; nec spectat, quis filio succedat ab intestato, mater, an alius legitimus. Ex eo, inquam, apparet, etiamsi mater non sit in medio, sed alius legitimus heres filii, substitutionem directo a milite factam filio in longius tempus, post pubertatem tamen valere jure fideicommissi in bonis profectis a patre. Quod igitur dicitur in parte ultima hujus legis, haberet locum & in alio successore, nec ut habuit ante proprium mater, ne excludatur per tacitam pupillarem, ita etiam hoc proprium habet, ut propter matris interventum substitutus filio post pubertatem, non veniat jure directo, sed jure tantum fideicommissi: Nam ex *l. Centurio*, quæ generaliter loquitur, apparet idem esse, si quis alius legitimus heres filii interveniat, & errore labi eos, qui interveniente alio herede legitimo, quam matre, putant post pubertatem eam substitutionem valere jure directo, quod nusquam reperietur. Nam est facta quidem jure directo, sed directæ effectum non habet, propterea quod, & militem puberi, qui sibi potest facere testamentum, absurdum est testamentum facere. Nemo dat alii heredem habenti testamenti factionem. Sed tamen, quia ita voluit miles, ut qualiter qualiter satis ei fiat, porrectis verbis directis ad fideicommissum, post pubertatem eam substitutionem, quam directo concepit, accipimus pro precaria, constituto proximo agnato herede ab intestato, & onerato tantum restitutione bonorum patris militis, qui eam substitutionem fecit, non ceterorum bonorum filii. Et notandum etiam est, hac una tantum in parte esse discrimen inter militem, & paganum: in superioribus partibus adnotavimus nullum esse discrimen inter militem, & paganum: in hac parte ultima hujus legis, cum scilicet post pubertatem filius moritur, est discrimen, nimirum, quod miles post pubertatem substituat filio non inutiliter, ut in hac *leg. & d. l. centurio, l. 6. sup. de testam. milit. l. miles, §. pen. ff. hoc tit.* Cur ait non inutiliter

A militem post pubertatem filio directo substituere? quia scilicet ea substitutio valet saltem jure fideicommissi in bonis profectis a patre milite, qui ita testatus est, ut ait *lex centurio*, ex privilegio militum, subindicans, non idem esse in paganis apertissime, cum dicat esse privilegium militum. Jure ergo communi directa substitutio facta post pubertatem, nec jure fideicommissi valet. Denique paganus post pubertatem substituit prorsus inutiliter, *l. verbis, eod. tit.* Verbis civilibus, id est, directis, substitutionem post pubertatem frustra fieri convenit. Non fieret frustra, si post pubertatem valeret, ut fideicommissum, & loquitur *l. verbis* de jure communi, non de privilegiario, quod militibus competit, sed de jure paganico, & adjicit eum substitutum post pubertatem non posse etiam venire, ut coheredem adjectum
B in partem bonorum paternorum, diviso asse in duos semisses, παχυμερέστερον, ut in *§. ult. Instit. de vulg. substit. & l. si paterfamil. de hered. instit.* quod exposui in *l. 3. sup. tit.* 24. Quoniam evidens est in hac specie patrem nullum coheredem filio adjicere voluisse. Ergo ille substitutus neque veniet ut coheres, neque ut fideicommissarius. Et ad summam, a pagano directo facta filio substitutio, post pubertatem nullo jure valet, neque directo, neque obliquo. Cum enim ex privilegio militis tantum datum sit, ut valeat jure obliquo, consequens est idem non dari secundum jus commune. Et hæc est verissima hujus rei definitio. Sunt innumeri, qui tentant etiam jure communi ex testamento pagani post pubertatem substitutionem valere tanquam fideicommissum. Nec igitur hac in re ullam esse differentiam inter paga-
C num, & militem, contra manifestissima legum verba: hanc opinionem a nobis amotam volo, nec moveri volo *c. Raynutius, de testam.* quoniam quod in eo definitur, ut jure communi post pubertatem valeat tanquam fideicommissum, manifestissimum est ductum id esse ex prava opinione interpretum juris civilis. Et ut solet error unus alium ducere errorem, etiam ex opinione prava eorundem interpretum in illo *c. Raynutius* filio rogato restituere hereditatem dantur duæ quartæ, quod ut quodam loco ostendimus, omnino pugnat cum jure civili, & originem sumpsit non ex jure civili, sed ex prava opinione. Nihil etiam moveri debemus *l. Scævola, ad Senatusc. Trebell.* quæ est arx istius opinionis. Sciendum est, in codicillis inutiliter heredem institui, vel substitui directo, inutiliter exheredari quem-
D quam. Nunc finge: pater filium impuberem testamento instituit, & codicillis ei directo substituit Lucium & Cajum in secundum casum, qui extitit filio mortuo impubere: non potest substitutus venire jure directo, quia in codicillis nihil directo scribitur utiliter. Sed benigna interpretatione substitutus venit jure fideicommissi, & a fratre legitimo herede filii impuberis mortui capiet bona, quæ a patre ad filium defunctum pervenerunt. Et si illi duo substituti Lucius & Cajus invicem sibi substituti sint, consequenter inter eos reciproca substitutio valebit jure fideicommissi, id est, mortuo filio impubere. At ejus heredes legitimi capient bona profecta a patre deducta Falcidia, quoniam est testamentum pagani jure fideicommissi. Denique si unus ex duobus substitutis moriatur, jure mutuæ substitutio-
E nis portio illius pertinebit ad alium tanquam fideicommissum. Et secundum hæc, substitutio directo facta pupillo in codicillis, cum habeatur pro fideicommissaria, etiam ipsi inter se habebuntur pro fideicommissariis, & reciproca substitutio directo facta inter eos, declinabit etiam ad causam fideicommissi, per consequentias prioris substitutionis directæ factæ pupillo, quæ declinat etiam ad causam fideicommissi: & hæc est sententia *l. Scævola*, cui respondendum est. Quæres, cur etiam directa substitutio a pagano facta post pubertatem non valeat jure fideicommissi, id est, cur dicatur frustra fieri in *l. verbis civilibus*, nec valere etiam jure fideicommissi? Quia hoc non expressit testator, quod exprimere debuit, si voluit constituere fideicommissum,

§. ult.

§. ult. Inſtit. de pupil.ſubſtit. & l. coheredi, §.cum filiæ, eod. tit. Et ita recte in *l. in pupillari*, quæ pertinet ad jus commune, ſi in pupillari ſubſtitutione longius tempus comprehenſum ſit, tamen ſubſtitutio evaneſcet pubertate, ſicut etiam Carboniana bonorum poſſeſſio, quæ eſt pupillaris, dicitur evaneſcere pubertate, nec in longius tempus ullo jure produci, *l. 3. §. puberi, l. de bonis, §. ult. l. quæritur, de Carbon. edic.* Quæro igitur in ſpecie hujus legis, exemplo *l. Scævola*, verba directa ſubſtitutionis cur non trahantur ad fideicommiſſum? Et reſpondeo, aliam eſſe ſpeciem & cauſam hujus legis, & illius. Nam ſubſtitutio filio impuberi directo facta codicillis, erit prorſus inutilis, niſi ſuſtineatur jure fideicommiſſi. Igitur ne fruſtra videatur facta ſubſtitutio, maxime pupilli, ut qui ex codicillis heredem habere non poteſt, habeat tamen fideicommiſſarium, qui ei ſit loco heredis, uti ſcriptura illa directa perperam ſcripta in codicillis, *ſi non poteſt valere ut teſtamentum pupilli, valeat ut codicillus a pupillo factus ab inteſtato, ſi non valet jure teſtamenti, valeat jure codicillorum*. Directa enim verba habere pro precariis, eſt teſtamentum habere pro codicillis, ut pupillus, qui non habet teſtamentum, habeat codicillos, & ita moriatur. Ceterum in *l. precibus* ſubſtitutio, quæ directo eſt facta impuberi in longius tempus, puta in vigeſimum quintum annum, *vel quandocunque deceſſerit*, etiamſi dicamus poſt pubertatem eam nullo jure valituram, quod etiam omni aſſeveratione confirmamus, tamen non ideo erit inutilis prorſus ſubſtitutio, quia poteſt valere intra pubertatem jure directo. Et favor hic pupilli nullus intervenit, cum pubes mortuus eſt, ut non abs re dicatur, poſt pubertatem nec jure fideicommiſſi valere ſubſtitutionem factam a pagano, etſi ii, qui ſunt inſtituti, invicem ſubſtituti ſint, & conſequenter reciproca illa ſubſtitutio inter eos nullo jure ſubſiſtere poteſt.

AD TITULUM XXVII.

DE NECESSARIIS HERED. INST.

CUM ante dixiſſet de heredibus inſtituendis, vel ſubſtituendis, nunc heredum, qui inſtituuntur, & ſubſtituuntur diviſionem, & qualitatem exequi parat: nec enim omnium heredum eadem eſt qualitas, non omnium idem jus in ſucceſſionem defuncti, non omnium idem jus, & in omne jus defuncti: alii ſunt voluntarii, alii neceſſarii, & rurſus neceſſariorum alii ſunt ſui, alii neceſſarii tantum non ſui: de neceſſariis tantum eſt hic tit. 27. de ſuis eſt tit. 28. & 29: de voluntariis eſt 30. Et neceſſarii quidem, de quibus agitur hoc t. ſic appellantur, quod dominis; a quibus cum libertate inſtituti, vel ſubſtituti, aut liberis dominorum impuberibus, ignorantes, & inviti heredes exiſtunt, adeo ut & pœna afficiantur, ſi eorum hereditatem ſpernant, aut hereditatem amplecti detrectent, *l. 4. hoc tit.* Et abſtinendi beneficium non habent, quod tamen prætor dat ſuis heredibus, qui etſi neceſſarii ſint, non adeo tamen neceſſarii ſunt, ut prætor non poſſit illos hac neceſſitate abſolvere, data abſtinendi licentia. Illi omnimodo neceſſarii ſunt, ut nec beneficium abſtinendi habere poſſint, *l. neceſſariis, in fine, D. de adq. hered.* Exiſtunt autem heredes ipſo jure confeſtim .i. apparent heredes a morte teſtatoris, & ante apertas teſtamenti tabulas, ut Stephanus notavit recte in *l. ejus qui, in pr. D. de reb. cred.* Et ante aditam hereditatem a coheredibus: nam & a coheredibus libertatem non accipiunt, ſed a ſemetipſis *ἀμέσως*, id eſt, *immediate*, nullo actu, nullave perſona media interveniente, *l. 6. §. ult. D. de hered. inſtit. l. ex parte, D. de adq. hered.* videlicet ſi, ut poſui, cum libertate heredes inſtituti ſint adjectis coheredibus: nam ſi ſola libertas eis relicta ſit, non etiam hereditas, libertatem non accipiunt a ſemetipſis, ſed ab heredibus, a quibus liberi eſſe juſſi ſunt. Quamobrem poſt mortem heredis libertatem non poſſe dari recte ſcribit Ulp. *lib. reg.* Et alia eſt conditio tutelarum: Nam ut ait *l. 7. D. de teſt. tut.* tutores non ab herede, ſed a teſtatore protinus proficiſcuntur. Cujus rei argumentum eſt, quod heres ipſe tutor dari poteſt, qui non jure daretur, ſi daretur a ſemetipſo. Item quod poſt mortem heredis tutor dari poteſt, qui etiam non recte daretur, ſi tutoris datio proficiſceretur ab herede: Et hoc ita dicitur in *d. l. 7.* ſane ad differentiam legatorum, & fideicommiſſorum, & libertatum, quoniam hæc ab herede proficiſcuntur: Legata omnino non ab herede, ut nec heredi ob eam rem a ſemetipſo poſſit legari, *l. legatum, §. 1. D. de legat. 1.* nec poſt mortem etiam heredis alii, id eſt, ab herede heredis, *§. poſt mortem, Inſtit. de legat.* fideicommiſſa quoque heredi a ſemetipſo relinquuntur inutiliter, ſed hoc proprium in fideicommiſſis, ut non tantum proficiſci poſſint ab herede, ſed etiam ab herede heredis: Et libertates ſimiliter, ut ante dixi, ab herede proficiſcuntur, libertates teſtamentariæ ſcilicet, ſi ii, quibus dantur non ſint heredes inſtituti: nam ſi ſint heredes inſtituti, eam a ſemetipſis accipiunt, vel quod pene idem eſt, a teſtatore protinus, ut *l. 1. hoc tit.* ab ipſo teſtatore ſervum liberum & heredem exiſtere neceſſarium ab ipſo teſtatore, id eſt, protinus, *ἀμέσως*, id eſt, clauſis teſtamenti tabulis, necdum adita hereditate a coherede. Et ita in *§. 1. Inſtit. de hered. qualit. & diff.* ſervum heredem inſtitutum, ſive velit, ſive nolit, omnino poſt mortem teſtatoris protinus liberum, & neceſſarium heredem fieri. Et hinc manat regula illa juris civilis, quæ dictat libertatem auferri non poſſe, cujus ſit mentio in *l. ſi ita ſcriptum, §. regula, D. de lib. & poſt.* Siquidem, ut jamdiu oſtendi, & probavi cunctis, ſi in eo §. reponatur vox *libertatis*, ut dixi, & removeatur vox *hereditatis*, quæ aſcita eſt, ut hæc non ſit regula vera, hereditatem adimi non poſſe, ſed hæc, libertatem adimi non poſſe, quæ tamen falſa videtur eſſe non minus quam illa, ex *tit. de adempt. libert. & l. ſi peculium, §. 1. D. de manumiſſ. teſt. & l. ſi ſervus, D. de fideic. libert.* hæc vero falſa eſt, niſi ut idem §. oſtendit, coanguſtetur ad ſpeciem propoſitam de ſervo proprio, quem dominus in teſtamento liberum & heredem eſſe juſſit, ut huic eodem teſtamento libertas adimatur inutiliter hac ratione: quia a quo legari non poteſt, nec adimi ab eo quicquam poteſt: ab herede autem ipſimet heredi a ſemetipſo legari non poteſt: Ergo ab herede ipſo ipſimet adimi nihil poteſt, *d. l. 5. in fin. D. de hered. inſtit.* quia una eadem eſt cauſa & adimendi & legandi, una eadem cauſa contrariorum. Et hæc de appellatione neceſſariorum heredum dicta ſufficiant. Nunc cauſam exponamus inſtituendorum neceſſariorum heredum. Cauſa inſtituendorum neceſſariorum heredum eſt pudor, & exiſtimatio teſtatoris, ut conſervetur, quia plerunque ſervus neceſſarius heres ſcribitur ab eo, qui ſolvendo non eſt, ut ejus heredis nomine, qui non poteſt non eſſe heres potius, quam teſtatoris nomine bona a creditoribus poſſideantur, & diſtrahantur, quod eſt ignominioſum, vel inter creditores dividantur: quæ ratio diligenter obſervanda eſt in *l. fratres, C. de inoff. teſt.* adhibita *l. ſervus, C. Theod. eo. tit.* quæ eleganter ait, ſervum neceſſarium heredem inſtitutum, non tam patrimonium, quam infamiam conſequi, quia non inſtituitur niſi ab eo, qui ſolvendo non eſt, ut hic tueatur famam defuncti, & exponat ſuam pro defuncto, diſtractis bonis, ſuo, non defuncti nomine. Et integra ſententia *l. fratres* eſt, fratrem non agere de inoff. teſtamento fratris, quod in eo ſit præteritus, niſi frater ſibi inſtituerit heredem infamem, vel turpem perſonam, vel levi nota inſignitam: nam ſi levicula ſit nota, æquum eſt præferre fratrem in vindicandis bonis fraternis, atque etiam ſi frater ſibi inſtituerit heredem libertum ſuum, æquum eſt liberto præferri fratrem, niſi ſit libertus, qui maximis beneficiis aſſequutus ſit teſtatorem, ut inquam, optime meritus ſit de teſtatore, alioquin non excludet

fratrem ab hereditate agentem querela inofficioſi. Excipiendum eſſe etiam lex cenſet libertum Orcinum, id eſt, ſervum teſtatoris, quem cum libertate, cum non eſſet ſolvendo, neceſſarium heredem fecit: quoniam vix frater præteritus adverſus eum acturus eſt de hereditate, quæ detrimentoſa eſt: nam ſi a fratre, qui ſolvendo ſit, heres inſtitutus ſit neceſſarius præterito fratre, utique huic ſervo frater præferendus eſt, argumento *l. ult. hoc tit.* Et hæc ita adnotaverunt etiam Græci ſumma cum ratione ad *d. l. fratres*. Eadem quoque intervenit ratio in ſpecie *l. etſi ſine, §. ſed etſi quod Pap. D. de minoribus* cujus ſpecies hæc eſt: quidam pupillum heredem inſtituit, non filium ſuum, ſed extraneum, & ei ſubſtituit vulgari modo, ſi heres non eſſet, ſervum ſuum proprium cum libertate, qui utique deficiente pupillo herede inſtituto, & repudiante hereditatem ex vulgari ſubſtitutione erit neceſſarius heres. At finge, pupillus heres inſtitutus adivit hereditatem, mox ſeſe abſtinuit ab hereditate beneficio reſtitutionis in integrum, an admittetur ſubſtitutus? Minime, quia aditione hereditatis ſemel extincta eſt ſubſtitutio vulgaris: & hoc ita verum eſt, niſi teſtator fuerit non ſolvendo: nam hoc caſu, ut ejus famæ ſubveniatur & conſulatur, ne ſcilicet ejus nomine bona veneant poſt aditam hereditatem, etiam ſubſtitutus neceſſarius heres admittetur hoc colore, quaſi ſit hoc caſu aditio habenda pro non facta, quam abſtentio irritam fecit: Eademque eſt ratio *l. qui potuerunt, D. de manumiſſ. teſt.* Lege Ælia Sentia minor 25. annis, ut ſcitis, non poteſt manumittere ſervum, niſi cauſa probata apud conſilium: variæ ſunt cauſæ probabiles, & inter ceteras hæc una eſt, ut habeat heredem neceſſarium ſervum, videlicet cum ſolvendo non eſt, & ſuæ vult proſpicere exiſtimationi, & memoriæ poſt mortem: eadem etiam omnino fuit ratio l. Æliæ Sentiæ in conſervanda libertate data in fraudem creditorum uni ex ſervis heredi inſtituto ab eo, qui ſolvendo non erat, ne injuria defunctus afficeretur a creditore, ſuo nomine venditis bonis atque diſtractis, *§. 1. Inſt. qui & quibus ex cauſ.* Sed exigitur, ut nemo alius ex teſtamento heres extiterit, adeo ut ſi ſervo proprio inſtituto cum libertate, ab eo, qui ſolvendo non eſt, datus ſit ſubſtitutus vulgari modo liber homo, reſciſſo primo gradu, incipiat a ſecundo, id eſt, ſubſtitutione, *l. 57. D. de hered. inſt.* Exigitur etiam, ut heres ſervus, qui cum libertate inſtitutus eſt ab eo, qui ſolvendo non eſt, non ſit ſpecialiter creditori obligatus, vel pignori datus: nam quandiu durat pignus, invito creditore ad libertatem perduci non poteſt. Et hæc eſt ſententia *l. 1. hoc tit.* hæc eſt vis ſpecialis, & manifeſtarii pignoris, quæ non eſt eadem generalis, & taciti pignoris in *l. 2. & 3. inf. de ſervo pignori dato manu. l. pen. D. in quibus cauſ. pig.* nec alia ratio differentiæ eſt, quam quod videantur magis nexa creditori quæ ſpecialiter, quam quæ perfuſorie pignorata ſunt, quæ ſpeciali conventione, quam quæ jure tacito. Igitur ſervum, quem ei, qui nobis locavit ædes inhabitandas ſpecialiter ex conventione obligavimus, non poſſumus manumittere antequam locatori ſatisfactum ſit. Servum tamen eum, quem intulimus in ædes conductas, qui tacito jure penſionis nomine intelligitur pignori obligatus, & omne quicquid intulimus in eas ædes, poſſumus manumittere: non eſt igitur eadem vis taciti & expreſſi pignoris, *niſi*, inquit *d. l. pen. penſionis nomine precludatur*, quod ut explicemus, moris erat inquilino non ſolvente penſionem locatori, interveniente publica perſona aperire ædes, & deſcribere res omnes, & mancipia omnia, quæ inquilinus in eas ædes intulerat, *l. cum domini, D. loc.* ac deinde rebus deſcriptis omnibus, mancipiiſque illatis in ædes conductas, ſolebat auctoritate publica oſtium ædium obſignare, fores præfigere, & præcludere, adhibito clauſtro, vel conſepto, quod illo loco in Baſilicis eſt *τὸν οἶκον ἀσφαλίζεσθαι*, *domum firmare*, eoque genere locator videbatur detinere ea mancipia, quæ incluſerat in eas ædes cum ceteris rebus illatis. Denique eos videbatur habere in ſua poteſtate, nec jam erat tacitum pignus, ſed reale, & corporale, & manifeſtarium, ideoque nec a præcluſis ædibus inquilino jus erat eorum ſervorum manumittendorum, ut inquit *d. l. pen.* quæ eſt elegantiſſima. Deriſus eſt Nerva juriſc. qui monſtraverat per feneſtram ſervos detentos ob penſionem, atque incluſos manumitti poſſe, puta in feneſtra exhibito, vel ſeſe offerente ſervo, & domino dicente, teſte populo, eum ſe liberum eſſe velle: deriſus autem non inſultando, non ſolent enim prudentiſſimi & religioſiſſimi juris auctores alii aliis inſultare. Sed deriſus argumentando eſt, dum certa ratione, aut probabili rationi ejus ceteri adſenſi non ſunt, quia ſi ea ratione, quam monſtravit Nerva, ſervi manumitti poſſunt, qui incluſi ſunt in ædes conductas, quaſi non plane detinerentur, quibus patent feneſtræ, ſed etiam præfigendæ eſſent, & obſtruendæ feneſtræ, & proſpectus omnes, quod utique nemo dixerit, & ſi penſionis nomine ſervus eſſet locatori pignori traditus, & ab eo detentus in ſuis ædibus, atque diligenter obſervatus, eadem ratione poſſet beneficio feneſtræ manumitti a domino tranſeunte. Et ita quoque apud Senecam 1. *ep. lib.* 12. ridere, eſt objicere rationem, quæ confirmet ſententiam alterius, hoc eſt deludere, leviter atque honeſte declinare, *quemadmodum*, inquit, *oppoſita ſimili interrogatione derideatur, attende*: & ita in *l. ſed an ultro, D. de negot. geſt.* cum Labeo dixiſſet (eſt ſpecies elegans) eum habere actionem negotiorum geſtorum, qui negotium alterius geſſit utiliter, etiamſi negotium effectum non habuerit, ut ſi domum fulſit, & poſtea exuſta ſit, vel ſi ſervum alterius curaverit, & poſtea mortuus ſit, nihilominus repetet impenſas fulcimenti, & curationis actione negotiorum geſtorum. Et cum ad Labeonem adnotaſſet Proculus hanc definitionem non eſſe perpetuam, nec enim eum habere actionem expenſorum, vel negotior. geſtorum, qui domum fulſit, quam dominus quaſi impar ſumptui dereliquiſſet, vel quam neceſſariam non putavit, cum, inquam, ad Labeonis definitionem hoc Proculus adnotaſſet, hanc adnotationem Celſus, inquit, deridet, oppoſita hac ratione ſola: is, quem Labeo dixit habere actionem negotiorum geſtorum, utiliter negotia geſſit. Is autem, quem poſuit Proculus, non geſſit utiliter rem & negotium, qui non neceſſariam rem & oneroſam patrifamilias aggreſſus eſt. Igitur ea adnotatio non eſt bene appoſita ad definitionem Labeonis. Nondum eſt ſatis: ex quo reddidi rationem appellationis neceſſariorum heredum, expoſui cauſam inſtituendorum neceſſariorum heredum: reſtat tantum definitio eorundem. Alia autem eſt definitio juris veteris, alia juris novi: vetus definitio hæc eſt: *neceſſarii heredes ſunt ſervi proprii, qui in eadem cauſa permanſerunt, eodem gradu, & teſtamento cum libertate heredes inſtituti, vel ſubſtituti in primum, aut ſecundum gradum.* Demus illa verba, *eodem gradu, & teſtamento cum libertate*, & erit definitio juris novi: dixi, ſervi proprii, quia ſervi alieni voluntarii ſunt, non neceſſarii, *l. 3. hoc tit.* dixi, *qui in eadem cauſa permanſerunt*, quia ſi teſtator ſervum proprium, quem teſtamento liberum & heredem ſcripſit, vivus manumiſerit, vel alienaverit, voluntarius eſt heres, non neceſſarius, quia in eadem cauſa non permanſit, *§. ſervus autem, Inſtit. de hered. inſtit. §. ceteri, Inſt. de hered. qualit. & diff.* hæc ſunt notiſſima: præterea dixi *eodem gradu*, quia ſi ſervus proprius, qui primo gradu ſit heres inſtitutus ſine libertate, & a ſecundo gradu, id eſt, a ſubſtitutione libertatem acceperit, vel contra, non fit heres neceſſarius, quia non eodem gradu & liber & heres eſt ſcriptus ſecundum jus vetus: nam hodie ex conſtitut. Juſtinian. nihil refert, quo gradu ſervo adſcribatur libertas, *l. 4. hoc tit.* dixi præterea eodem teſtamento, quia ſecundum jus vetus ſi ſervo proprio data ſit hereditas teſtamento, & libertas codicillis, etiam non efficitur heres neceſſarius: quia non poteſt videri recte data libertas codicillis, ne videatur hereditas codicillis confirmata, quod regula juris

ris

ris non permittit, quæ dictat hereditatem codicillis neque dari, neque confirmari posse, nam qui confirmat, hereditatem dat, ut tutor, qui confirmatur, dativus est, non testamentarius, *l. tutores*, *D. de confirm. tut. l. jure*, *§. utile*, *D. de testam. tut.* Sed id quoque mutat Justin. *in l. pen. §. sed cum veteres, hoc t.* nam si ut idem Justinian. constituit in eadem *l.* neque testamento, neque codicillis servo proprio heredi instituto relicta sit libertas, tamen præsumitur *κατὰ πρόληψιν*, per præsumptionem ex scriptura institutionis, vel substitutionis. Et multo magis assumetur si ei sit codicillis utcumque relicta. Postremo dixi cum libertate, id est, nominatim adscripta libertate & hereditate simul, hoc modo, *liber & heres esto*. Alioquin non recte institutus heres, sicut pluribus juris auctoribus visum est in §. 1. *Instit. de hered. instit.* *πολέων δ' ἔτι μῆτις ἀρείων*, ut ait Apollonius, *multorum vero consilium melius*, unde quæri potest, quid sit dicendum, si quis servum proprium heredem instituerit sub appellatione liberti, hoc modo: *Stichus libertus meus heres esto*, an erit heres necessarius? minime, quia heres scriptus servus sine libertate non est heres necessarius, & nuncupare libertum non est servo adscribere hereditatem. Et hoc ita verum est summo jure: nam ex rescripto Antonini ad Aufidium Victorinum, id est, ex *l. 2. hoc t.* benigna interpretatione ea scriptura, *Stichus*, &c. accipitur, ac si dixisset, *Stichus liber & heres esto*, *d. l. 2. hoc t.* Et tamen, quod mirum est, eadem l. 2. dicit, eandem benignam interpretationem non esse admittendam in legato: ergo legatum est inutile ita relictum, *Sticho liberto meo* 100. *do lego*, quia servo proprio inutiliter legatur non adscripta libertate, *l. servus*, *inf. de leg. l. ex his verb. sup. de testam. milit.* Et libertum appellare, non est adscribere libertatem. Quæso cur potius valet institutio servi proprii facta non adscripta libertate, si modo institutus sit sub nuncupatione liberti? Cur benigna interpretatio magis admittitur in hereditate, quam in legato? non possis adferre rationem aliam libertatis, quam eam, quam adfert *l. filium*, *§. sed & si portio*, *D. de legat. præst.* quod hereditatis plenius sit beneficium, quam legati, ac proinde admittat etiam pleniorem interpretationem, quod plenior honor hereditatis sit, quam legati, adeo ut, si quæ fiat benigna & favorabilis interpretatio in legato, multo magis in hereditate, non contra. Quod in alia re apparet evidentius ex *l. pen.* quandoquidem *ex ead. l. pen.* ex sola scriptura institutionis, vel substitutionis servi proprii, etsi non sit adscripta libertas, competit: hodie tamen ex solo legato, quod ei relictum est, non competit libertas, ex *d. l. pen. §. illo videlicet*. Legatum tamen etiam non valet servo relictum sine libertate. Sed in illo §. Justinian. ut pietatis arbiter, impios existere ait heredes, qui servo legatum non præstant ex voluntate defuncti, qui serviles labores debita remuneratione defraudant, nec ullam tamen de legato actionem competere statuit, sed tantum improbe factum scribit, nihil ultra, quam quod impie factum sit, statuit in heredem. Quædam sunt leges imperfectæ, quæ vetant aliquid fieri, sed nihil ultra adjecerunt, quam non recte factum, ut in *l. si quis, §. funus*, *D. de relig.* vel improbe factum, ut in l. Valeria apud Livium lib. 10. satis arctum est vinculum ll. Exposita necessarii heredis appellatione, unde deducta sit, & quam ob causam necessarius heres potissimum scribatur, & necessarii heredis definitione vetere & nova, veterem quidem dixi fieri novam, si ex ea detrahantur hæc verba, *eodem gradu*, *& testamento cum libertate*: Nam olim servi proprii institutio non aliter valebat, quam & si libertas ei eodem gradu, & testamento adscripta fuisset, hoc modo: *Stichus liber & heres esto*: deinde placuit eum quoque servum recte heredem scribi, qui scribitur sub nuncupatione liberti ex benigna interpretatione Antonini Imp. id est, ex *l. 2. hoc t.* Post hæc vero, quod nunc nobis explicandum est, benignitas illa Antonini, quæ paulum inflexit rigorem juris veteris: tandem elicuit a Justiniano pleniorem dignitatem, &

A abolitionem totius juris veteris, nempe ut institutio servi proprii valeret, etiamsi neque sit adscripta libertas, neque nuncupatio liberti: institutioni servi proprii tacite inesse libertatem, institutum servum proprium sine libertate, videri institutum cum libertate, *l. pen. hoc tit.* Quod & idem Justinian. *in Instit. tit. de hered. instit.* qui locus est singularis, ait esse æquius, id est, benignius, & Attilicino IC. placuisse, ut a constitutione Justiniani stet unus auctor juris, ac proinde non sit omnino nova sententia Justiniani. Et nunc videamus quo argumento hanc sententiam Justinianus confirmet. Si quis filiis suis impuberibus servum proprium tutorem dederit sine libertate, ex ipsa tutelæ datione præsumitur tacite ei etiam dedisse libertatem: quod omnes veteres juris auctores approbarunt, *l. si hereditas, §.*

B *ult. D. de testam. tut. l. & si non adscripta, in fi. de fideic. libert. §. 1. Instit. qui testam. tut. dari poss.* Sed est inter illum §. & illam *l. & si non adscripta*, notissima omnibus pugna quædam, in eo quod §. 1. assignet directam libertatem, *lex & si non adscripta*, fideicommissariam, cui nos finem imponemus. Inde vero ita argumentatur Justinian. si per præsumptionem adsumitur libertas in persona servi proprii, qui tutor datus est sine libertate, & assumenda igitur est in persona servi, qui heres scriptus est sine libertate: quæ conclusio est vitiosa & fallax. Major enim est ratio præsumendæ libertatis in tutore, quam in herede: Nam in persona tutoris duplex ex favor, libertatis, & pupilli, ut tutorem habeat, ut ait *lex & si non ads.* In persona heredis scripti unus tantum est favor libertatis: duplex favor facilius elicit

C hanc præsumptionem, quam unus. Ac præterea in persona tutoris dati, *lex & si non ads.* adsumit tantum fiduciariam libertatem in persona heredis scripti, Justinian. in hac *l. pen.* assumit directam. Sunt igitur casus dissimiles: itaque idem Justin. ut hanc dissimilitudinem minuat & conterat, & augeat similitudinem, qua utitur, & ut quam minimum claudicet efficiat, etiam in persona tutoris dati, sicut in persona heredis scripti assumit directam libertatem in *d. §. 1.* ut fortiter possis defendere liberum esse servo hoc vel illo jure uti, id est, vel jure directo ad libertatem pervenire, vel ex causa fideicommissi, sicut si quis eodem testamento & pure & per fideicommissum liber esse jubeatur. Si cui per testamentum sit relicta directa & fideicommissaria libertas, in potestate ejus est ex directo, an ex fideicom. ad

D libertatem pervenire velit, *l. si quis serva*, *D. de man. testam.* & ita sensisse videtur Thalelæus in *d. l. & si non ads.* dum ait, eum, qui non assumit in persona servi proprii tutoris dati fideic. libertatem, non ideo removere directam, & integrum esse servo hanc vel illam sibi assumere ex tutelæ datione, & ita nodus explicandus est. Nunc si quæras ad hæc quod veteres quæsierunt, ut refert *l. pen.* quid sit dicendum, si servus proprius heres institutus sine libertate, ante institutionem, vel post institutionem eodem testamento alii legatus sit, an valet institutio? an valet legatum? Et hodie quidem res in expedito est: quia libertas, quæ tacite inest institutioni, est potior legato, sive præcedat legatum, sive sequatur institutionem, *l. si idem*, *D. de legat. 2. l. si peculium*, *§. 1. D. de manu. testam. & l. si servus*, *D. de fideicom.*

E *libert.* Olim cum libertas non inerat institutioni tacito intellectu, magna erat quæstio *προβληματώδης*, utrum valeret legatum servi heredis instituti: Nam videtur servus heres ipse alii a semetipso legari inutiliter, ne idem sit debitor, & res debita. Et vix etiam evenire id unquam posse ait Justin. in hac *l. pen.* ut quis servum heredem suum alii leget. Institutio quoque videtur non valere, quæ præcessit legatum, quod non sit ei adjuncta libertas, si is servus accipiatur pro servo proprio testatoris: Nam si accipiatur pro alieno, utpote legato, valeret institutio, si & legatum valeret: & ita hereditas perveniret ad legatarium per servum legatum: atqui ostendit non posse valere. Item quærebatur an valeret institutio servi legati, cum scilicet legatum præcessit institu-

tionem: quia dubitatur utrum is servus sit accipiendus pro alieno, utpote legato, quo casu constat institutionem valere, & hereditatem adquiri legatario per servum adeuntem jussu legatarii, cui a coherede forte utiliter legatus est. An vero sit accipiendus pro servo proprio testatoris, quo casu inutilis est institutio, quæ non habet adjunctam libertatem, ut indicat *l.si servus,in fi.ff.de vulg.subst.* Dum ait servum legatum posse institui cum libertate: Nam ex contrario præbet argumentum, ut videatur non posse institui sine libertate secundum jus vetus, de quo tractamus: hunc locum ament juvenes dialecticis imbuti, nec veteris juris imperiti: neque vero novi potest esse peritus, qui antiqui est imperitus, sed si spectas jus novum, hæc quæstio inanis est, quoniam libertas tacita, quæ semper intelligitur inesse institutioni, facit ut evanescat legatum quocumque loco fuerit adscriptum, ante institutionem, vel post institutionem. Ejusdem generis est quæstio proposita in *§.ult.l.pen.* finge: proprius servus testatoris, quem testator alii legavit eodem testam. filio impuberi substitutus est in secundum casum, puta si ante pubertatem moreretur sine libertate. An valet substitutio? an valet legatum? Si servum acceperis pro alieno, utpote legato, valet substitutio, & quandoque existente conditione substitutionis, hereditas pupillaris legatario adquiritur, adeunte servo jussu legatarii: Nam & substitutio & legatum valet. Sed si eum acceperis pro servo proprio testatoris, qualis est tempore testam.& mortis, non valet substitutio pupillaris, cum non est adscripta substituto libertas. Id vero explicatu difficillimum est, siquidem id velis explicare secundum jus vetus. Hodie est facillimum: nam institutus, vel substitutus sine libertate, habetur pro instituto, vel substituto cum libertate. Et ubi servus alii legatus cum libertate, pupillo substitutus est, constat in suspenso & in pendenti esse libertatem, quoad extiterit, vel defecerit conditio substitutionis: Ea existente competit libertas, quæ data est, & evanescit legatum: ea deficiente debetur legatum, & evanescit libertas, *d.l.si servus, §.ult.ff.de vulg.subst.* Igitur idem etiam erit omnino hodie si servus alii legatus, pupillo substitutus sit sine libertate. Et sequitur alia quæstio in *l.ult. hoc tit.* finge: servum proprium pure heredem scripsit sub conditione, liberum esse jussit: & constat jure veteri ex *l.3. §.1. & l.qui filio, §.si quis servum, ff.de her.instit.* institutionem illam puram, quamvis sit pura, differri in tempus, quo libertas, quæ data est sub conditione, expleta conditione obtingat. Ideoque expleta conditione demum liber & necessarius heres erit, deficiente conditione, neque liber neque heres erit. Et non distinguitur utrum casualis, an potestativa conditio fuerit. Et jure veteri in eo nullus est labor. At hodie quid dicemus, cum placeat Justin. institutioni semper tacite inesse manumissionem & libertatem. An prævalet tacita manumissio, ut non sit expectanda conditio adscripta libertati? Sicut si quis eodem testam. & pure institutus, & sub conditione in alia parte testam. liber esse jussus sit, prævalet institutio pura, *l.1.ff.de man.testam.* An vero dicemus in hac specie, nec hodie quidem institutioni tacite inesse manumiss. quia, ut vulgo dicitur, expressum facit cessare tacitum, *l.ult.sup. de pact.convent. sup. dot.l.cum ex filio, §.1. l.ult. ff. de fidei. lib.* An igitur expressa manumissio, quæ facta est sub conditione, facit cessare tacitam? Et Justinian. in hac *l.ult.* distinguit inter conditionem potestativam & casualem. Potestativa est in arbitrio & voluntate servi, cui imponitur, ut *si dederit* 10. *si ierit Lutetiam:* casualis est in casu atque fortuna, *si navis ex Asia venerit.* In potestativa Justinian. probat quod ait *d.l.3.§.1. de hered.inst.* ne servus ante fiat heres & liber, quam potestativam illam conditionem impleverit, ea non impleta, ut neque heres sit, neque liber. Sed velim addi exceptionem, nisi ei postea in codicillis pure sit relicta libertas, ex *l.qui filio, §.1.de her.instit.* Cujus speciem explicare necesse est. Finge: servum quis proprium heredem fecit pure, & eodem testamento ei libertatem reliquit, eodemque gradu, sub conditione si intra cal. decem dederit, quæ plerumque est potestativa conditio: post deinde in codicillis eidem servo pure reliquit libertatem: pendente conditione servus neq; heres fuit, neque liber: non certe ex testamento, quia pendet conditio adscripta in testamento, sine qua heres domino esse non potest: non etiam ex codicillis, ne videatur codicillis confirmari hereditas, quod regula juris non patitur, quia confirmare hereditatem, est dare, ut *l.pen. §.sed cum veteres.* At si deficiat conditio, si intra cal. non dederit 10. proculdubio erit liber ex codicillis: heres autem non erit, quia ex eodem testamento libertatem non accepit: qui est insignis locus juris veteris, qui ita explicandus est. In casuali autem conditione Justinia. ita distinguit rursus in hac *l.ult.* Aut hereditas domini solvendo est, aut non est: si non est solvendo, & immineant creditores, etiamsi defecerit conditio libertatis, tamen ut consulatur famæ defuncti, servus protinus liber & necessarius heres fit. Liber, inquam, ex tacita intellectione. Itaque expressa manumissio non facit cessare tacitam, cujus etiam causa est melior, cum tacita manumissio sit pura; expressa est conditionalis. Et ubi occurrit illa diversitas inter expressum & tacitum, proculdubio expressum non facit cessare tacitum: Sed si hereditas sit solvendo, si sit locuples hereditas, & defecerit conditio libertatis, ea hereditas veniet ad substitutum vulgari modo servo datum, si quis fuerit: At si non fuerit substitutus vulgaris, veniet ab intestato ad legitimum heredem, excluso servo ab hereditate, non etiam ut constituit, excluso a libertate, quod mirum est. Nam libertas ei conservatur ex institutione, quæ tamen ipsa non conservatur, quia ab instituto hereditas transit ad substitutum, vel ad legitimum: atque ita evenit, ut expresso vitiato, non vitietur tacitum, quod extorsit favor libertatis, vel ut loquitur, humanitatis intuitus. Alias enim vitiato expresso, & tacitum, quod ei inest, vitiatur, in *l.3. in fi.ff.de servit.rust.præd.* Et hic quoque expressa manumissio non facit cessare tacitam, & ita in hac *l.ult.* In casuali conditione Justinian. subtiliter distinguit, utrum fuerit solvendo testator, vel non. Et ita, quod notandum, dicebam heri ad *l.fratres, sup. de inoff.test.* esse distinguendum, ut si non sit solvendo hereditas fratris, qui servum proprium heredem instituit, fratrem præterierit, is servus liber & necessarius heres fiat, submoto fratre præterito a querela inoff.testam. Sed si solvendo fuerit hereditas, ut vocetur frater superstes ab intestato, excluso servo per querelam inoff.testam.fraterni. Hujus quæstionis species, ut dixi initio, hæc est: Servum fuisse institutum pure, & manumissum sub conditione eodem testam. quæso quid dicemus e contrario, si sit institutus sub conditione, & manumissus pure? Et hoc facile est definire ex *l.Trebatius, §.1. & l.seq. ff.de her.inst. & l.cum servus, ff.de man.test.* ut deficiente conditione institutionis liber fiat ex manumissione pura, non etiam heres: Existente autem conditione, ut liber fiat, & heres necessarius: & quod postremo adjeci in definitione necessariorum heredum: heredes instituti, vel substituti in primum, aut secundum casum, sic accipe. Substituti in 1. casum, heredes sunt testatoris, substituti in 2.casum heredes sunt pupilli: Nam in 2.casum tantum fit substitutio pupillaris: hæc ergo adjeci, ut ostenderem, quem quis sibi necessarium heredem facere potest per institutionem & per substitutionem vulgarem, & illum posse eundem facere heredem necessarium suo filio impuberi per substitutionem pupillarem ex *l.2. §.prius, & l.sed si plures, §.1.ff.de vulg.sub.* Sic fit, ut frater fratri possit esse necessarius heres, & ut libertus patrono.

AD TITULUM XXVIII.

DE LIBERIS PRÆTERITIS, VEL EXHEREDATIS.

TIT.28. est de liberis præteritis, vel exheredatis. Ergo de suis heredibus. Hi enim sunt liberi, qui in potestate morientis, & gradu proximiores sunt delatæ hereditatis tempore, *l.scripto, ff.unde lib. §.1. & §.*

1. & §. *cum autem. Inst. de her. quæ ab intest. def.* Est etiam hic tit. de his, qui non sunt sui, sed a prætore ad successionem parentum vocantur inter suos: hi sunt liberi emancipati, quos prætor in successione parentum adæquat suis. Denique hic tit. est non tantum de liberis, qui sunt in potestate, sed etiam de emancipatis. Et sui quidem heredes etiam necessarii heredes sunt statim ipso jure, id est, ex 12. tab. tam ex testamento, quam ab intestato, §. *necessarii, Instit. de hered. qual. & diff.* & tam ex directo, quam ex fideicommisso, *l. 19. de rebus dub.* nec eis necessaria est aditio, quia ipso jure heredes existunt, & apparent derepente, *l. in suis, ff. de suis, & legit. hered.* Aditio, inquam, eis non est necessaria, id est, supervacua eis est, *l. 7. ff. de inoff. test.* Nam si ex abundanti velint adire solemniter hereditatem parentis, sane non prohibebuntur, atque ita fit ut nonnunquam in jure sui dicantur adire non tam ex B necessitate juris, quam ex sponte sua, *l. si duo, ff. de acq. heredit. l. si filius, ff. de collat. bon. l. 4. sup. de instit. & subst.* Ut si sint præteriti silentio, petere possunt bonor. possessionem contra tab. quæ tamen eis non est necessaria *l. is qui in potestate, ff. de leg. præst.* Sui igitur, & necessarii sunt, videlicet jure civili: Nam jure prætorio abstinere se possunt hereditate parentis, atque ita defugere onera hereditaria, & injuriam, qua forte afficerentur a creditoribus si non est idonea hereditas. Et puberes quidem possunt se abstinere beneficio prætoris, si non miscuerint se bonis paternis, impuberes etiamsi miscuerint se, *l. qui impuberibus, l. necessariis, ff. de acq. hered.* quod tamen beneficium heredes necessarii tantum non habent: liberi autem emancipati voluntarii heredes sunt, quia alieni, & extranei heredes sane sunt, qui in familia mo- C rientis non sunt, quales sunt liberi emancipati, & omnes voluntarii heredes, atque etiam necessarii tantum, id est, servi cum libertate heredes instituti, nec enim sunt sui, & hi liberi sui, vel emancipati dicuntur præteriti, si neque instituti, neque rite exheredati sint, etiamsi legata, aut fideicommissa eis relicta sint, §. *eadem, Instit. de hered. quæ ab intest. def.* Vel etiam sic definiamus: Præteriti liberi sunt, qui institutionis, vel substitutionis gradu, vel in omnibus gradibus silentio omissi sunt: eadem forma, qua præteriti Senatores apud Sextum Pompejum, qui non sunt lecti a Censoribus, atque adeo tacite loco moti videntur. Exheredati autem sunt, quos parentes a successione sua certo judicio submovere, quod fieri debet pure, non sub conditione, in *l. 3. §. 1. ff. de lib. & post. l. 18. ff. de bon. poss. cont. tab.* Et alii quidem liberi exhere- D dantur nominatim, alii inter ceteros, alii præteritione, atque silentio solo, si eorum non sit facta mentio in 1. gradu, vel in 2. vel in nullo: nam qui sunt præteriti a matre, vel avo, aut proavo materno, pro exheredatis habentur: horum parentum silentium exheredatio est, §. *ult. Instit. de exher. lib.* Item præteriti a patre, vel avo, vel proavo paterno, testam. jure militari facto, etiam pro exheredatis habentur, *l. 12. in princ. l. Paulus 2. §. ult. ff. de bon. lib. l. sicut, sup. de test. milit.* At præteriti a patre pagano, & faciente testamentum jure communi, vel ab avo, vel proavo paterno, & pagano & faciente testam. jure communi, pro exheredatis non habentur, sed vel ab eis nominatim exheredandi sunt, vel inter ceteros: Idq; non quibuscumque verbis, sed directis verbis, certis, conceptisque verbis, ne temere liberos suos bonis suis pellant, vel ex- E cludant, ut hoc modo, *ille filius meus exheres esto*: dubitabatur an & recte exheredaretur filius hoc modo: *filius exheres sit, vel filius exheres erit*: Sed placet & hoc modo exheredationem recte fieri, *l. filii, de lib. & post.* Dubitabatur etiam an his verbis recte fieret exheredatio: *filius meus alienus meæ substantiæ fiat*. Sed hæc verba etiam Justin. pro exheredatione sumit in *l. 3. hoc tit.* Ante Justinian. licet is, qui exheres esse jubetur, alienus fiat a bonis paternis, & indignus esse existimetur successione paterna, *l. 12. §. si patronus, de bon. lib.* tamen hæc verba non erant exheredationis propria, abdicationis erant forte propria, ut cum apud Valer. Maxim. lib. 5. cap. 8. Torquatus filium suum Syllanum abdicat hoc modo: *Cum*

A *Syllanum pecuniam de sociis accepisse mihi probatum sit, & Repub. & domo mea indignum judico, & protinus e conspectum eo abire jubeo*: quæ abdicatio erat alterum fulmen patrum adversus filios potius, quam adversus filias, ut eleganter ait Quintil. in declam. 259. *Fulmen istud patrum*, inquit, *adversus ferociam adolescentiæ datum est, adversus filios, filias abdicare non decet, potius filios, qui peccare plus possunt*: sic est legendum: Nam vulgo perperam ita legitur, nullo sensu: *Fulmen istud patrum adversus ferociam adolescentiæ, datum est adversus filias abdicare, non debet plus filios, qui peccare plus possunt*. Sed hodie abdicatione non utimur, & restat patri tantum unum fulmen exheredatio, quæ etiam fit tantum mortis causa: Nec enim valet nisi post mortem patris, & post aditam patris hereditatem, *l. pen. §. 1. ff. de bon. poss. cont. tab.* Abdi- B catio fiebat inter vivos: Et initio in exheredatione idem fuit jus omnium liberorum cujuscunque sexus, & gradus, nimirum ut non esset necesse eos exheredare nominatim, ut possent omnes exheredari inter ceteros, puta hoc modo, *ille mihi heres esto: ceteri omnes amici, & cognati exheredes sunto*: hoc est exheredare inter ceteros, veluti in aggere, & aversione. Sed postea juris auctores varias differentias constituerunt inter liberos: ac potissimum sunt tres, quæ nunc sunt explicandæ, atque ita explicabitur celeberrima *l. ult. hoc tit.* Prima differentia hæc est: filius si non instituatur heres, debet nominatim a patre exheredari, filia, nepos, neptis, & reliqui liberi possunt exheredari vel nominatim, vel inter ceteros, §. 1. *Inst. de exher. lib. l. si quis legatum, §. si institutus, D. ad l. Cornel. de fals.* Et hoc est, C quod ait in *hac l. ult. & aliis verbis exheredari debere filium sanxerunt, aliis filiam*. Obstare tamen videtur *l. 2. hoc tit.* quæ exigit, ut nepos exheredetur nominatim, quem tamen diximus non esse necesse exheredari nominatim, sed posse exheredari inter ceteros. Sed animadvertendum est, *legem 2. hoc tit.* loqui de lege Jul. Vellea, & de eo tantum nepote, qui succedendo in locum sui heredis, id est, in locum patris sui mortui, vivo avo, atque ita subintrando in locum, & portionem sui heredis, rumpit testamentum veluti agnatione, si in eo non sit institutus, vel nominatim exheredatus, §. *postum. Instit. de exher. lib.* nominatim exheredandus est, quia redigitur ad conditionem filii per successionem, qui nominatim exheredari debuit, *l. sed & si cond. §. 1. D. de her. inst.* Et quod ait *l. 2. h. tit.* nepotem succedentem in locum D sui heredis, mortuo patre suo, vivo avo, si in testamento avi sit præteritus, rumpere testam. sine impedimento l. Velleæ, hoc ideo dicit sine impedimento l. Velleæ, quia tunc tantum impedit l. Vellea rumpi testamentum, cum nepos invenitur in eo institutus, vel nominatim exheredatus, *l. Gallus 29. §. sequenti, D. de lib. & postu.* Et ad hoc etiam valde notandum est, in nepotibus exheredandis aliud fuisse jus civile, aliud jus prætorium: Nam jure civili nepotes, & omnes liberi cujuscunque gradus, vel sexus, excepto filio, possunt exheredari inter ceteros: Jure autem prætorio, quo vocantur emancipati liberi perinde atque sui, sive ad instar suorum, excepto filio, nepotes, & ceteri liberi masculi sunt exheredandi nominatim. Feminas satis est exheredari inter ceteros. Et ita est proditum in §. *emancipati, Inst. de exher.* E *lib. & in lib. reg.* Ulp. *tit. 22. §. emancipatos.* Et id est omnino, quod voluit notare *l. ult.* his verbis: *Et inter nepotes exheredandos*, quem locum doctorum nostrorum intellexit nemo. Secunda differentia hæc est: filio præterito jure civili, nullum est omnino testamentum: jure prætorio præterito filio datur bonorum possessio contra tabul. in assem, id est, in hereditatem totam: filia autem, & nepote, & reliquis liberis præteritis, valet testamentum, sed jure civili liberi præteriti habent jus accrescendi in portionem certam, id est, scriptis suis heredibus accrescunt in virilem portionem, scriptis autem extraneis accrescunt in semissem, *d. §. 1. Inst. de exhered. lib.* & in *Nov.* Majoriani, & Leonis *de Sanctim. & viduis*. Et ubi ita accreverunt forte scriptis extraneis heredibus in

semis-

semissem præstant legata omnibus, nedum exceptis personis, quæ sunt in testamento relicta pro ratione semissis, quem auferunt scriptis, perinde ac si ipsi scripti essent, quod valde singulare est, ut non scriptus heres oneretur, a quo nihil legatum est, deducta tamen Falcidia, id est, deducto quadrante semissis, qui est sescuncia, *l. qui duos, D. de vulg. subst.* nos in idiotismo nostro diceremus Sescunciam tres semiuncias, ut sesquisextarium dicimus tres heminas *trois demi-septiers*, *trois chopines*, & sesquimodium, tres semimodios. Ita vero, ut notat Justinian. in hac *l. ult.* eveniebat, ut minus haberet filia præterita, minus auferret ex bonis paternis, quam quæ exheredata erat, quæ injuria exheredationis certo judicio patris effecta erat, quod evenit etiam in specie *l. pen. §. ult. ff. de bon. poss. cont. tab.* Nam ut hoc demonstrem, filiæ exheredatæ relinqui, vel repleri debet quadrans totius assis ad excludendum centumvirale judicium, id est, querelam inofficiosi testamenti. Nam in hac *l. ult.* in qua fit mentio centumvirorum, respicit ad querelam inofficiosi testamenti, quæ est centumvirale judicium, *l. Titia*, *l. qui repudiantis*, *D. de inoff. testam.* A quo judicio ut submoveatur filia exheredata, necessario, ut ante dixi, ei repleri debet quadrans totius assis. Præteritæ autem filiæ, ut dixi, sufficit quadrans semissis, id est, sescuncia, atque ita minus habet quæ silentio omissa est, quam quæ affecta est, atque notata summa injuria, ictaque illo fulmine, quia scilicet filiæ præteritæ non patet aditus ad assem, vel quadrantem assis per querelam inofficiosi testamenti, quia hæc actio est subsidiaria, *§. tam autem*, *Inst. de inoff. testam.* Id est, non datur ei actio inofficiosi testamenti, cui aliud jus, aliave actio suppetit. Et filiæ præteritæ suppetit jus accrescendi: & hæc ita quidem se habebant jure civili, cum quo non consentiebat jus prætorium: Nam jure prætorio filiæ, & reliquis liberis præteritis dabatur bon. poss. cont. tab. in assem cum onere præstandorum legatorum, personis tantum exceptis, puta liberis, aut parentibus, aut nurui, aut uxori in edicto *de legat. præstand.* non omnibus legatariis. Sed ut refert idem Justin. in *hac l. ult.* qui locus est singularis, nec habet parem in toto jure civili, ex constit. Antonini, filiæ & reliquis liberis præteritis non datur bon. poss. cont. tab. nisi in eam portionem, pro qua jure civili heredibus scriptis adcrescunt, id est, in virilem, vel in semissem: Hactenus de 2. differentia. Sequitur tertia: filius sub potestativa tantum conditione institui heres potest, nisi institutus sub casuali in defectum ejus nominatim exheredetur. At filia, nepos, & reliqui liberi sub omni conditione heredes institui possunt, & sub casuali igitur, licet in defectum ejus nominatim non exheredentur, *l. suus*, *l. sed & si cond. §. 1. ff. de hered. instit. l. 1. §. sciendum*, *ff. de suis, & legit. hered.* Et hæc 3. differentia prætermissa, nec sublata: Nunc Justin. in hac *l. ult.* tollit superiores omnes, reducto jure vetustiore, qui tamen & hanc 3. differentiam tollere debuit, cum pendeat ex consequentia superiorum. Nam cur filius non potest institui sub conditione casuali? quia ea deficiente inveniretur præteritus, & ita corrueret testamentum: cur nepos tamen, & reliqui liberi possunt institui sub conditione casuali? quia ea deficiente invenientur exheredati inter ceteros ex vulgari clausula quæ solebat apponi testamentis, *Ceteri præter quos heredes scripsi exheredes sunto*, *l. Titius*, *D. de lib. & post.* Igitur & hanc tollere debuit, quod cum non fecerit, manet. Nam syllogismi nihil valent in novis constitutionibus, nihil argumenta a consequentibus, quia non licet jus novum extendere ultra suos fines. Et vult ergo tantum Justinian. ut sicut ab intestato inter liberos nulla est differentia sexus, vel gradus in successione parentum, ita etiam ut nulla sit differentia inter eos in testamento, sed ut omnes nominatim exheredentur, si parens velit eos exheredare, non inter ceteros, cujuscumque gradus sint, vel sexus: & si forte præteriti sint, ut omnes sine distinctione sexus, & gradus eadem jura habeant, quæ habuit filius jure civili, & prætorio. Verum

A nequid prætermittamus eorum, quæ continentur in hoc titulo, notandum in l. 1. quam nondum attigi, filium vel exheredari ab uno gradu, puta ab instituto tantum, vel a substituto tantum, in casum institutionis tantum, vel in casum substitutionis tantum: Et nunc is tantum gradus valet, & ab eo incipit testamentum, etsi remotior gradus sit, a quo filius exheredatus est: Ceteri gradus, in quibus præteritus est, nullius momenti sunt. Ab uno autem ex heredibus unius gradus filius inutiliter exheredatur, *l. non putavit*, *§. si quis ab uno*, *D. de bon. poss. cont. tab.* quia non exheredatur a toto gradu, sed a parte gradus, a re certa, aut portione certa, & a re certa non fit recte exheredatio, vel in partem casus tantum, *l. cum quidam*, *D. de lib. & post.* Exheredandus est igitur a toto gradu, non a parte, id est, ab uno ex institutis, vel ab
B uno ex substitutis: vel etiam filius exheredatur ab omnibus gradibus, & utique videtur exheredatus ab omnibus gradibus, si ante gradus omnes exheredetur, si primo loco, vel prima parte testamenti exheredetur, vel etiamsi exheredetur inter institutionem, & substitutionem, & a consequenti, & a subsequenti gradu exheredatus videtur: ab omnibus igitur exheredatus videtur. Quid si exheredetur ab omnibus gradibus heredum, id est, post omnes? hoc casu non videtur exheredatus nisi a posteriore gradu, & in posteriorem casum. Igitur a posteriore gradu incipiet testamentum: Superiores nulli erunt, in quibus est præteritus. Denique sic statuamus: exheredatus post omnes gradus, a posteriore tantum exheredatus videtur, non ab omnibus, cum hac exceptione ex *l. 1.* nisi apparet eam fuisse mentem testatoris, ut quem exhere-
C daret ab ultimo gradu, exheredaret ab omnibus. Nam plerumque in testamentis idem est scripsisse aliquem, & sensisse nec scripsisse: quia totum facit sententia defuncti: Nam quid senserit explorandum est: Idem est expressisse, & intellexisse, *l. 88. D. de legat. 1. l. 6. ff. de assig. libert.*

AD TITULUM XXIX.

DE POSTUMIS HEREDIBUS INSTITUENDIS, VEL EXHEREDANDIS.

TIT. 29. est etiam de suis heredibus: nam est de postumis (id est, de his, qui sunt in utero, qui-
D que nati nobis sui heredes futuri sunt) heredibus instituendis, vel exheredandis, id est, non prætereundis. Superior titul. est de jam natis, hic est de nascituris, de quib. cum fuerit etiam finis tituli superioris, id est, §. *ult. l. ult.* ex eo quam apte hic tit. mox illi coaptatus sit, intelligi potest. Separati autem sunt tit. de liberis, & postumis: Nam & inter liberos, & postumos sunt separationes, sive differentiæ plures, quas explicaturus sum. Et prima quidem differentia hæc est: In liberis superstitibus præteritis jus civile fecit differentiam sexus, ut heri ostendi, atque etiam jus prætorium, quod olim obtinuit: in postumis præteritis nullam fecit differentiam sexus, sed cujuscumque sexus sint postumi præteriti agnascendo jure civili totum testamentum rumpunt, *l. 1. h. t.* & jure prætorio habent bo. poss. cont. tab. *l. 2. sup. de bon.*
E *poss. cont. tab. l. 1. §. 1. ff. eod.* Rumpunt autem testamentum agnatione, ut dixi, id est, statim atque nati sunt, quamvis illico decesserint, ne voce quidem emissa, aut ejulatu ullo, in manibus aliæ, sive obstetricis, quibus excipiuntur, modo nati sint vivi & homines, non monstra, *l. 3. h. t.* Nam abortu testamentum non rumpitur, agnatione rumpitur, *l. 2. hoc tit.* Sed neque aborsu rumpitur: & inde Paul. 4. sent. aborsum, vel abactum ventrem partum non facere. Abordiri est non ordiri, vel in ipso ordiendi initio fœtum ejici nondum ullo spiritu præditum. Aboriri autem est non oriri, non agnasci: Varro 4. de ling. Lat. *De re*, inquit, *ubi omnia oriuntur*, *ubi aboriuntur.* Abortivi igitur sunt, qui mortui utero prodeunt, qui a veteribus dicti sunt extranei apud Festum: proinde

abor-

abortivi non sunt liberi: quia nec nati sunt, qui mortui prodiere, *l.qui mortui, ff. de verb. sig.* Augustin. 22. lib. de Civit. Dei cap.12. *Abortius*, inquit, *fœtus non nati, sed effusi*. Monstri quoque, vel prodigii ortu, sive alterius magis animalis, quam hominis partu non rumpitur testamentum, *l.3. in fin. h.t.* quia hæc monstra, sive prodigia etiam liberos non appellamus, *l. non sunt liberi, ff.de stat.hom.* Neque obstat *l.quæret, ff.de verb. sig.* quæ etiam monstra non dicit esse liberos, non dicit esse partus, sed vult mulieribus cedere, & proficere partus loco in odium l.Juliæ & Papiæ, de qua est illa lex, quæ mulieres orbas liberis, vel steriles plus nimio coercet. Non omittam, quamvis sit admodum leve, ut conservem fidem scripturarum in *l.3. h.t.* in hoc loco, *Veterum animi*, omnes libros antiquos habere, *veteres animi*. Et ita etiam scriptum reperies in omnibus antiquis libris, ut in *l.22. inf.de leg. veteres animos movit.* Et sic scribendum est, & mansit integra ea scriptura in *l.9. sup. qui test. fac.poss. Antiquos animos movit.* Et est frequens in Novellis Græcis impressis ea locutio. Quod ait *l.2. h.t.* non convalescere, non restitui testamentum, quod rupit agnatio postumi, etiamsi illico decesserit. Quod ego retuli ante, hoc ita verum est, si post mortem testatoris natus, & illico mortuus sit: Nam si vivo testatore nascatur postumus, & denascatur, id est, moriatur illico, ex æquo & bono testam. convalescet, maxime si in eo fuerit scriptus, qui omnino ab intestato rem habiturus est. Et hæc est elegantissima sententia *l.post. ff. de inj. rupt. & irr.* quæ est ita adducenda in concordiam cum *l.2. h.t.* & hac in re, quod notandum est: & hæc erit secunda differentia inter postumum, & filium superstitem, a postumo distat filius superstes, quia etiamsi filius præteritus moriatur vivo patre, testamentum non restituitur, non convalescit, §.1. *Instit. de exher. lib. l.7. ff.de lib. & postu.* Et ratio diversitatis hæc est, quæ constituet tertiam differentiam inter postum. & filium superstitem, quia filius superstes præteritus in testamento patris, statim ab initio, & semper injustum, & nullum testamentum facit: postumo autem præterito testamentum valet ab initio, sed rumpitur si nascatur, *l.3. §.ex his apparet, ff.de inj. rupt.* Et facilius ergo convalescit, quod valuit ab initio, quam quod numquam valuit: hæc est ratio diversitatis, & 3.differentia inter postum. & filium superstitem. Quamquam & ex æquo & bono ubi ab initio non valuit testamentum, puta filio præterito, testamentum sustineatur, & tueatur potius, quam convalescat ex voluntate filii præteriti, cujus interest. Quidni, si se abstineat a bonis paternis, nec velit injuriam præteritionis exequi? *l. filio præterito, D. de inj. rupt.* Sicut codicilli irriti sustinentur, & quodammodo restituuntur ex voluntate heredis, *l.cum quasi, §.ult. D.de fideic. lib.* Postumi igitur non rumpunt testam. antequam nascantur: Nati rumpunt, si modo nati sint sui, vel post mortem testatoris, qui sunt postumi legitimi, vel post testamentum factum vivo testatore: qui sunt postumi Vellejani ex 1. cap. l.Velleæ. Alii sunt postumi Juliani, qui post factum testamentum vivo testatore nati sunt non sui, sed postea eodem testatore vivo succedunt in locum sui, de quibus omnibus est *l.Gallus D. de lib. & post.* Alii sunt non postumi, sed quasi postumi, sive postumorum loco, qui scilicet cum nati essent testamenti tempore, nec essent sui, postea vivo testatore in locum sui succedunt, & quasi agnascuntur, sive renascuntur, de quibus est 2. caput l.Velleæ, *d. l.Gallus, & l.2. sup. tit.prox.* Et hi omnes, quos recensui, agnatione, vel quasi agnatione, id est successione, rumpunt testamentum, in quo silentio præteriti sunt. Et inde existit differentia inter postumum, & filium superstitem: Namque omnes differentiæ, quæ inter eos sunt, catenatæ sunt, & nectuntur aliæ ex aliis. Quarta hæc est, si postumus a primo gradu sit præteritus, a 2. exheredatus, id est, a substituto, rupto primo gradu agnatione postumi, quod in eo fuerit præteritus, rumpitur etiam 2. gradus, in quo tamen ei satisfactum est: quia postumus rumpendo primum gradum locum sibi facit in hereditate, bona & occupat, & consequenter excludit secundum gradum. At si filius superstes sit præteritus a 1. gradu, a 2. exheredatus, secundus gradus valet, & ab eo incipit testam. quia primus gradus pro nullo est, *l.5. §.ult. de inj. rupt.* Addamus quintam differentiam, quæ est ultima, & quam solam sustulit Justin. Quinta igitur differentia hæc est: filia superstes secundum jus vetus potest exheredari inter ceteros sine adjectione legati: filia postuma, ceteræque feminæ postumæ non recte aliter exheredantur inter ceteros, quam si eis aliquid legetur, id est, cum adjectione legati, ne videantur præteritæ per oblivionem: Nam legatum eis relictum, argumentum dabit earum meminisse testatorem, atque adeo data opera eas exheredasse, atque comprehendisse sub appellatione ceterorum, *§. postumi, Inst. de exhered. liber.* Sed hanc differentiam Justinianus tollit in fine tituli superioris, & vult filios & filias, postumos & postumas æque omnes exheredari nominatim, hoc scilicet modo: *Quicumque mihi genitus erit ex uxore mea exheres esto*: vel, *Venter exheres esto.* Postumus in hoc loco est venter, vel, *Postumus, & postuma exheres esto*, ut in *l.3. §. nomin. D. de inj. nupt.* ut jam eis exheredatis nominatim eo modo non sit necesse adjicere legatum, quo videatur testator eorum meminisse. Quod etiam olim fuisse observatum in postumis masculis, refert Ulp. *lib.Reg. tit.22.* Sed ad hæc notandum est ex *Nov.* 115. hodie exheredationem postumi ipso jure nullam esse, quia exheredatio nulla est sine elogio, id est, non adscripta causa ingratitudinis, & probata etiam ab herede liquidis & indubitatis probationibus, ut ait *l. ult. sup. de secund. nupt.* Quæ autem potest esse ingratitudinis causa in postumo? quæ causa irascendi ventri? etiam notandum est ex eadem Novella hodie ex causa exheredationis, vel præteritionis, si deficiat elogium, vel si non probetur, per querelam inofficiosi testamenti non rescindi totum testamentum, ut olim, non rescindi omnem tenorem testamenti, sed tantum institutionem, legata omnia conservari, & fideicommissa, & præstari ab exheredato, qui obtinuit querela inofficiosi testamenti: atque ita fit, ut non scriptus heres oneretur legatis a se non relictis, sicut olim, ut heri dixi, filia præterita, quæ scriptis heredibus accrescebat in semissem, pro semisse legata præstabat omnibus. Conservari etiam tutelas, & libertates, & tabulas pupillares, & omnia, quæ sunt scripta in testamento præter institutionem. Sed ne circumscribamus, ne latissime accipiamus novam constitutionem, dum ait ex causa exheredationis, vel præteritionis solam institutionem infirmari, sed eam tantum accipiamus de præteritione, quæ pro exheredatione habetur ut si facta sit a matre, vel avo materno, vel a patre milite, vel a filio, vel a fratre: nec accipiamus eam de præteritione, quæ pro exheredatione non habetur: Nam hæc præteritio totum testamentum infirmat, & nullum ab initio facit, & ea Novella pertinet tantum ad querelam inofficiosi testamenti, quæ datur exheredatis tantum, aut præteritis, qui pro exheredatis habentur. Neque vero pertinet ad bonorum possessionem contra tabul. quæ datur præteritis, qui pro exhedatis non habentur, neque ad querelam injusti testamenti, nullius, aut rupti: & ita etiam rectissime sensit Alciatus 4. Parerg. cap. 9. & fui semper in ea sententia, nec me pœnitet: Nam utar eodem argumento, quo Justinianus ipse utitur in *l. si quando, sup. de inoffic. testam.* Unico verbo præteritionis adjecto exheredationis verbo e propinquo: Principem Romanum, qui jura tuetur, non videri obvertisse totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam, atque inventam. Et tamen in alia sententia sunt & Latini, & Græci plerique omnes: Non est omittendum, quod habetur *l. ult. hoc tit.* quandoquidem est valde novum, & dabit finem huic recitationi, & huic titulo: Si postumus sit heres institutus in hunc casum: *Si post mortem meam nascatur heres esto*, qui est casus juris antiqui, sive legis 12. tabul. & nascatur vivo testatore, non post mortem,

tem, quia in eum casum non est institutus, *si me vivo nascatur*, sed in alterum tantum, an videtur in eum casum præteritus, ut vivo testatore natus rumpat testamentum? minime: quoniam ex hac l. ultima, casus ille juris antiqui, *si post mortem nascatur* porrigitur ad casum legis Velleæ, *si me vivo nascatur*, latius assumpta voluntate defuncti, quod omnino pugnat cum *lege commodissime*, *&* *l. Gallus* §. *forsitan*, *D. de lib. & post.* ex quibus casus ille non ducitur ad alium casum. Pugnat cum *l. si pater filium*, *D. de vulg. subst.* & cum Paulo in 3. *Sentent. tit. de testamentis*: & omnino in hac l. ultim. Justinianus voluit abrogare sententiam veterum JC. qui restrictius accipiebant institutionem postumi, & in suo casu coercebant, nec eam ducebant ad alterum casum: quod præsumatur testator & eos, & postumum fuisse instituturus, si quidem putasset postumum nasciturum se vivo. Justinianus ita proponit fuisse conceptam institutionem, *Si filius*, *vel filia intra* 10. *menses editi fuerint post mortem meam heredes sunto.* Illud spatium 10. mensium solebat apponi in institutionibus postumorum, quoniam hoc est spatium partus legitimi, *l. ult. D. de fideicomm. libert. l.* 3. §. *ult. D. de su. & legit. hered. & d. l. Gallus*, ut rectissime dicat Oppianus *de venatione*, *lib.* 1.

> Ὡς δ' ὅτε τίς κούρη δέκατον περὶ μῆνα σελήνης
> Πρωτοτόκος λοχίῃσιν ὑπ' ὠδίνεσσι τυπεῖσα.

Et quamvis adjecerit *post mortem meam*, id est intra decem menses numerandos a morte mea, *qui nascetur post mortem meam*, *heres esto*, tamen & ex testamento heres erit si nascetur vivo testatore, nec pro præterito habebitur. Accursius putat idem non esse dicendum in exheredatione, ut si sit exheredatus, *qui nascetur post mortem meam*, non videatur etiam exheredatus, *qui nasceretur me vivo post testamentum*: forte aliud dicendum est, & omnino idem statuendum in exheredatione, quod in institutione rumpatur testamentum: Nam etiamsi dicatur non esse exheredationes adjuvandas interpretatione, sicut institutiones, quod sint odiosæ, *l. cum quidam*, *D. de lib. & post.* tamen nonnumquam adjuvandæ sunt, ut in proposita specie in hac lege ultima, si testator ita dixerit, *si filius*, *vel filia nascentur*, *heredes sunto*: utroque nato filio, & filia, uterque videtur institutus, & disjunctio accipitur pro coniunctione: & idem omnino est in exheredatione, si ita dixerit, *si filius*, *vel filia mihi natus*, *natave erit*, *exheres esto*: utrisque natis non rumpitur testamentum, quia utrique exheredati videntur, *l. si ita facta*, *ff. de inj. rup.* Atque ita exheredatio admittit nonnunquam latiorem interpretationem confirmandi testamenti gratia. Neque huic sententiæ obstat quicquam *lex* 1. §. *sed etsi*, *ff de ventre in poss. mitt.* ubi exheredatio stricte accipitur: Nam si testator ita dixerit, *si filius mihi nascatur*, *exheres esto*, & nascatur filia, non erit exheres filia, vel si nascantur plures filii, nulli erunt exheredes, quia adhæremus scripto præfracte, & ita scripsit, *si filius unus*, sed differentiæ causa est in conceptione verborum, quia dixit, *si filius unus*, in specie proposita dixit, *si filius vel filia*, & elegantissime Græci in illum locum quod potest accommodari frequenter, ἡ διαφορὰ τῆς σφραγίδος τῶν ῥημάτων τοῦ διαθεμένου διάφορον ἀποτέλεσμα ἐργάζεται, id est, *differentia conceptionis*, *vel consignationis verborum testamenti diversos effectus parit.* Unum omisi supra de exheredato, qui agit querela inofficiosi testam. si forte ei pater reliquerit legatum amplissimum, an hodie, quia ex causa exheredationis non infirmantur legata, sed institutio tantum, an possit petere legatum, qui per querelam institutionem evertit? Et respondet Accurs. in *l. ult. sup. tit. prox.* non petiturum legatum, qui expugnavit testamentum per querelam inofficiosi testamenti, quod etsi non comprobat Accursius, tamen, ut notant interpretes, est vero verius, ut apparet ex *l. filium*, §. *omnibus*, *ff. de leg. præst.*

AD TITULUM XXX.

DE JURE DELIBERANDI, ET DE ADEUNDA VEL ADQUIRENDA HEREDITATE.

HIC titulus est de voluntariis heredibus: Nam jure civili voluntariis tantum heredibus competit jus deliberandi, id est, potestas consultandi, utrum expediat adire hereditatem, necne: quia inviti non adeunt, cum sint voluntarii, *l.* 16. *h. t.* videlicet suo periculo: Nam alieno periculo possunt compelli adire, puta ex SC. Trebelliano, ab eo, cui rogati sunt hereditatem restituere, quod notissimum est. Jure autem Prætorio, etiam suis heredibus competit jus deliberandi, quia se abstinere possunt: necessariis heredibus, id est, servis propriis defuncti, neque jure civili, neque jure Prætorio competit jus deliberandi: & hoc primum posito, deinde adnotemus ad deliberandum vel a testatore ipso dari certorum dierum spatium, quod dicitur *cretio*, ut Ulpianus docuit *lib. reg. tit.* 17. *&* 22. & intra eos dies a testatore præfinitos, num velit heres esse, debet cernere: inde appellata est *cretio*, quia proprium est heredis instituti cernere, ut didicimus a veteribus: nostri utuntur verbo *decernere*, & *scire*, ut in *l. pupillus*, *D. de adq. hered.* Pupillum posse adire tutore auctore; licet ea ætas neque scire, neque decernere quicquam possit, non magis quam furiosus ex *l. is qui heres*, §. *pen. ff. eod.* substitutum inutiliter repudiare, antequam heres institutus decernat de hereditate: cujus rei gratia datur ei cretio, id est, tempus ad cernendum, sive decernendum: Et ita quod olim veteres dicebant *cernere ferro*, hodie dicimus *decernere*: Seneca initio Epistolæ 58. *Simplicia*, inquit, *quædam in usu erant*, *sicut cernere ferro inter se dicebant*: Idem Virgilius hoc probabit tibi, cum ait:

> *Inter se coiisse viros*, *& cernere ferro*
> *Quod nunc decernere dicimus....*

simplicis illius verbi usus amissus est, vel etiam ad deliberandum moderatum tempus præfinitur judicis arbitrio, *l.* 9. *h. t.* Ita tamen ut ne pauciores dies dentur a judice, quam centum, *l.* 2. *D. eod. tit.* quia & solemne cretionis tempus fuit centum dierum, ut apparet ex hac formula cretionis, *Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis*, apud Ulpian. & in *l. si Titio*, §. 1. *quando dies leg. ced. l.* 3. §. *& si heredes*, *ff. de minor.* hodie, quem diem princeps, vel judex, a quo petitur tempus ad deliberandum constituere debeat, definitum est in *l. ult.* §. *& hæc quidem*, *vers. sed quia*, *hoc tit.* Ne princeps det ampliorem anno, ne judex ampliorem 9. mensibus, & ne iterum det hic, vel ille post annum, vel post 9. menses, cui semel dederit annum, vel 9. menses ad deliberandum, vel consultandum de hereditate adeunda, vel non. Olim sæpius dari poterat jus deliberandi, dummodo judici suaderetur tempus, quod primum aditioni præstitisset non sufficere, *l.* 3. *ff. eodem tit.* & hodie etiam dabitur sæpius intra annum, vel 9. menses, si initio brevius dederit, non etiam post annum, vel 9. menses: quæ est sententia *d. vers. sed quia*. At si neque a testatore, neque a principe, aut judice datum sit tempus ad deliberandum heredi instituto, vel heredi legitimo, forte nullis creditoribus postulantibus, nullis liberis exheredatis jus adeundi, ut opinor, est perpetuum, non ut jus agnoscendæ bonorum possessionis temporarium: hæc est differentia inter jus civile, & prætorium: Nam jure civili adeundi facultas est perpetua, si a judice, aut testatore non sit præscriptum tempus deliberationis: Jure autem Prætorio agnitio bon. possessionis est temporalis, id est, annua, aut centum dierum: & hoc ita etiam adnotarunt Græci interpretes ad *l.* 4. *sup. qui admitti ad bonor. poss. possint*, his verbis: τὸ πολιτικὸν δίκαιον χρόνῳ οὐκ ἀποκλείεται, id est,

jus

jus civile tempore non excluditur, adeo ut etiamsi suus heres non petat bonorum possessionem intra tempora constituta, possit post ea tempora adire hereditatem, eamque transmittere ad suos heredes. Ergo ita est, si non sit præstitutum deliberationis tempus a testatore, vel a judice, jus adeundi esse perpetuum: neque tamen hoc ita probabis recte, ut faciunt quidam: petitio hereditatis est perpetua, quod est verum, non excluditur longo tempore, *l. hereditatis, sup. de petit. hered. l. 4. inf. in quib. caus. longi temp* ergo jus adeundæ hereditatis est perpetuum: vitiosa est collectio. Nam & possessoriæ actiones, aut possessoria bonorum petitio hereditatis, quæ bonorum possessori datur, est perpetua, §. 1. *Instit. de perpet. & temp. act.* Et tamen jus agnoscendæ bonorum possessionis non est perpetuum: male etiam probabis ex *l. 8. hoc tit.* quam tamen in eam rem citant vulgo, jus adeundi, vel jus miscendi se esse perpetuum: Nam l. 8. cum loquatur de suis heredibus, qui ipso jure heredes existunt, necessaria eis aditio non est: & cum dicat ea lex, *vindicent*, loquitur potius de petitione hereditatis, quam dicit non excludi præscriptione longi temporis. Denique hoc tantum vult, petitionem hereditatis quæsitam ei, qui ipso jure heres existit, esse perpetuam: contra male etiam colliges ex *l. 1. §. ult. ad Tertullian.* jus adeundi non esse perpetuum, quod tentant hoc modo ex hoc loco, apparet filiam præscriptione longi temporis repelli ab hereditate materna: ergo jus adeundæ hereditatis maternæ non est perpetuum. Sed respondetur illum locum, quæ pars est SC. Orfitiani, referri ad præteritum tempus, quod fuit ante SC. & quo filius ab intestato non præferebatur agnatis matris suæ, nec poterat ab eis vindicare hereditatem maternam, ut scilicet etiam nunc post SC. Orf. filius ab eis vindicare non potest, si eam ante longo tempore possederit, nec enim hoc casu filio competere petitionem hereditatis. Et hæc sufficiant de his verbis hujus tit. *de jure delib.* Sequitur, *& de adeunda hereditate*, quod ostendit etiam hunc titulum de voluntariis heredibus, quibus solis est necessaria aditio, suis non est necessaria aditio, vel bonorum possessio, *l. in suis, ff. de suis & leg. hered. l. 7. ff. de inoff. testam. l. 13. hoc tit.* Aditio sic dicitur quasi aditus, & accessus ad hered. adire hered. adire bona, adire testamentum, sic enim loquuntur varie: est accedere ad hereditatem, accedere ad bona, accedere ad testamentum, quod etiam dicunt subire, & obire hereditatem, & duo significat: Namque aditio alias accipitur pro cretione, quæ dicitur intra tempus a testatore constitutum, id est, pro aditione solemni, alias pro aditione simplici, & nuda contestatione amplectendæ hereditatis, qua hodie utimur, detractis cretionis solemnibus: Neque enim in adeunda hereditate infinitas illa testium requiritur, quæ requirebatur olim, ut indicat epist. quædam Cic. 13. ad Atticum. Nec solemnia cretionis verba diligentius observamus qualia retulit Ulp. *Cum Mævius me heredem instituerit, eam hereditatem adeo, cernoque*: nec etiam dicentem adire se hereditatem necesse est, quod olim erat necesse, eum arripere rerum hereditariarum corpus aliquod, idque tenentem eum, dicere se adire hereditatem, ut *l. 1. C. Th. de legit. hered.* non est necesse digitis concrepare, eoque signo demonstrare jactam esse aleam, & se hereditatem defuncti amplecti, se obligare æri alieno defuncti, & omnibus hereditariis oneribus: quem morem Ambrosius melius, quam Cicero, & evidentius expressit in 3. de off. *Non ego*, inquit, *in hereditatibus adeundis digitorum concrepationes, & nudi successoris salutationes notabo, &c.* Hæc solemnia cretionum primum remissa sunt in hereditate materna, vel qua alia delata filiof. ut scilicet etiamsi eam non crevisset jubente patre, nihilominus mortuo filio, transmitteret in patrem, in cujus potestate fuit, *l. 4. & l. 8. Cod. Th. de Mat. bonis, l. 1. C. Th. de cret. vel bonorum poss.* Postea ea solemnia cretionum remissa sunt omnibus heredibus, & ideo cum in d. l. inserta essent hæc verba, *Si materna hereditas filiofam. vel alia quæcumque defe-*

A *ratur*, Tribonianus in *l. cretionum, hoc tit.* quam duxit ex d. l. 8. hæc verba sustulit, ut intelligeremus hodie generaliter, & in universum sublata esse solemnia cretionum, quod notandum, & ubicumque invenit idem Tribon. nomen *cretionis*, ea ratione semper obliteravit, & pro eo posuit nomen *aditionis*, vel *agnitionis*. In *l. 15. h. tit.* cum esset scriptum in *l. 5. C. Th. de maternis bonis, diceret cretionem*, id est pronuntiaret verba cretionis, reposuit Tribon. *si adierit hereditatem*: Nam l. 15. h. tit. ducta est ex d. l. 5. ex qua apparebit etiam esse conjungendam cum *l. 3. sup. unde lib.* & similiter in *l. ea quæ, sup. de temp. in integr. restit.* verbum *cretionis*, quod erat in *l. 2. C. Th. de in integ. restit.* ex qua illa ducta est, Tribonianus expunxit, ut his argumentis, quibus & pleraque alia adjungi possunt, liquido appareat in universum B hodie cretionum solemnia esse sublata. Verum meminisse oportet effectum tamen cretionis remanere, & solo effectu inspecto aditionem hereditatis appellari actum legitimum, *l. actus, de reg. jur.* Nam fit pure, in *l. eum qui, §. ult. de acq. hered.* Et fit semel, non iteratur, *l. si solvi, §. ult. ff. eod.* & per heredem ipsum, non per procuratorem, non per tutorem, non per curatorem, in *l. per curatorem, eod.* nisi sit procurator Cæsaris, *l. 1. §. ult. ff. de off. proc. Cæsar.* vel pupillus heres scriptus sit infans: Nam infantis nomine per tutorem adiri potest hereditas, vel etiam pro herede gerere se tutor potest nomine infantis, *l. 5. hoc tit. l. servo invito, si pupillo, ff. ad Treb.* Alioqui pupillus, qui excessit infantiam adit ipsemet tutore auctore, *d. l. 5. h. tit.* vel ex decreto judicis si tutorem non habeat, *l. si infanti, hoc tit.* Plus datur patri, quam C tutori. Nam per patrem hereditas delata filiofam. adiri potest, & adquiri gestione pro herede volente filio. Nam exigitur filii voluntas, non etiam invito filio, *l. 4. l. 11. hoc tit.* & interdum sine voluntate filii, si infans sit, *d. l. si infanti*. Porro quod additur in hoc tit. *vel acquir. hered.* ostendit suos heredes ab hoc tit. non esse penitus submovendos, quia acquirendi verbum generale est, quod complectitur & cretionem & aditionem simplicem, & pro herede gestionem, & immistionem, & existentiam, & animi destinationem. His enim omnibus modis hereditas acquiritur: & immistio est genus acquisitionis suorum heredum proprie, quia jure prætorio non aliter censentur obligati esse hereditati, quam si miscuerint se bonis: mistione obligantur hereditati, ut nec restitui possint in integrum si sint majores 25. an-D nis, *l. 10. hoc tit.* nec si allegent hered. patris non esse solvendo: cur enim temere miscuerunt se, quod etiam non possunt honeste profiteri: heres non dicit honeste hereditatem sibi delatam non esse solvendo, sed debet dicere, non expedire sibi eam adire, non etiam notare mores defuncti, & inopiam, quæ forte defuncto contigit ob mores, ob morum dissolutionem, *l. sed si alio loco, ff. ad Treb.* nec restituitur etiam major, qui miscuerit se, si alleget fratrem eripuisse sibi partem suam, vel eripuisse testamentum, id est, assem, *d. l. 10. hoc tit.* Item existentia, quæ Græce dicitur ἀνάφανσις, est etiam acquisitio propria suorum heredum jure civili: pro herede gestio, cretio, aditio, animi destinatio sunt genera acquisitionum communia omnibus heredibus, sed necessaria in voluntariis, non etiam in suis, vel necessariis: & E pro herede quidem gerit, qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur, aut qui auctionem facit rerum hereditariarum, vel qui servis hereditariis cibaria dat, sic est legendum in lib. reg. Ulp. *ex authent. non mandat.* Item pro herede gerit, qui debita solvit, *l. 2. hoc tit. l. 12. hujus tit.* non etiam, quod notandum ex *l. 1. h. tit.* qui servum hereditarium non jure manumittit, non etiam, qui funeris causa, ut justa faciat defuncto, qui pietatis causa distrahit rem hereditariam, hic ideo non videtur se pro herede gerere in *l. 1. hoc tit.* Cui nihil obstat *lex, Julianus, §. ult. ff. de acquir. hered.* Nam dicit filium se immiscuisse videri, qui servum paternum manumisit: Nam ut breve faciam, §. ille ult. non loquitur de gestione pro herede, sed immistione, & facilius

videtur quis se immiscere, qui ipso jure heres existit, quam pro herede gerere, qui ipso jure non est heres, qualis est filius emancipatus in *l. 1. hoc tit.* Acquiritur etiam hereditas animi destinatione tantum, & quolibet indicio suscipiendæ hereditatis, *l. 6. hoc tit. §. ult. Inst. de hered. qualit. & diff.* Sola destinatio animi sufficit, nec necesse est, ut teneat, vel apprehendat ullam rem hereditariam, *l. 6. hoc tit. l. pen. sup. unde legit.* Recte igitur concludes, quia hic tit. est de omni genere acquirendæ hereditatis, & quia suis heredibus etiam competit jure Prætorio jus deliberandi, hunc tit. esse potissimum de voluntariis heredibus, sed pertinere etiam ad suos, de quibus est *l. 3. l. 8. & l. 13. & in 3.* proponitur jus præcipuum suorum heredum, quod etiam refertur in *l. cum antiquioribus, hoc tit.* ut scilicet si sui heredes inter moras deliberationis decesserint, hereditatem sibi delatam transmittant ad heredes suos, quia ipso jure statim heredes extiterunt, etiam clausis testamenti tabulis, ut ait *l. 3. statim*, sicut *l. in suis, de suis & leg. hered. & l. 5. §. qui sunt, ff. si quis omiss. cau. test.* At filii emancipati, & voluntarii quicumque heredes, sibi delatam hereditatem non transmittunt in heredes suos antequam eam adierint, vel animi destinatione acquisierint, vel gestione pro herede, *d. l. 3. & 7.* Et hoc sit jactum veluti fundamentum materiæ transmissionis, quam tractabimus ad *l. si infanti*: nam omnes interpretatus sum leges usque ad *l. 18.*

Ad L. XVIII. Si infanti, id est, minori septem annis, *in potestate patris, vel avi, vel proavi constituto, vel constitutæ, hereditas sit derelicta, vel ab intestato delata a matre, vel linea, ex qua mater descendit, vel aliis quibuscumque personis: licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere.*

Ad §. Sed si hoc parens neglexerit, *& in memorata ætate infans decesserit: tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacumque successione ad eundem infantem devoluta jure patrio, quasi jam infanti quæsita capere.*

Ad §. Parente vero non subsistente, *si quidem post ejus obitum tutor infanti sit, vel datus fuerit: posse eum etiam adhuc infante pupillo constituto, ejus nomine adire hereditatem, sive vivo parente, sive post mortem ejus ad eum devolutam: vel bonorum possessionem petere, & eo modo eidem infanti hereditatem quærere.*

Ad §. Sin vero vel non sit tutor, *vel cum sit, ea facere neglexerit: tunc eodem infante in ea ætate defuncto, omnes hereditates ad eum devolutas, & non agnitas, ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatæ, & eo modo ad illas personas perveniant, quæ vocabantur, si minime hereditas infanti fuisset delata. Ea vero, quæ de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt & si quacunque causa sui juris idem infans inveniatur.*

Ad §. Si autem septem annos *ætatis pupillus excesserit, & priore parente mortuo, in pupillari ætate fati munus impleverit: ea obtinere præcipimus, quæ veteribus continentur legibus, nulla dubietate relicta, quin pupillus post impletos septem annos suæ ætatis ipse adire hereditatem, vel bonorum possessionem petere, consentiente parente, si sub ejus potestate sit: vel cum tutoris auctoritate, si sui juris sit, possit: vel si non habeat tutorem, adire prætorem, & ejus decreto hoc jus consequi. Datum VI. Id. Novemb. Ravennæ, Theodosio XII. & Valentiniano II. AA. Conss.*

Ad L. XIX. Cum in antiquioribus legibus, *& præcipue in quæstionibus Julii Pauli invenimus filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse, & in suam posteritatem hanc transmittere: & aliis etiam quibusdam adjectis, quæ in hujusmodi personis præcipua sunt: eam deliberationem, & in omnes successores, sive cognatos, sive extraneos duximus esse protelandam. Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus, deliberationem meruerit: vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur: sed nec aliquid gesserit, quod aditionem, vel pro herede gestionem indicat: prædictum arbitrium in successionem suam transmittat: ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et si quidem is, qui sciens hereditatem, vel ab intestato, vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit: hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam, vel renuntiandam hereditatem manifestaverit: is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur. Sin autem instante annali tempore decesserit: reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubitatione relinquat: quo completo, nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem habendam servabitur. Recitata septimo in novo consistorio palatii Justiniani. Dat. III. Calend. Novemb. Decio V. C. Conss.*

Aggrediatur *l. Si infanti, & l. cum antiquioribus*, ut quam cœpi heri introducere quæstionem tractatus hujus tit. transeam, & perducam ad extremum. Ita vero cœpi, ut dicerem ex *l. 3. & 7.* hujus tit. voluntarium, sive extraneum heredem, qui interim dum deliberat moritur ante aditam hereditatem, eam deliberationem, hereditatemve, vel petitionem hereditatis, cujus litem contestatus non est, non transmittere ad heredem secundum regulam juris civilis, quæ vult, hereditatem non aditam non trasmitti, nec deliberationem igitur de ea adeunda, vel non adeunda: suum autem heredem, sive ex parte, sive ex asse heres sit, etiam non aditam hereditatem, vel non agnitam transmittere, & clausis testamenti tabulis nondum aperto testam. ut in *l. apud hostes, inf. de suis & leg. hered. l. 2. §. si quis ex lib. D. ad Senatusc. Tert.* quia suo heredi non est necessaria aditio, vel agnitio, cum ipso jure heres existat, etiam ignorans, hoc est præcipuum jus suitatis, sive ἀναφάνσεως, hoc est jus præcipuum suorum heredum: & olim certe ita fuit præcipuum eorum, ut in ejus juris participatum alieni, & extranei heredes, ad quorum discretionem illi dicuntur sui, nullo modo venirent: verum postea constitutionibus Imperatorum ex his, quæ in jure transmissionis sui heredes habebant propria quædam, communicata sunt etiam extraneis heredibus, non utique passim, sed certa lege, modoque: & sunt tres constitutiones, quæ hoc effecerunt: duæ Theodosii, & una Justiniani. Prima constitutio Theodosii est hæc *lex si infanti*, quæ vult infantem heredem extraneum ex testamento, vel ab intestato, si moriatur antequam pater ejus nomin. hered. adierit, vel bonor. possess. petierit, eam transmittere hereditatem in patrem, vel deliberationem de ea hereditate, quasi scilicet ea hereditas, licet non sit adita nomine filii infantis, videatur patri cedere beneficio constitutionis potius, quam ei acquiri per filium, & sic loquitur *l. 4. C. Th. de mat. bonis*, in qua ita cavetur: idem etiam cavetur *l. 1. C. Theod. de cret. vel bon. poss.* Et hæc *l. si infanti*, est pars orationis Theodosii habitæ in senatu, ut probat inscriptio, & *d. l. 1.* est pars altera ejusdem orationis, & vulgo male in *d. l. 1.* legitur, *Hac ordinatione sancimus*, cum sit legendum, *Hac oratione sancimus*: omnes constitutiones inscriptæ ad Senatum, orationes principum sunt: atque ita vides ex hac oratione etiam extraneum heredem, si infans sit, non aditam hereditatem extranei transmittere in patrem suum, & serva hoc tantum datum esse personæ patris jure singulari, & filio tantum mortuo in infantia, ut ei filio delata hereditas ab extraneo, needum adita, transferatur in patrem superstitem, qui ei ab intestato heres proximior est, & hoc indistincte, sive filius sit in sua potestate, id est sui juris, sive in potestate sui patris. Nam deficiente patre, cujus tantum personæ hoc datum esse diximus, *l. si infanti*, nihil immutat ex jure veteri. Ideoque si infantis nomine tutor non adierit hereditatem infanti delatam testamento extranei, perinde atque si delata ei non esset, mortuo infante ea hereditas redit ad legitimos heredes testatoris: quia intestatus decessisse intelligitur deserto testa-

teſtamento, id eſt, non adita ex teſtamento hereditate, æque major infante ſi intra pubertatem deceſſerit, jus, & arbitrium deliberandi, vel hereditatem ſibi ab extraneo delatam, nec aditam, quam ipſe potuit adire juſſu patris, vel tutore auctore, vel ex decreto Prætoris, quia non adivit, etiam non tranſmittit ad heredes, quod & ita ponitur in hac *l. ſi infanti*, ut appareat ſingulare iſtud jus tranſmiſſionis hereditatis non aditæ, locum tantum habere in hereditate ab extraneo delata infanti, & mox mortuo in infantia ſuperſtite patre: definit hæc l. infantem minorem 7. annis, & ſive tardius, ſive maturius fari incipiat, eo fine concludit infantiam, ut *l.8. Cod. Th. de mat. bonis*, & ita in *l.1. §. ſicut*, qui locus eſt Triboniani, *D. de adminiſt. tut.* Iis, qui fari non poſſunt, recte opponuntur ii, qui 7. annos exceſſerint. Nam imbuti ſumus a Stoicis, quorum princeps Chryſippus negat pueros incipientes fari, & dicit non fari, ſed ut fari, non loqui, ſed ut loqui, quod ſuo quoque loco ponere verba neſciant, & verba eorum non eſſe verba, ut Varro ſcribit 5. *de ling. Lat.* Idcirco nec verborum obligationes contrahunt, *l. 1. ff. de verbo. obl.* At vulgo infantem dicimus, qui propter ætatem omnino fari non poteſt. Æſchylus in χοηφόροις: οὐ γάρ τι φωνεῖ παῖς, ὁ ἐν τοῖς σπαργάνοις, *non enim quicquam fatur puer, qui eſt in cunis*, & inde Horatius, *infantes ſtatuas*, id eſt, *mutas*, & alio in loco.

Infans namque pudor prohibebat plura profari.

6. Epiſt. Et majore errore infantes vulgo dicuntur liberi, ut loquimur in idiotiſmo, & Hieronymus refert in Geneſim: *Hodieque*, inquit, *omnes filii vocantur infantes Romæ*. Et invenies quoque in *l. uxorem, §. ult. D. de leg. 3. l. Cum vero, §. cum quidem, D. de fid. lib.* Infantem dici non pro minore ſeptennio, ſed pro quolibet puero, vel puella: verum ad rem. Ex hac lege, ut dixi, extraneus heres ſi infans ſit, hereditatem ſibi delatam, necdum aditam tranſmittit in patrem, vel potius de ea adeunda, vel non, jus, poteſtatemque deliberandi tranſmittit in patrem: & hæc eſt prima Conſtitutio Theodoſii. Secundo loco idem Theodoſius conſtituit in *l. un. inf. de iis qui ante ap. tabul.* quæ confirmatur a Juſtiniano in *l. un. §. in noviſſimo, inf. de cad. toll.* conſtituit, inquam, ut hereditatem parentum cujuſcunque ſexus, vel cognationis delatam liberis, liberi licet ſint eis extranei heredes, puta matri, aut avo materno, aut proavo materno, aut patri manumiſſori, ut, inquam, eam hereditatem etiam non aditam ante apertas tabulas teſtamenti, id eſt, etiam clauſis teſtamenti tabulis, ſive ſint ex parte heredes ſcripti, ſive ex aſſe, & ſive ſcientes, ſive ignorantes eam ſibi delatam eſſe, vita deceſſerint, ut eam tranſmittant non in quoſcumque heredes, ſed in liberos ſuos, ſive eos habeant in poteſtate, ſive non: hæc eſt conſtitutio 2. Theod. Quæ etiam ſuos fines habet: Nam eſt tantum de heredit. parentum, ut eam liberi etiamſi non adierint, vel jus deliberandi de ea tranſmittant ad heredes, & adhibitus eſt alius finis & modus, ut non ad omnes heredes, ſed ad liberos tantum, vel ſuos, vel emancipatos. Tertia autem conſtitutio, quæ jus tranſmiſſionis, quod proprium erat ſuorum, aliqua ex parte communicavit extraneis heredibus, eſt conſtitutio Juſtiniani, id eſt, *l. cum in atiq.* quæ confirmatur etiam in *d. §. in noviſſimo*, & dat etiam ea conſtitutio omnibus extraneis heredibus, qui modo ſciverint hereditatem ſibi delatam, ut etiam nondum aditam, vel agnitam hereditatem, vel jus, & arbitrium deliberandi, ſi moriantur, tranſmittant non tantum in patrem, vel liberos ſuos, ſed in quoſcumque heredes, etiam extraneos, non quidem quocumque tempore moriantur, & hic eſt alius modus, quem adhibet conſtitutio Juſtiniani, ſed ſi moriantur intra annum antequam decreverint de hereditate. Nam poſt annum, non agnitam hereditatem non tranſmittunt. Igitur his duobus finibus hæc conſtitutio ſic circumſcribetur: unus eſt, ut ſcierint ſibi delatam hereditatem, alter, ut eam non tranſmittant, niſi poſt annum, numerandum ab eo die, quo ſciverint ſibi

A delatam hereditatem: & præterea apparet inde hanc *l. cum in antiq.* deliberationi petendæ præſtituere annum tam heredi, quam heredi heredis, quod notandum eſt, neque exiſtimandum eſt ei derogari per *l. ult. §. ſed quia, hoc tit.* quia ibi cavetur, quod heri etiam dixi, ne anno largius tempus princeps, ne novem menſibus largius tempus judex det ad deliberandum: ex hac autem *l. cum in antiqu.* heres, vel heres heredis a die, quo prior heres ſcivit ſibi hereditatem delatam, intra annum tantum admittitur ad petendam deliberationem, non poſt annum: denique hic præfinitur tempus petendæ deliberationis: tempus, in quod dari deliberatio poteſt. Et notandum eſt ſecundum hanc *l.* accipiendum eſſe quod ait *l. ſi infanti*, infantem, qui patrem non habet, hereditatem, aut deliberandi jus, ſi ante eam aditam deceſſerit, non tranſ-B mittere eam in heredem ſuum, ſi tutorem non habeat, vel ſi, ut dixi, tutor ejus nomine ut potuit non adierit hereditatem, id inquam, ita verum eſt, ſi infans moriatur poſt annum a die, quo tutor ejus ſcivit ei extranei delatam eſſe hereditatem. Nam ſi intra annum moriatur ex hac *l.* jus deliberandi tranſmittet in quemcumque heredem ſuum, & ita eam partem legis *ſi infanti* eſſe accipiendam ex l. ſeq. declarat aperte Novel. 158. atque ita tres ſunt conſtitutiones, quæ quod ad jus tranſmittendi pertinet, jus, quod ſui heredes habent præcipuum, ad aliquid communicant etiam extraneis heredibus: alioquin potiora ſemper jura habent ſui heredes in tranſmiſſionis cauſa, & notandum etiam exheredatos in tranſmiſſionis cauſa potiora jura habere, quoniam ſui heredes futuri erant, ſi exheredati non fuiſſent. Nam ex-C heredatio abſcindit jus ſui heredis, *l. filium, §. videamus, ff. de bonor. poſſ. contra tab. l. 1. §. poſt ſuos, ff. de ſuis & legit. hered. l. ſi quis poſtumos, §. ſi filium, ff. de lib. & poſt.* ſed quia exheredati liberi poſſunt reſcindere exheredationem, & totum teſtamentum, in quo ſcripta eſt, ſi agant querela inofficioſi teſtamenti, & obtineant adverſus heredem ſcriptum, ideo quaſi aſſumitur pro ſuis heredibus, ut ſi interim moriantur, querelam inoff. teſtamenti tranſmittant in heredes ſuos, modo ſi vel comminati ſint ſe acturos querela inoff. teſtamenti, ut appareat eos noluiſſe ſe abſtinere bonis paternis, vel etiam ſi litem denuntiarunt heredi ſcripto, vel ſi ei dederint libellum conventionis: comminatio ſufficit, vel libelli datio, ſive editio actionis, vel denuntiatio, ut tranſmittant querelam in heredes, quam nondum conteſtati ſunt D tamen: quæ omnia non deſideraremus ab herede ſuo. Sed quia exheredatus eſt, & excluſus jure ſui, interim dum judicetur de ejus meritis, modo proceſſerit comminatio, vel denuntiatio, vel libelli datio, querelam tranſmittit in quoſcunque heredes ſuos, quam tamen non tranſmitteret ſi ſuus futurus non erat, niſi poſt litem conteſtatam, vel etiam poſt agnitam bonorum poſſeſſionem, litis de inofficioſo ordinandæ cauſa, vel poſt cœptam & præparatam controverſiam hereditatis, quæ non ſunt tamen neceſſaria in eo, qui ſuus futurus erat ut tranſmittat querelam, quia denutiatio, vel ſola comminatio, vel libelli datio ſufficit, in *l. 6. §. ult. & l. 7. ff. de inoffic. teſtam. l. 5. ſup. de inoff. teſtam.* & hoc quidem ſi heres ſcriptus in teſtamento adierit, a quo tempore demum incipit actio inofficioſi teſtamenti: nec enim naſcitur ante aditam E hereditatem, quoniam datur contra heredem, non contra lignum, ſicut bonorum poſſeſſio contra tabul. quæ competit etiam ante aditam hereditatem, quia, ut dicitur, eſt contra lignum, non contra heredem, *l. quod dicitur, ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Querela eſt contra heredem ſcriptum: ergo ea agi non poteſt, antequam heres aliquis extiterit, cum quo exheredatus congrediatur, & de hereditate litiget: ergo ubi heres ſcriptus adiit, ſi quæratur an exheredatus, qui interim moritur, querelam tranſmittat, utemur ſuperiori diſtinctione ejus, qui ſuus futurus erat, ab eo, qui ſuus futurus non erat, quoniam faciliime ille tranſmittit querelam: verum ſi is vel ille moriatur deliberante herede, *il n'y a point de partie encores*, hoc caſu placet diſtinctio, ut querelam inoffi-

ciosi transmittant non in heredes quoscunque, sed in A liberos tantum, in *l. si quis filium*, *in l. penult.* §. *ult. D. de inoff. testam.* atque ita explicatæ sunt duæ leges, *si infanti*, *& l. cum in antiquioribus*.

Ad L. XX. Quidam elogio condito *heredem scripsit in certas uncias, & post certa verba testamenti eundem in alias uncias, vel tantas, vel quantascumque, & tertio, vel in aliam partem hereditatis, vel in quendam unciarum modum: ille autem unam institutionem, vel duas admittens, unam, vel duas, vel quantascunque respuendas esse censuit: quærebatur apud veteres, si hoc ei facere permittatur. Similique modo dubitabatur, si impuberem quis filium suum heredem ex parte instituit, & quendam extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit: & postquam testator decessit, pupillus quidem patri ejus heres extitit, extraneus* B *autem hereditatem adiit: & postea adhuc in prima ætate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est, & pupillaris substitutio locum sibi vindicavit. Cumque substitutus eandem partem admittere noluit; quæsitum est, si potest jam heres ex principali testamento factus, pupillarem substitutionem repudiare. Utramque igitur dubitationem simul decidendam esse censemus. Placuit etenim nobis, sive in institutione, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur, & necessitas imponatur heredi particulari facto, vel aliam, aut alias partes hereditatis admittere, vel etiam substitutionem pupillarem. Dat. prid. Calend. Maii Constantin. post consulatum Lampadii & Orestis. VV. CC.*

Ad L. XXI. Cum aliquis scripsit *heredem eum, qui de sua conditione ei, qui dominium ejus vindicabat, in judicio ad-* C *versabatur: is autem, qui dominum se esse dicebat, adire eum hereditatem imperabat, ut acquisitio hereditatis per eum celebraretur, indignatus est quasi domino ei parere: dubitatio veteribus exorta est, si qua pœna imponatur hujusmodi insolentiæ. Veteres in multas trahuntur sententias, sed nos eorum discordiam sic esse decidendam censemus, ut distinctio subtilis causæ ei imponatur: ut si quidem ita scripta est institutio,* Illum servum illius heredem instituo: *quia apertissimum est, intuitu domini institutionem esse conscriptam, necesse sit omnimodo per competentem judicem eum compelli adire quidem hereditatem, & eam adquirere: nulli autem ex post facto subjici gravamini, si liber pronuncietur, sed omne sive lucrum, sive damnum ad eum redundare, qui in servitutem eum trahebat, & denegari ei, & adversus eum omnes hereditarias actiones, nullo ei ex* D *hoc præjudicio generando. Sin autem quasi liber institutus est, nulla domini, vel servi mentione in institutione habita: tunc nullo compelli modo eum adire hereditatem, nec denegari ei liberale judicium: sed & hereditatem per suum jus decurrere, & liberale judicium suam expectare sententiam, sive agente eo, sive pulsato: ut si quidem servus pronuncietur, tunc domino suo hereditatem adquirit: sin autem liber, eam adipiscatur, si adire maluerit. Dat. Cal. Maii Constantinopoli, post consulatum Lampadii & Orestis. VV. CC.*

EXponam legem 20. *quidam elogio*, *& l. pen.* id est 21. Species legis 20. hæc est. Quidam Lucium Titium in eodem testamento ex pluribus partibus heredem scripsit. Primo loco ex semisse, alio ex triente, alio ex sex- E tante, & defuncto testatore, vult. L. Titium unam partem, vel duas repudiare, & aliam amplecti, vult scindere judicium defuncti: quæritur an possit? & lex ait non posse, & omnino eum debere vel repudiare judicium defuncti, vel omnino amplecti, honorem delatum sibi non fastidire superbe & inconstanter. Itaque unam partem repudiando omnes amittit, vel unam partem adeundo omnes acquirit, ut *l. 2. & l. si solus, D. de acquir. hered.* Una enim est hereditas, quamvis data sit per partes: unam autem hereditatem scindere est incongruum, & inconstans nimis, varietas est, & inconstantia non ferenda. Nam & ita unum legatum scindi non potest, puta, ut quis rei legatæ partem velit, partem nolit. Nam & agni-

A ta parte una rei legatæ, totam videtur rem agnovisse, *l. 4. l. si cui res, D. de leg. 2.* Et ab hereditate exemplum pervenit ad legatum, ut eleganter ait Paulus 2. *sentent. de leg.* ut quemadmodum una hereditas non potest scindi ab ipso herede, cui delata est, partim probato, partim improbato honore defuncti, ita nec unum legatum scindi posse. Nam & legatum honor est. Subjicitur in hac l. similis quæstio ei, quam eodem libro Ulpianum tractasse apparebit, conjuncta *d. l. 2. de adqu. hered.* cum *l. sed si plura, §. filio, D. de vulg. sub.* Species hæc est: Pater filium impuberem, quem habuit in potestate ex parte heredem scripsit, & L. Titium extraneum ex alia parte, eundemque L. Titium filio impuberi substituit pupillariter in 2. casum: existente casu substitutionis, puta mortuo filio intra pubertatem, quæritur an L. Titius possit B amplecti hereditatem patris pro ea parte, ex qua scriptus est heres, vel qui jam amplexus est hereditatem patris pro ea parte, an possit postea delatam sibi hereditatem pupilli ex substitutione pupillari repudiare? Denique an possit patris hereditatem amplecti, & pupilli hereditatem repudiare, & ita dividere judicium defuncti, & unum testamentum. Nam patris & filii testamentum habetur pro uno, *l. patris, D. de vul. substit.* & ait similiter non posse eum amplecti hereditatem patris, & pupillarem substitutionem repudiare, & vice mutata *d.* §. ait, nec posse eum patris hereditatem amplecti, & repudiare substitutionem, id est hereditatem filii impuberis: & huic tamen sententiæ æquissime & vehementer obstare videtur *l. si filius qui patri, D. de vulg. subst. & l. filius, D. de acq. hered.* In quibus ostenditur heredem institutum, C & substitutum pupillo filio testatoris, posse separare bona, vel hereditatem, & patris hereditatem omittere, pupilli autem hereditatem complecti: quod quis non videt adversari sententiæ hujus l. omnimodo. Sed ne vos diutius morer in ea re, quæ non est difficilis, animadvertendum est, aliam esse speciem hujus legis, longe aliam earum legum, quæ objiciuntur. Nam hic agimus de coherede coheredi filio impuberi testatoris substituto pupillariter, hic non potest repudiare hereditatem patris, & amplecti hereditatem pupilli ex substitutione pupillari, quia repudiata hereditate patris, jam non sunt duæ hereditates, sed una hereditas, quæ coaluit in personam pupilli coheredis, cui portio a substituto coherede repudiata accrevit, ut substitutus ille amplectendo substitutionem pupillarem, plane etiam amplectatur bona pa- D tris, quæ repudiavit. Itaque necesse est, vel eum habere utriusque bona, vel neutra, & idem evenit in specie *l. si tu me ex parte, D. de acq. hered.* quæ talis est. Quidam me instituit ex sextante, id est duabus unciis, Titium ex dextante, & me substituit Titio vulgariter, si non esset heres Titius: ego repudiavi institutionem meam, Titius æque repudiavit institutionem suam, ut sit locus substitutioni vulgari: & licet repudiaverim institutionem meam, possum adire ex substit. vulgari, quæ locum habet, & si adiero, assem consequar. Ergo non tantum dextantem, ex quo Titius fuit heres scriptus, sed etiam sextantem, quem repudiavi, vel etiam si adiero sextantem ex institutione mea Titio repudiante, mihi invito obveniet portio Titii, id est dextans, ut *l. Si quis heres institutus, D. de acq. hered.* & sic habebo assem: aut si no- E lim dextantem Titii amplecti ex substitutione vulgari, debeo recedere a sextante, quod adivi: atque ita fit, ut quod per meam personam habere non possim, habeam propter alium, id est, propter coheredem, ut in *l. cum hereditate, D. eod. tit.* Nam per me non possum quod semel repudiavi, adire postea, vel quod semel adivi, repudiare postea: sunt certissima principia juris, sed propter alium, sive occasione alterius sæpe fit, ut repudiem quod adivi, & retro, ut adeam quod repudiavi, ut puta obveniente mihi portione coheredis, si eam nolim, & recedere debeo a mea portione, licet eam adiverim, vel etiam obvenientem mihi portionem coheredis, si velim amplecti, debeo etiam meam amplecti portionem, licet eam repudiaverim, ne scindatur judicium testa-

testatoris, ne fiat pro parte testatus, pro parte intestatus, destituto pro parte testamento, nec tota hereditate complexa: & hæc de specie hujus legis. Longe alia est species legum, quæ objiciuntur, *d.l. si filius, & l. filius.* Nam in eis legibus proponitur filius a patre, in cujus fuit potestate, heres institutus ex asse, vel ex parte, & substitutus pupillariter alii filio impuberi exheredato, id est, patri suo filius, qui heres institutus est, si abstineat se hereditate patris beneficio Prætoris, etiamsi sit institutus ex asse, non ideo corruit substitutio pupillaris, quia per abstentionem non desinit esse heres: sed desinit tantum rem habere: est igitur heres sine re, & nudum nomen heredis, quod notandum, quod retinet etiam qui abstinuit se beneficio Prætoris, quia Prætor non potest efficere, ut qui semel heres extitit jure civili, desinat esse heres. Ergo & qui abstinuit se, heres est, *l. 2. §. sed si sint sui, D. ad Tertul. l. 6. §. pen. D. de bonis liber. l. cum quasi, §. Sed etsi suus, D. de fideic. libert.* & nudum nomen heredis conservat substitutionem pupillarem, id est, ἀνάφανσις, heredis sola, & omnia, quæ in testamento scripta sunt, *d.l. si filius, l. sciendum, ff. de man. test. l. si post mortem, ff. de leg. 1.* Et hæc est alia vis ἀναφάνσεως, sive existentiæ: ergo in ea specie etiamsi filius heres institutus ex asse abstineat se, non ideo minus valet substitutio pupillaris. Quod si is filius sit institutus ex parte, plusquam manifestum est a coherede, qui adiit, sustineri testamentum principale, id est, testamentum patris: & pupillare igitur, quod paterni pars & sequela est. Verum potest filius ipsemet etiamsi abstinuerit se hereditate patris, ut est proditum in illis legibus, quæ obiiciuntur nostræ constitutioni, potest, inquam, fratris hereditatem amplecti ex substitutione pupillari, etiamsi se abstineat bonis patris, & ita separare bona: quia scilicet omnino habiturus est hereditatem fratris ab intestato, & frustra repelleretur a substitutione pupillari, qui mox ad bona pupilli venturus est ab intestato, ut non sit ei invidenda separatio bonorum, quam lex induceret ab intestato, quæ est ratio illarum legum, expressa in *d. l. si filius.* Verum rursus illis legibus objicitur, retenta eadem specie *l. quæsitum, ff. de acq. hered.* quæ heredem institutum ex asse, & substitutum pupillo exheredato, quæ est species illarum legum, ostendit alligari hereditati paternæ, etiamsi eam omiserit, eave abstinuerit se, si quidem velit amplecti hereditatem pupillarem. Denique hanc non posse amplecti, qui nec illam amplectatur, illiusque onera sustineat. Ergo non posse separare bona: quod tamen superiores leges permittunt. Eam *l. quæsitum* sequitur illa *lex filius,* cui objicitur ut non sit verisimile inter leges ita vicinas ullum esse dissidium: eo observandum illam legem *filius,* loqui de filio herede instituto ex asse, aut ex parte, nihil refert, & substituto fratri impuberi exheredato, quem dicit, spreta hereditate patris, posse amplecti hereditatem fratris exheredati. At *l. quæsitum,* cum non sit palam de filio, proculdubio accipienda est de extraneo, herede instituto ex asse, non ex parte, & substituto filio impuberi testatoris exheredato, quo repudiante hereditatem patris, certe corruit substitutio pupillaris: quia ubi principale testamentum non consistit, nec pupillare valere potest, & ita traditur in hac eadem specie *l. sed si plures, §. Si ex asse, ff. de vulg. sub.* extraneo igitur herede repudiante, corruit substitutio pupillaris, & ideo ex ea venire non potest, sed si præoptet habere hereditatem pupilli, si affectet nimis hereditatem pupilli, debet subire libens onera hereditatis paternæ, licet eam repudiarit. Hæc est sententia edicti *si quis omissa causa testamenti.* Quod si ille extraneus sit heres institutus ex parte, quia a coherede, qui adiit, sustinetur testamentum patris, & filii, per consequentias, hoc casu potest sine metu onerum hereditatis paternæ, repudiata hereditate paterna, amplecti substitutionem pupillarem. Igitur in extraneo distinguitur utrum sit institutus ex asse, an ex parte: in filio, qui est suus heres non distinguitur: & hæc est sententia *d.l. quæsitum,* qua hac ratione explicata, satis apparet nullam ei cum l. vicina esse discordiam, & nihil est præterea, quod huic l. 20. addi, vel detrahi possit. Quæstio *l. pen.*

A hæc est: an is, qui est in possessione libertatis, cogatur adire hereditatem sibi delatam jussu ejus, qui se dominum ejus dicit, quique eum petit in servitutem præjudiciali actione instituta. Et eleganter in *l. pen.* Justinian. ita distinguit: aut ille homo institutus est propter dominum, ut loquitur *l. aditio, §. pen. ff. de acq. hered.* id est, contemplatione domini, hoc modo: *ille servus Titii heres esto:* hoc casu cogitur adire per judicem, jussu ejus, qui se dominum dicit pendente liberali causa, & ei intelligitur acquiri hereditas, quæ etiam contemplatione ejus fuit relicta servo velut servo, & postea is liber pronuntietur, liberabitur oneribus hereditariis, cum res sit acquisita ei, cujus contemplatione fuit relicta, & ita etiam liber homo, qui bona fide servit, si quasi jussu domini adierit, non obstringitur oneribus hereditariis, quia veluti

B ex necessitate adiit, non sua sponte, sed coactus, quasi alieno periculo, non suo, *l. qui putat, §. 1. ff. de acq. her. l. liber homo, in princip. ff. de hered. instit.* Sed si ille sit heres institutus ut liber, nulla facta mentione domini, aut servi, hoc modo: *ille heres esto:* non cogitur adire pendente liberali judicio, cum sit institutus ut liber, & exitus liberalis judicii declarabit sibi, an domino, adeundo, eam hereditatem adquirat, hæc est sententia *l. pen.* Cui tantum objicitur *l. 3. de hered. instit.* adducta ab Accursio perperam, quod lex dicat, servum, quamvis jubente domino, posse nolle adire: nec igitur compelli posse adire, hoc vero pugnat ne cum *l. pen.*? Minime, & idem vult *l. pen.* in 2. parte, & in ea ipsa specie, quæ proponitur in *d. l. 3.* servum fuisse institutum ut libertum, nulla facta mentione domini, aut servi, ac merito eum posse nolle

C adire, quamvis jubente domino, maxime si habeat substitutum vulgarem datum in hunc casum, *si nolit esse heres,* in cujus arbitrio testator existimabat posse velle adire, & non adire: igitur tantum abest, ut *d. l. 3.* pugnet cum hac *l. penult.* cum maxime consentiat.

Ad L. ult. Scimus jam duas esse *promulgatas a nostra clementia constitutiones; una quidem de his, qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimaverint: aliam autem de improvisis debitis, & incerto exitu per diversas species eis imposito. Sed & veterem constitutionem non ignoramus, quam divus Gordianus ad Platonem scripsit, de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierunt: quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona a creditoribus*

D *hereditariis non inquietentur. Cujus sensus ad unam præfatarum constitutionum a nobis redactus est. Arma etenim magis, quam jura scire milites sacratissimus Legislator existimavit. Ex omnibus itaque istis unam legem colligere nobis apparuit esse humanum: & non solum milites adjuvare hujusmodi beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere: non tantum si improvisum emerserit debitum: sed etiamsi onerosam quis inveniat, quam adiit hereditatem: ita enim nec satis necessarium deliberationis erit auxilium, nisi hominibus formidolosis, qui & ea timent, quæ nulla digna sunt suspicione.*

Ad §. Cum igitur hereditas *ad quendam sive ex testamento, sive ab intestato sit delata, sive ex asse: sive ex parte: si quidem recta via adire maluerit hereditatem, & spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet:*

E *nullo indigent inventario, cum omnibus creditoribus suppositus sit, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa. Similique modo si non titubante animo respuendam, vel abstinendam esse crediderit hereditatem, & apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit scriptum se esse, vel vocatum heredem, ei renuntiet: nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu expectando, sit alienus ab hujusmodi hereditate, sive onerosa, sive lucrosa sit.*

Ad §. Sin autem dubius est *utrumne admittenda sit, nec ne defuncti hereditas; non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem, vel sese immisceat: omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem*

tatem cognoverit, numerandos, exordium capiat, inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat: & hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur sub præsentia tabulariorum, ceterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt, subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta, vel facienda res apud eum remaneant: vel si ignarus sit literarum, vel scribere præpediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat, venerabili signo antea manu heredi præposito, testibus videlicet adsumendis, qui heredem cognoscant, & jubente eo tabularium pro se subscribere, interfuerit.

Ad §. Sin autem a locis, *in quibus res hereditariæ, vel maxima pars earum posita est, heredes abesse contigerit: tunc eis unius anni spatium a morte testatoris numerandum damus ad hujusmodi inventarii consummationem: sufficit enim præfatum tempus, & si longissimis spatiis distant: tamen placuit dare eis facultatem inventarii conscribendi, vel per se, vel per instructos procuratores, in loca, ubi res positæ sunt, mittendos.*

Ad §. Etsi præfatam *observationem inventarii faciendi solidaverint, hereditatem sine periculo habeant, & legis Falcidiæ adversus legatarios utantur beneficio: ut in tantum hereditatis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant: & eis satisfaciant, qui primi veniant creditores: & si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur: & nihil ex sua substantia penitus heredes amittant: nedum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed & si legatarii interea venerint: eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione.*

Ad §. Sin vero creditores, *qui post emensum patrimonium nec dum completi sunt, superveniant: neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos, qui ab eo comparaverint res, quarum pretia in legata, vel fideicommissa, vel alios creditores processerunt. Licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel hypothecis, vel indebiti condictione, uti & hæc, quæ acceperint, recuperare: cum satis absurdum sit creditoribus quidem jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari: legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare.*

Ad §. Sin vero heredes *res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint: liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, & a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre.*

Ad §. Contra ipsum *tamen heredem (secundum quod sæpius dictum est) qui quantitatem rerum hereditariarum expendit, nulla actio extendatur.*

Ad §. Sed nec adversus *emptores rerum hereditariarum, quas ipse heres pro solvendis debitis, vel legatis, vendidit, venire alii concedatur: cum satis anterioribus creditoribus a nobis provisum est, vel ad posteriores creditores, vel ad legatarios pervenientibus, & suum jus persequentibus.*

Ad §. In computatione *autem patrimonii damus ei licentiam excipere, & retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Si vero & ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hæ confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam temporum: tamen prærogativa inter creditores servanda.*

Ad §. Licentia danda *creditoribus, seu legatariis, vel fideicommissariis, si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit; quibus voluerint legitimis modis, quod superfluum est, approbare, vel per tormenta forsitan servorum hereditariorum secundum anteriorem nostram legem, quæ de quæstione servorum loquitur, vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint, ut undique veritate exquisita, neque lucrum, neque damnum aliquod heres ex hujusmodi sentiat hereditate: illo videlicet observando, ut si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel in hereditatis quantitate computare compellantur.*

Ad §. Donec tamen *inventarium conscribitur: vel si res præsto sint, intra tres menses, vel si absuerint, intra annale spatium secundum anteriorem distinctionem, nulla erit licentia neque creditoribus, neque legatariis, vel fideicommissariis, eos vel inquietare, vel ad judicium vocare, vel res hereditarias, quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare: sed sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione heredibus concessum; nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditatis citra temporalem præscriptionem præjudicio generando.*

Ad §. Sin vero postquam *adierint, vel sese immiscuerint, præsentes, vel absentes inventarium facere distulerint, & datum jam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit: tunc ex eo ipso, quod inventarium secundum formam præsentis constitutionis non fecerint, & heredes esse omnimodo intelligantur, & debitis hereditariis in solidum teneantur; nec legis nostræ beneficio perfruantur, quam contemnendam esse censuerunt.*

Ad §. Et hæc quidem *de his sancimus, qui deliberationem nullam petendam esse curaverint: quam putavimus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam, & debere ei derogari. Cum enim liceat eis & adire hereditatem, & sine damno ab ea discedere ex præsentis legis auctoritate: quis locus deliberationi relinquitur? Sed quia quidam vel vana formidine, vel callida machinatione, pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, quatenus eis liceat annale tempus tergiversari, & hereditatem inspicere, & alias contra eam machinatione excogitare, & eandem deliberationem flebilibus adsertionibus, repetita prece sæpius accipere: ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemptores, indulgemus quidem eis petere deliberationem, vel a nobis, vel a nostris judicibus: non tamen amplius ab imperiali quidem culmine, uno anno, a nostris vero judicibus novem mensibus: ut neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgeatur: sed & si fuerit datum, pro nihilo habeatur. Semel enim, & non sæpius eam peti concedimus.*

Ad §. Sin autem hoc *aliquis fecerit, & inventarium conscripserit (necesse est enim omnimodo deliberantem inventarium cum omni subtilitate facere) non liceat ei post tempus præstitutum, si non recusaverit hereditatem, sed adire maluerit, nostræ legis uti beneficio: sed in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur. Cum enim gemini tramites inventi sint: unus quidem ex anterioribus, qui deliberationem dedit: alter autem rudis, & novus a nostro numine repertus, per quem adeuntes sine damno conservantur, electionem ei damus, vel nostram constitutionem eligere, & beneficium ejus sentire: vel si eam aspernendam existimaverit, & ad deliberationis auxilium convolaverit, ejus effectum habere: & si non intra datum tempus recusaverit hereditatem omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur: & non secundum modum patrimonii, sed etiam si exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari, & sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegerit gravamen, & ideo ad ipsam deliberationis dationem, & divinum rescriptum super hac promulgatum, hoc adjici volumus, ut sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem si adierint, vel pro herede gesserint, vel non recusaverint hereditatem, omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, & vel adierit hereditatem, vel minime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur: sed etiam legis Falcidiæ beneficio minime utatur. Quod si post deliberationem recusaverit, inventario minime conscripto: tunc res hereditarias creditoribus, vel his, qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compelletur: quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a judice statuenda.*

Ad §. Notissimum autem *est hac constitutione, quæ omnes casus continet, nostris constitutionibus jam pro eisdem capitu-*

pitulis promulgatis esse derogatum; quarum altera etiam Gordianæ constitutionis sensus continebatur. Cum enim ampliore tractatu habito, melior exitus inventus sit, & tribus constitutionibus in unum congregatis, unus appareat & in milites, & in alios omnes juris probabilis articulus: ea propter ex anterioribus inquietari nostro subjectos imperio non patimur: scilicet ut milites etsi propter simplicitatem præsentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint. Quam patres conscripti, in hujusmodi casibus in posterum obtinere sancimus. Dat. 5. Calend. Decembr. Constantinop. post consulatum Lamp. & Orest. VV. CC.

ORatio est Justiniani ad Senatum, quam idem Justinianus valde nobis commendat, dum eam dicit esse æquissimam, & nobilissimam in §. *sed nostra, Instit. de hered. qual. & diff.* usu certe frequentissima observatio est, & diligentissima, adeo ut ab ea aberrare sit amittere commodum, quo ex ea heredes afficiuntur. Nam & sic semper novæ servantur constitutiones strictius, & diligentius, ut si vel tantillum ab eis aberres, nihil ex illis petere possis: & finis hujus constitutionis omnimodo est heredes periculo aditionis, vel immistionis omnimodo liberari, ne posthac cunctentur adire, vel immiscere se bonis metu onerum defuncti. Nam aditio, vel immistio est quasi contractus, qui heredes obligat æri alieno defuncti, etiamsi sit exigua hereditas, heredem implicat omnibus negotiis hereditariis, omnibus oneribus etiam supra vires hereditatis, si forte hereditas non sit solvendo, si exiguus sit census hereditatis in *l. 3. §. ult. & l. 4. D. quibus ex causis in poss. eatur, l. 8. D. de acq. hered.* Et hoc est, quod dicitur omnem hereditatem esse solvendo, quæ heredem invenit, *l. libertus, D. de bonis lib. l. quæ dotis, D. sol. matrim. l. si quis locuples, D. de manum. test.* quia scilicet heres de suo solvit, si quod morientis fuerit, non sufficiat solvendis creditoribus demortui: cur enim temere adivit, & inconsiderate, & incosulto, non bene excussis facultatibus defuncti? Quamobrem etiam atque etiam ii, quibus defertur hereditas aliqua plerunque consultant, & deliberant adire bona, vel miscere se bonis debeant, necne. Nam post immistionem, vel aditionem sera pœnitentia est, si sunt majores annorum 25. Nam majoribus non potest dari venia, ne teneantur supra vires hereditatis, ne teneantur in solidum, non spectato modo hereditatis: non possunt etiam majores restitui in integrum abstinendi causa, *l. 10. hoc t.* Igitur priusquam adeas, deliberare opus est maxime, ait in §. *extraneus, Inst. de hered. qual. & diff.* qui locus est singularis, *il n'y en a pas autre part*, refertur, Divum Adrianum etiam majori 25. annis, qui temere adierat damnosam hereditatem, veniam dedisse, ne teneretur supra vires hereditatis, cum scilicet post aditionem grande æs alienum emersisset, quod latebat aditæ hereditatis tempore. Sed hoc beneficium Adriani, ut ait, fuit personale, id est, datum fuit certæ personæ, non fuit generale: ergo in exemplum trahi non debet: qui locus maxime facit ad §. *sed quod Principi, Inst. de jure nat.* cum ait personalia beneficia principis non trahi in exemplum, debes enim ad illum locum apponere exemplum ex *d. §. extraneus* ex eo rescripto Adriani: deinde vero Gordianus Imperator generaliter idem beneficium dedit militibus, non etiam paganis, ut si milites forte per ignorantiam adiissent damnosam hereditatem, non tenerentur supra vires hereditatis ejus, non compellerentur de suo satisfacere creditoribus hereditariis, sicut tenentur pagani, qui inconsulte adiverint sibi delatam hereditatem, veniam dari simplicitati militum. Postea Justinianus paganis quoque non omnimodo, sed aliquatenus subvenit hac in re, promulgatis duabus constitutionibus, quarum mentionem fecit initio *l. ult.* quæ scilicet fuerunt in priori editione Codicis: non sunt in hac posteriore editione, quia eis derogavit *l. ult.* quam interpretamur: Et una constitutio fuit de heredibus, qui petunt tempus ad deliberandum, altera fuit de debitis hereditariis, quæ ex improviso emergunt post aditionem hereditatis: sed utrique constitutioni, ut dixi, derogat Justinian. in hac *l. ult.* per quam viam aperit, qua omnibus heredibus, qui modo suo beneficio uti volent, succurrat, ut sine mora deliberationis, sine consultatione ulla, sine metu onerum, sine periculo ullo, adeant sibi delatam hereditatem, non solum si emergant improvisa debita, sed etiam, inquit, si onerosa inveniatur esse hereditas, ut puta si inveniantur prædia hereditaria debere immensas pensitationes fisco, & graviorem censum, ut in *Novel. 7. Authent. Sicut alienatio, sup. de sacros. Eccles.* Via, quam aperit Justinianus hæc est: ut heres repertorium, sive inventarium faciat rerum hereditariarum, atque ita pro quantitate tantum earum rerum subeat onera defuncti: hanc viam si insistat heres, & ita inventarium faciat, & adeat, nulla re suppressa ex fide bona, qua de re coargui potest ab iis, quorum interest, ut in §. *licentia h. l.* recte dices eam hereditatem non esse solvendo, quæ talem heredem habeat, quoniam non tenetur supra vires inventario comprehensas ex fide bona. Triplex est via, qua adire possis, & immiscere te; alia est recta via, si adieris, vel immiscueris te intrepide, & incunctanter, ut simili via repudiare possis, vel abstinere te: alia est habita deliberatione hoc facias excussis bonis defuncti: sed utraque via est anceps, periculosa, & longe facilior, & securior est hæc 3. via conficiendi inventarii, quam patefacit Justinianus in hac *l. ult.* Ita scilicet, ut a quo die scieris tibi hereditatem delatam, adeas, vel misceas te, & intra dies 30. incipias facere inventarium defuncti, præsentibus publicis personis, & iis, quorum interest, ut in *Novel. 1.* id, quod absolves intra alios 60. dies, adhibita subscriptione tua. Ergo intra tres menses non admodum requiro, ut incipias facere inventarium intra 30. dies: nam etsi post 30. dies cœperis facere, ut Bartolus docuit recte, & Paulus de Castro, modo id absolvas intra 3. menses, confectio inventarii pro justa & legitima haberi debet, quod est æquissimum. Ceterum 30. dies districte observandi sunt, alioquin non erit in te frui beneficio inventarii, quod quidem postea apparebit esse multiplex & varium. Aditio, vel immistio plerunque præcedit confectionem inventarii; §. *donec:* & tamen heres interim dum dat operam inventario conficiendo, licet adierit, non potest conveniri a creditoribus hereditariis, non magis quam si deliberaret, *d. §. donec.* Quia nondum constat pro qua parte conveniri debeat, vel an conveniri possit. At confectionem inventarii, etiam potest sequi aditio, vel immistio: nam & sunt qui deliberant, necdum adeunt, & tamen conficiunt inventarium, interim dum deliberant, non ut exonerent se, & fruantur beneficio inventarii, ne teneantur supra vires hereditatis; sed ut excutiant bona defuncti, & explorent, atque ita cautius deliberent de adeunda hered. vel non, ut in §. *sin autem hoc aliquis* in hac l. & hoc quidem casu is, qui deliberat, & inventarium facit, simul, si adeat, proculdubio tenetur insolidum omnibus creditoribus hereditariis, etiamsi non sufficiant bona defuncti, qui deliberavit, & post declarationem adiit, nec petiit beneficium Justiniani hac *l.* concessum, quo exclusa omni deliberatione exoneratur heres, ne teneatur ultra quantitatem bonorum. Quia igitur nudo hoc beneficio inventarii usus non est, sed inter moras deliberandi inventarium fecit, caret beneficio inventarii, & in hoc tantum ei prodest inventarium fecisse, ut legatariis, vel fideicommissariis non teneatur, nisi deducto ære alieno, & deducta Falcidia: ceterum creditoribus tenetur in solidum, etiamsi bona non sint solvendo: ubi autem heres mavult repudiare hereditatem, nihil attinet conficere inventarium, & est certissimum: sed ne res trahatur longius, repudiare debet intra 3. menses, qui decrevit repudiare, id est, apertissime debet repudiare intra 3. menses, qui hoc ita facere decrevit, nec morari diutius in eo exequendo, quod constituit semel, in §. *similique modo, hoc t.* & intra 3. menses similiter, ubi mavult adire, debet conficere inventarium, ut diximus. Neque quicquam obstat *d. §. similique modo*

l. sci-

l.scimus, §.*ult.sup.de inoff. testam.* quam objicit Accursius, quia scilicet illa lex est de herede cunctante, & deliberante, & de die, in quem illa deliberatio datur, qui est angustior in specie *d.l.scimus*, §.*ult.* quam præscribatur in §.*sed quia*, *h.t.* ne scilicet fiat longior mora filio notato infamia exheredationis, qui acturus est querela inofficiosi test. adversus heredem scriptum, qui non potest agere antequam is adierit: ergo ut mature adeat, nec diutius moretur filium defuncti exheredatum, dantur ei tantum 6. menses ad deliberandum a judice, cum soleant dari novem ex §.*sed quia*. Sed id facit odium exheredationis. Ille autem §.*similique modo*, non est de deliberante, sed de eo, qui certo consilio repudiare instituit, ut repudiet, non intra 6. menses, sed intra 3. menses, intra quos etiam concluditur inventarii conficiendi potestas, quo exemplo etiam Græci in Basilicis definiunt, & tutorem priusquam aggrediatur administrationem tutelæ, intra 3. menses debere conficere inventarium rerum pupillarium, & nominatim Harmenopulus 5. *Epit. tit.* 11. & sic etiam Leo Imperator *in Nov.* 110. ut mulier post mortem mariti, nisi velit amittere dotem, & lucra nuptialia, ut intra 3. menses, exemplo heredis, conficiat inventarium rerum mariti, ne qua fraus fiat liberis, ut sæpe contingit, matres a morte mariti, non habita ratione pietatis debitæ liberis dilapidare pretiosa quæque mobilia, & monilia, ut inde possis statuere in confectione cujuscumque inventarii generaliter esse servandam præscriptionem 3. mensium: & notandum est angustiora esse tempora inventarii, quam deliberationis, nimirum inventarii trium mensium, & deliberationis novem mensium, in §. *sed quia*. Et notandum etiam præscriptionem 3. mensium præscribi heredi præsenti in loco, in quo sita est hereditas: Nam heredi absenti ab eo loco, conficiendi inventarii datur annus a morte testatoris, ut ait *d.*§.*Sin autem*, & §.*donec*: & placet valde, quod Accurs. notat in *d.*§. *Sin autem*, annum numerari a morte testatoris, videlicet si & heres scierit sibi delatam esse hereditatem, nam & iidem auctores Græci, idemque Harmenopulus scribunt tres menses numerari a morte testatoris, & tamen supra exigimus, ut concurreret scientia heredis, ut sciret heres sibi delatam hereditatem. Ignoranti enim iniquum est cedere tempora vel anni, vel trium mensium, & ut huic quæstioni finem imponamus, notandum est tria esse potissimum beneficia inventarii. Primum hoc est, ut heres non teneatur supra vires hereditatis, ut sit heres sine onere amittendi sui. Omisso inventario tenetur supra vires hereditatis. Secundum beneficium hoc est, ut facto inventario heres præstet legata, primo deducto ære alieno, *car il faut payer premierement les creanciers*, & ex reliquo deducta Falcidia: omisso autem inventario, quod valde novum est, heres non tantum tenetur creditoribus in solidum, etiamsi non sufficiant bona defuncti, sed etiam legatariis tenetur in solidum, nec deducta Falcidia, nec habita ratione æris alieni, id est, etiamsi æs alienum defuncti absumat omnia bona, tamen heres, qui noluit facere inventarium, præstat integra legata. Ea igitur præstat nec deducta Falcidia, nec deducto ære alieno, quod nunquam antea obtinuit, *l.*1. §.*denique*, *D.ad Trebell.* Tertium & ult. beneficium hoc est, ut facto inventario non confundantur actiones, quas heres habuit adversus defunctum, id est, ut inter ceteros creditores defuncti & ipse numeretur, & ipse sibi solvat, quod defunctus debuit, & deducat etiam funeris impensas ante omne æs alienum, & sumptum, quem fecit in insinuationem testamenti, ut ait in §. *in computatione, hac l.* ut sumptum, quem fecit in confectionem inventarii, *l'inventaire se faict aux despens de l'heritier*, & item sumptum, quem fecit in auctionem forte rerum hereditariarum, ut ex pecunia inde redacta absolvat creditores hereditarios in *l. quod privilegium*, *D. depos. in l. in quantitate*, *D.ad l. Falcid. in l.*19. *in fine*, *D. ad Trebell. les fraiz des criees sont les premiers payez*, & deducit, ut dixi, omne quod sibi debuit defunctus: ergo aditione non confunditur actio, quam habuit cum de-

A functo, videlicet cum adivit facto inventario ex beneficio hujus legis: omisso autem inventario actiones confunduntur. At observandum est ab hac constitutione semper excipiendos esse milites, ut Gordianus voluit: nam etiamsi milites non faciant inventarium, non tenentur supra vires hereditatis. Idem beneficium ex communi sententia interpretum datur etiam fisco: nam & fiscus non tenetur supra quantitatem bonorum, quæ ei obvenerunt, *l.*1. §.*an bona*, *D.de jure fisci*. Idem non datur minori 25. annis, qui non fecit inventarium, sed restitui potest in integrum, quod omiserit confectionem inventarii, ut liceat ei postea ex inventario adire, ex quæstionibus propositis in hac *l.* a doctoribus, una tantum mihi videtur digna honore quæstionum. Quærunt an possit testator heredi prohibere confectionem in-
B ventarii, ne scilicet utatur beneficio hujus legis, sicut videmus testatorem prohibere posse tutori confectionem inventarii in *l. ult. sup. arbitr. tut.* & sine controversia verum est, posse etiam heredi interdici confectionem inventarii, quasi volente testatore, ut is heres, quem scribit, subeat omnia onera hereditaria, sive ea possint ferre sua bona, sive non, ut suscipiat tuendam famam defuncti, vel ut de suo solvat fidem defuncti, alioquin ut non sit heres: nam invenio etiam ex Nov. prima Just. testatorem posse prohibere Falcidiam, ut heres præstet solida legata sine deminutione, ut plenum sibi obsequium solvat, plenamque pietatem exhibeat, eam solam habiturus pro lucro, & vice lucri: & eodem argumento, eodemque modo poterit prohibere confectionem inventarii, & inde vero, quod recte prohibeat testator Falci-
C diam, quod non potuit prohibere olim, *l.nemo potest.*, *D. de leg.* 1. inde apparet legem Falcidiam esse valde recisam a Justiniano: Nam non habet locum contra voluntatem defuncti, ut habuit olim, nisi vetuerit testator confectionem inventarii: item non habet locum, si heres inventarium non fecerit, si adierit recta via, vel habita deliberatione, omisso inventario: & hæc sunt, quæ præcipue dici possunt in hac quæstione.

AD TITULUM XXXI.

DE REPUD. VEL ABSTIN. HEREDIT.

D SEQUITUR tit. 31. *de repud. vel abst. hered.* hic tit. opponitur superiori *de adeunda, vel adquir. hered.* ita ut verbo *adeunda*, ex adverso respondeat verbum *repudianda*, & verbo *adquirenda*, verbum *abstinenda*. Quæ collatio demonstrat in tit. superiori, verbum *adquirenda*, proprie pertinere ad suos heredes, qui immiscent se, id est, qui immistione acquirunt hereditatem parentum, sicut in *h.t.* verbum *abstinenda*, constat proprie pertinere ad suos heredes, quibus solis jus abstinendi prætor tribuit, & ita in *l.ult.*§.*similique modo, tit.sup.si respuendam*, inquit, *vel adsumendam hereditatem esse crediderit.* Repudiatio autem est professio omittendæ hereditatis, quæ fit in jure: nam repudiationem fieri in jure docet *l.*3. & 4. *hoc t.* & *l.*1. *sup.de repud. bonor.poss.* Repudiationem fieri in jure, id est, apud prætorem, vel præsidem:
E jus est locus, in quo jus dicitur, *eamus in jus*, id est, ad prætorem: aditio quoque hereditatis, ut opinor, fiebat in jure, id est, in conspectu prætoris, quia est actus legitimus, *l.actus*, *ff. de reg.jur.* Nam & ea tantum tutoris datio, de qua ibi etiam agitur, est actus legitimus, quæ fit in jure, quod notandum, non quæ fit testamento: unde etiam recte assumes acceptilationem, & servi optionem in jure solemniter fieri solitas: de emancipatione non est dubium. Ii sunt quinque actus legitimi, qui enumerantur in *d.l.actus*, qui omnes, ut dixi, olim peragebantur in jure. Duæ autem de repudianda, vel abstinenda hereditate regulæ potissimum proponuntur in *hoc t.* una regula hæc est: extraneum, qui semel adivit, vel suum heredem, qui semel miscuit se rebus hereditariis, postea

eam hereditatem repudiare non posse, etiamsi damnosa sit, nisi sit minor 25. annis, qui restituitur in integrum, ut se abstineat. Suo autem jure nemo quod acquisivit, repudiare potest, ut §. *extraneis*, *Instit. de hered. qual. & diff. l.1. §. decretalis, de success. edict. l. Titia, §. Lucia, ff. de leg. 2. Et Paulus 3. Sent. tit. 4. in fine.* Altera regula hæc est; qui semel repudiavit, rursus ad ea bona, quæ repudiavit, reverti non potest, *l. 1. sup. de repud. bon. poss. l. 9. sup. tit. prox. & l. 4. hoc tit.* cujus l. 4. sententia hæc est: eum, qui semel acquisivit hereditatem, postea renuntiando, vel repudiando eam hereditatem nihil agere: ergo jus quod habuit retinere. Objiciebat aliquis, quod dicitur, *confessos in jure haberi pro judicatis*, posita specie hujusmodi: heres, qui adierat hereditatem, dixit in jure, forte cum lis esset cum alio de hereditate, se heredem non esse. Interrogatus ab adversario, vel a prætore, respondit, se hered. non esse, qui tamen heres erat, qui adiverat, vel immiscuerat se: an jus, quod acquisivit, amittit? Sic videbatur quibusdam, quod confessi in jure pro iudicatis habeantur, non etiam confessi extra jus, vel extra judicium ex 12. tab. *æris confessi, rebusque jure judicatis*, comparat confessum cum judicato, vel adæquat, ut in *l. post rem, ff. de re jud. l. donari 29. §. 1. ff. de don. l. 1. §. proinde, ff. si quid in fraud. patr. l. 4. §. pen. ff. ad l. Jul. majest.* Ergo qui confessus est in jure se heredem non esse, pro eo habetur, ac si judicatus esset heres non esse. Res judicata habetur pro veritate, quamvis verum sit eum acquisivisse hereditatem, & heredem esse, & confessio igitur illius est habenda pro veritate, licet acquisiverit hereditatem, sed respondet Imperator in *l. 4.* id, quod vulgo dicitur, *confessum in jure pro judicato haberi*, pertinere tantum ad heredem, qui in jure confitetur se debere certam pecuniam, ut hic pro rite damnato habeatur: Non pertinet autem ea sententia ad eum, qui falso negat se heredem esse repudiandi causa post adquisitam hereditatem: Nam nec hac ratione, quod semel adquisivit repudiare potest, & hæc est sententia *l. 4.* hæc autem regula, *ut quod adquisitum est, repudiari non possit*, ita procedit, ut nemo id, quod adquisivit, possit repudiare per se, id est, per personam suam: Nam propter alium sæpe fit ut repudiet, puta propter portionem coheredis, quæ ei defertur deficiente coherede: nam si eam portionem coheredis vacantem amplecti nolit, & a sua portione, quam adivit, recedere debet. Denique aut totum amplecti, aut a toto recedere debet, quod facit interventus vacantis portionis, & accessio illius, nec recedendi ab eo, quod semel amplexus est jus habet ex se, sed ex alio, ex coherede, qui portionem suam repudiavit, quod ostendit in *l. quidam, sup. tit. prox.* & probat *l. cum hereditate, & l. si tu me ex parte, ff. de adq. hered.* Item propter fideicommissarium Trebellianum sæpe fit, ut heres, qui repudiavit, adeat hereditatem, ut si rogatus sit restituere hereditatem Titio, postulante Titio, etiamsi eam hereditatem repudiaverit, per prætorem compellitur adire periculo fideicommissarii, & restituere hereditatem, nec detracta Falcidia, maxime si res sit integra, id est, si nondum bona attigerint creditores hereditarii, si nondum bona venierint: nam distractis bonis, & facta auctione rerum hereditariarum, ne pupillus quidem heres per prætorem compelletur adire, & restituere hereditatem fideicommissario, nisi ex causa, & hæc est sententia *l. nam quod, §. 1. ad Trebell.* in qua jam ostendi, & probavi cunctis, esse in Florentino perperam scriptum, *præceptorem*, pro *per prætorem compelli ad restitutionem*. Ergo si omnia sint in integro, inque statu eodem, omnia, scilicet defuncti bona & negotia propter fideicommissum, id est, ne intercidat fideicommissum, heres, tametsi repudiaverit, cogitur adire, & restituere, & ita propter fideicommissarium pleraque admittuntur, quæ alioquin non admitterentur: unum legatum scindi non potest: propter fideicommissar. scindi potest, ut si legatarius sit rogatus partem rei legatæ restituere, eam potest agnoscere, & restituere, alteram repudiare, quo genere scinditur legatum, & recte propter fideicommissarium, cui rogatus est restituere, *l. Imperator Antoninus, ff. de leg. 2.* & ita etiam, qui est incapax hereditatis capiendæ, capit tamen hereditatem propter fideicommissarium, cui rogatus est restituere, & eam adit, *l. cogi, §. is qui solidum, ff. ad Treb.* quia nihil honoris apud eum remansurum est, cum mox aditam hereditatem sit fideicommissarius restituturus, & ita, ut dixi, propter alium, vel per alium sæpe fit, ut qui repudiarunt bona, ea sæpe adeant postea recte: Ac præterea hæc posterior regula ita est accipienda, ut quod quis repudiavit semel, rursus suo jure amplecti non possit, vel suo marte: nam beneficio restitutionis in integrum minor 25. annis, qui hereditatem repudiavit, eam postea adire potest, si res sit integra, id est, si bona defuncti nondum venierunt. Nam rebus distractis, & finitis omnibus negotiis hereditariis, si velit beneficio restitutionis venire ad pecuniam partam laboribus substituti, ad quem post repudiationem ejus venit hereditas, vel laboribus legitimi heredis, qui explicavit omnia negotia hereditatis, purgavitque hereditatem omnem, repelletur, inquit *l. quod si minor, §. Scævola, ff. de minor.* ergo nec minor quidem, qui repudiavit, restituetur ut adeat, si res non sit integra: major autem 25. annis, qui repudiavit semel, rursus redire non potest ad bona, quæ repudiavit, neque suo jure, neque beneficio restitutionis in integrum. Nec quidquam obstat huic sententiæ *l. filii, ff. ad SC. Tertull.* quæ manifesto ait, filium, qui repudiavit matris hereditatem intestatæ, postea mutata sententia eam hereditatem adire posse, & pœnitentiam ejus admitti usque in annum. Sed eadem *l. filii* ostendit hoc fieri, sive permitti propter verba SC. Orfitiani, quo filius vocatur ad hereditatem matris intestatæ exclusis agnatis matris, licet ipse matri sit cognatus, non agnatus, quia verba SC. sunt extensiva, nimirum etsi nemo filiorum mulieris hereditatem volet, tunc proximi cognati heredes sunto: verbum *volet*, est extensivum, vel παρατατικὸν, id est, tractum habet temporis, extenditur. Igitur ille sermo saltem in annum, in quem filius potest petere bonorum possessionem unde liberi, vel unde legitimi, intra annum pœnitentia admittitur, quoniam tacite in annum extenduntur verba Senatusconsulti: & ita etiam olim herede instituto cum cretione, puta hoc modo, *in dieb. cent. prox. cernito, aditoque*, si heres repudiasset intra centum dies, nihilominus poterat cernendo heres fieri si supererant dies centum, quia spatium centum dierum ei datum est ad decernendum de hereditate, ut interim liceat ei pœnitere, si initio forte repudiaverit, vel si initio forte adierit, quandiu supersunt centum dies, aut ex eo tempore dies aliquot. Et hujus rei est auctor Ulp. in *lib. reg. t. 22.* his igitur casibus exceptis, extraneus heres, qui repudiavit, neque suo jure, neque beneficio restitutionis postea adire, vel amplecti bona potest: & notandum hac in re differentiam esse inter extraneum, & suum heredem. Nam suus heres etiam major 25. annis, qui repudiavit bona patris, postea se bonis immiscere potest, eaque amplecti, si res sit integra, id est, si nondum bona venierint, *l. si quis suus, ff. de jur. del.* nec necesse habet petere restitutionem in integrum eo nomine: sed si res sit integra, suo jure redire potest ad bona patris, quæ repudiavit: Quod Justinianus ita limitat in *l. ult. hoc tit.* ut si suus heres sit major 29. annis, id est, si excesserit quadriennium, quod post impletos 25. annos, datur ad petendam restitutionem in integrum, ut *l. ult. supra, de temp. in integ. restit.* & res sit integra, intra triennium, ut dixi, tantum possit redire ad ea bona, quæ inconsulto repudiavit, vel si sit minor annis 29. æque impleto anno 29. intra triennium ad eadem bona redire potest: & hæc est sententia *l. ult.* nec quicquam restat, quam ut exponamus *l. 3. hoc tit.* & ut intelligatur, cum ea sunt conjungendæ 4. *leges l. 1. sup. de repud. bon. poss. l. 4. sup. de postul. l. transactio, sup. de transact. & l. si filius, de pet. hered.* una fuit constitutio, quæ fuit discissa in 5. partes; quod inscriptio & subscriptio eadem judicat, quo argumento & artificio utimur sæpe in constitutionibus interpretandis, & invenio eodem uti Thalelæum in libro 45.

Basilicῶn, dum ducta conjectura ex inscriptione & subscriptione, conjungit *l. si quæ mulier, inf. ad Tertull.* cum *l. 1. sup. de secund. nupt.* porro ex conjunctione earum 5. *ll.* sive partium unius ejusdemque constitutionis, intelligimus esse differentiam inter filium præteritum, & emancipatum, quod filius suus præteritus injustum faciat testamentum statim ab initio, *l. 3. §. ex his, D. de injust. rupt.* Emancipato autem præterito, testamentum valet, sed rescinditur per bonorum possessionem contra tabul. Quam tamen si emancipatus semel repudiaverit, rursus ad eam redire non potest, nec si dicat bonorum poss. in jure repudianti advocatum sibi non adfuisse, non potest hoc colore redire ad bonorum possessionem, quam repudiavit per causam absentiæ advocati sui, non potest ad quæstionem jam finitam reverti: hoc est quod ait *l. 1. sup. de rep. bon. poss. & l. 4. sup. de post.* Suus quoque heres non potest reverti regulariter ad hereditatem, quam repudiavit, nisi sit res integra, & intra triennium, ut dixi supra: verum quæso quid sit dicendum si suus heres miscuerit se bonis, atque ita adquisiverit hereditatem parentis, an postea ab hereditate recedere potest? an repudiare eam? ut utique videtur se miscuisse, si diu possedit bona, ut in *d. l. si filius, sup. de pet. hered.* filius videtur miscuisse, & agnovisse hereditatem patris, si injustum testamentum dixerit, in quo fuit præteritus, & egerit adversus heredem scriptum de hereditate: ergo & hoc casu eam hereditatem repudiare non potest. At finge, quæ est species *l. 3.* post motam litem de hereditate, filius in jure professus est transigendi animo, decidendæ litis causa, se eam hereditatem ab herede scripto non petiturum, quo genere videtur repudiasse hereditatem, & recte: quia in jure professus est. Sed repudiatio nullius est momenti, quia quod adquisitum est, repudiari non potest. Transactio etiam nullius momenti est, quia qui discedit a lite transigendi animo, si nihil ei detur, vel promittatur, vel si ipse nihil retineat ex bonis, de quibus transigit, transactio nulla est, & qui ita transigit, nihil agit. Nam transactio gratuita nulla est, quæ fit, ut facta est in proposita specie, nullo dato, vel retento, vel promisso, ut ait *h. l. 3.* Quod etiam repetitur in *d. l. transactio, sup. de transact.* Ergo in hac specie, neque transactio, neque repudiatio valet: si pacisceretur donandi animo, non transigendi se non petiturum, valeret pactio; sed non ea mente pactus est, sed transigendi causa, nullo dato, vel promisso, vel retento: Non valet ergo: neque repudiatio valet, neque transactio, & addamus ad hæc ex *l. 1. & 2. hoc tit.* In suum heredem, qui se abstinuit bonis, sive se abstinuerit suo jure, vel beneficio ætatis restitutus, creditoribus hereditariis non dari actionem, *l. necessariis, D. de acqu. hered.* neque in fidejussores ab eo datos, *l. 88. D. eod. tit.* & ita in *l. 1.* ait, *si paterna hereditate te abstinuisti, ex persona patris conveniri te procurator meus prohibebit.* Ideo ait *procurator meus*, quia filius, qui se abstinuerat, conveniebatur a fisco, ex nomine a patre cum fisco contracto. Ergo judex competens, qui est, nunquam feret, ut conveniatur ex persona patris filius, qui se abstinuit, sed exigimus omnino ut non sit ficta abstentio, ut absit fraus & simulatio omnis, nam, quod maxime notandum, si filius, qui se abstinuit bonis patris verbo tenus, per suppositam personam clanculum emat bona patris, quæ forte a creditoribus distrahuntur, perinde tenetur ac si miscuisset se, *l. si is qui bonis, D. de acquir. hered.* quia bona fide rem gessisse non videtur, qui per suppositam personam emit: & ita etiam in specie *l. sicut, §. supervacuum, D. quibus modis pignus vel hyp. solv.* Si creditor hypothecarius permittat debitori vendere hypothecam, sane solvitur hypotheca. Sed si vendita hypotheca debitor, cui venditio permissa est a creditore, eam repossideat, ut est recte scriptum Florentiæ, & in Basilicis, ἐὰν ἔλθῃ πάλιν εἰς τὸν χρεώστην, id est, *si post venditionem per interpositam personam fecerit debitor, ut mox eam rem repossideat*, jus hypothecæ solutum esse non intelligitur, quoniam non id fecit debitor, quod permiserat creditor, & ita etiam in 1. oratione Demosthenis adversus Onetorem: Καίτοι δεινὸν τῶν μὲν λέγειν ὡς ἀπετετιμήσατο τὸ χωρίον, τῶν δ᾽ ἀποτετιμηκότα φαίνεσθαι γεωργοῦντα, id est, *non est consentaneum, ut qui dicit se prædium dedisse, & tradidisse pignori, eum tamen postea videri id prædium possidere, & excolere: non potest fieri sine simulatione & fraude aliqua.* Igitur filius, qui se abstinuit, pro eo est, ac si non se abstinuisset, si mox per suppositam personam emerit bona patris, sed si palam & bona fide, veluti ex auctione ipse emerit a prioribus creditoribus patris fundos pignori obligatos, rata emptio est, & a posterioribus creditoribus patris, qui ut ait *l. 2. hoc tit.* sub iisdem obligationibus, id est, sub iisdem pignoribus patri pecuniam crediderunt, non potest conveniri actione hypothecaria, oblata pecunia debita prioribus creditoribus, a quibus fundos emit: denique posteriores non habent jus auferendi filio, qui emit bona patris, quoniam abstinuit se, & res palam gesta est bona fide: in *l. 2. h. t.* non fuit abstentio simulata, non est etiam emptio simulata, ut ostendit *l. 1.* si filius, qui se abstinuit habitet in domo patris non ut heres, sed ut inquilinus, id est, conductor, *l'ayant prise à louage*, vel ut custos, id est, insularius, *comme concierge*, ideoque etiamsi habitet in domo hereditaria ut inquilinus, vel custos, non tenetur ex persona patris, quia non videtur se pro herede gerere. Pro herede gerere non tam est facti, quam animi. Et ita etiam confectio inventarii (de qua diximus heri, quod notandum est) non est idoneum argumentum aditæ, vel agnitæ hereditatis, vel pro herede gestionis. Nam & qui deliberat, quandoque inventarium conficit, ut *l. ult. §. sin autem hoc, sup. tit. prox.* & ad confirmationem horum omnium, quæ dixi, adferam constitutionem Antonini ex *lib. 3. Codicis Gregoriani*, quæ nondum est edita.

Imperator Antoninus Augustus Julio.

Si paterna hereditate abstinuisti, & a paternis creditoribus conveneris: secundum juris formam tueri te potes. Si vero permiscuisti te hereditati, nec ætate permittente in integrum restitutus es, ut abstinendi jus haberes, intelligis te omnibus creditoribus hereditariis debere respondere. PP. 3. Cal. Septemb. Antonino Aug. Cons.

AD TITULUM XXXII.

QUEMADMODUM TESTAMENTA APERIANTUR, INSPICIANTUR, ET DESCRIBANTUR.

AUT tabulæ testamenti aperiuntur, & publicantur, & insinuantur apud acta vivo testatore, in urbe apud magistrum census, qui habet jus actorum publicorum conficiendorum, & in provinciis apud præsides, ut scilicet tabulis testamenti major accedat fides, ut in *l. 2. 18. & 23. sup. de test.* Aut aperiuntur post mortem testatoris, ut innotescant heredibus, & legatariis, & fideicommissariis, & servis manumissis, & fisco, cui vicesima hereditatis debebatur, de qua dicemus tit. seq. vel aliis, quorum interest inspicere, & describere tabulas testamenti, aut partem earum, & ex l. Julia & Papia heres non poterat adire hereditatem ante apertas tab. testamenti, ante insinuationem testamenti, ut in *l. cum antiquioribus, l. ult. §. sin autem dubius, & §. in computatione, sup. de jure delib.* nisi forte esset heres scriptus ex asse, ut *l. multum, D. de cond. & demonst. l. 1. §. ult. D. de juris & fac. ignor.* & ex iisdem legibus Julia & Papia, dies legatorum, vel fideicommissorum non cedebat ante apertas tabul. verum hodie ex constitutionibus Justin. restitutum & reductum est jus antiquum, quod obtinuit ante l. Jul. & Pap. ut heres, sive sit ex asse scriptus, sive ex parte, possit adire hereditatem statim a morte testatoris, etiam clausis tabulis testamenti; & similiter, ut dies legatorum, & fideicommissorum cedat statim ante apertas tab. *l. un. §. cum igitur, & §. in novissimo, inf. de cad. toll.* & hoc in extraneis heredibus, quibus solis est necessaria aditio: Nam in necessariis heredibus, id est, servis cum libertate institutis, & in suis here-

heredibus hoc semper obtinuit, ut heredes existerent statim a morte testatoris, etiam ante apertas tab. *l. 3. sup. de jure del. l. ex parte, D. de adq. hered.* Et idem postea a Theodosio datum est liberis testatoris non necessariis heredibus, ut scilicet intelligantur parenti heredes extitisse statim a morte in hoc, ut etiamsi ipsi moriantur ante apertas tabulas, & ante aditam hereditatem parentis, eam nihilominus transmittant ad liberos, non ad quoscunque heredes extraneos, *l. un. inf. de iis qui ante ap. tab. aperire* autem h. t. non tantum est tabulas testamenti patefacere naturaliter, id est, clausas recludere, & resignare, rupto vel inciso lino, quo colligatæ sunt, ut in *l. 3. §. aperire, D. de SC. Syll.* Sed hoc loco *aperire*, est etiam civiliter aperire, id est, secundum leges & mores civitatis, in qua fit apertura testamenti, *l. 2. h. t.* solemni quodam ordine, qui plerunque explicatur præsente magistratu, in foro, vel in Basilica, claro lumine, id est, inter horam secundam & decimam, ut ait Paulus 4. *Sentent. t. de vicesima*: quod hodie est secundum rationem, qua apud nos horæ numerantur, inter horam 8. & 4. pleno, differto foro, & adhibitis testibus, qui testamentum signaverunt, aut majore parte eorum, ita ut agnoscant signa sua, confitentes esse sua, & agnitis signis mox resignetur testamentum rupto lino, & recitetur palam, atque ita inspiciendi, & describendi, sive exempli sumendi fiat potestas heredi, vel legatario desideranti testamentum describere, vel alii cujus interest, & quod descripserit, etiam conferendi, & recognoscendi, ne quod mendum in exemplo resideat: post descriptum, & recognitum, factum testamentum publico signo a magistratu obsignatum, reponitur in archiis civitatis, & hæc ostenduntur in *l. 4. & 6. & 7. D. eod. tit.* Et in sententiis Pauli *sup. lib. & tit.* & notandum, quod si aliquis ex testibus non cognoscat signum suum, sigillum suum, & quod ostenditur neget esse suum signum, suspectas quidem ea res facit testamenti tabulas: sed non ideo minus aperiuntur, ut sint usui ei cujus interest, qui eas desiderat aperire, *l. 1. §. ult. D. eod. tit.* notandum etiam est ex *d. l. 7.* Si quis ex testibus, & signatoribus testamenti absit, vel si omnes absint peregre, ad eos mitti debere tabulas testamenti, ut sigilla sua & manus cognoscant: nam cognoscendi signi sui manusve suæ causa, omnes non debere revocari, quia ut ait elegantissime d. l. 7. & notandum est valde, *cum magno sæpe incommodo, & detrimento a rebus nostris revocamur, & iniquum est officium, quo functi sumus in signando testamento alieno, nobis esse damnosum.* Ergo qui postulat aperiri tabulas testamenti, non debet nos revocare a negotiis nostris, sed debet ad nos mittere tabulas, ut signa nostra noscamus: neque quidquam obstat huic sententiæ *l. 3. §. hoc interdictum, D. de tab. exh.* quæ ait, tab. esse exhibendas apud prætorem, ut ex auctoritate ejus signatores, id est, testes testamentarii veniant, non etiam mittantur ad eos ad recognoscenda signa sua, & addit, non obtemperantes jusso prætoris, non venientes, etiam coerceri posse a prætore, contumaciam eorum esse plectendam. Sed nihil est, quod facilius expediri possit. Loquitur ille §. de præsentibus testibus, l. 7. de absentibus peregre, qui non possunt sine magno detrimento negotia sua derelinquere, quæ gerunt peregre, quod si forte absentibus omnibus testibus, aliqua urgeat necessaria causa, quam primum aperiri tabulas testamenti, ita ut non possint ad singulos mitti tabulæ ad recognoscenda sua, quid fiet? tum adito prætore, vel præside pro tribunali, vel per libellum, præsentibus honestis viris, id est, optimæ opinionis & integerrimæ famæ, tabulæ aperiuntur, & earum inspiciendarum fit copia ei cujus interest, atque describendarum: & post descriptum, & recognitum, rursus ab iisdem honestis viris obsignetur: tum deinde mittantur ad testes, ut cognoscant sigilla sua libere, neque arctentur nimis: ergo post factam aperturam testamenti, cum ea desideraret celeritatem, & rursus obsignatum testamentum, non ideo minus testes, qui abfuerunt, signa sua debent recognoscere, ut videatur apertura facta legitime, & hoc etiam ostenditur in *d. l. 7.* in *l. 2. h. t.* ergo præsentibus honestis viris, cum illi absunt, fit apertura testamenti, deinde inspectio, quo nomine significatur etiam lectio, nam frustra inspicias, nisi legas, in *l. 2. §. inspectio, D. eod.* & post inspectionem, & lectionem fit descriptum: descriptum dicit *d. l. 7.* ut *l. Prætor, §. ult. D. de edendo.* Quod Græci vocant *ἀντίγραφον*, & *ἀπόγραφον*, & ita in antiqua inscriptione Canusina, descriptum, & recognitum factum in pronao æde Martis: Sic loquitur *l. 7.* unde dicitur, *le prone*, quod fieri solebat in pronao Ecclesiæ, & notandum quod ait l. 2. ut fiat apertura testamenti, adiri prætorem, vel præsidem pro Tribunali, vel per libellum, *par requeste*, per libellum, si effectum rei inspicias, id est, de plano transeunte prætore, *en son chemin*, e solo, e plano, eo non sedente pro tribunali, quoniam hæc res non desiderat causæ cognitionem, non desiderat decretum prætoris, vel præsidis: quid est decretum? est sententia, quæ sequitur causæ cognitionem, decretum non potest interponi de plano, sed tribunal exigit, & sellam prætoris, *l. 9. §. ubicumque, D. de off. proc.* & ita dicitur excusationem tutelæ eum, qui se excusat, posse contestari pro tribunali sedente prætore, *πρόβημματος*, vel etiam per libellum, *χαμόθεν*, quod non est, ut vult Augustinus, supplici prece, *se mettant a genoux*, sed *χαμόθεν*, id est, de plano, ex transitu, *ἐμπεδὸν*. Contestatur ergo excusatio etiam de plano, sed non recipitur nisi pro tribunali, hoc non potest expediri per libellum, *l. 13. §. penult.* conjuncta *l. 25. de excus. tut.* Et ita aperturam testamenti l. 2. ait fieri præsente magistratu, etiamsi non sedeat pro tribunali. Denique ei magistratus auctoritatem accommodare etiam per libellum, & de plano, in transitu, in processu. At nunc notandum est, non semper ei, qui desiderat inspicere tabulas testamenti, dari copiam inspiciendarum omnium partium testamenti. Primum ea tantum pars inspicienda est, quæ ad eum pertinet, & totum, si totum ad eum pertineat: verum semper excipienda est ea pars testamenti, quam testator vetuit aperiri & inspici, cui superscripsit ne aperiretur, *l. 3. h. t.* Et hoc solent plerique testatores superscribere tabulis pupillaribus, id est, substitutioni pupillari, quam seorsum obsignaverunt, ne aperirentur, videlicet ne quis sciat, quis sit pupillo substitutus, ne substitutus insidietur vitæ pupilli, *§. sin autem, instit. de pup. subst.* Imo etsi testator nominatim non vetuerit aperiri tabulas pupillares, tamen si eas seorsum signatas reliquerit proprio lino, propriaque cera, tacite videtur vetasse ne aperirentur. Ac proinde licet sint pars testamenti principalis, tamen non aperientur, nisi causa cognita a prætore, propter quam quis eas aperiri vult, *l. pupillares, D. eod.* excipienda etiam semper est ea pars testamenti, quæ pertinet ad ignominiam alicujus, veluti pars exheredationis filii. Nam exheredatio est ignominia, quæ etiam quandoque fit cum convicio, cum elogio infami, *l. 3. D. de lib. & post.* ac similiter præteritio ignominia est, *l. quidam, inf. de fideicommiss.* nihil autem attinet inspicere eam partem, quæ pertinet ad infamiam alterius, nec honestum est desiderium postulantis eam partem inspicere, quæ alteri dedecori est, *l. 3. h. t.* ex qua etiam *l. 3.* notandum maxime est, eum, qui desiderat tabulas exhiberi, & aperiri, non audiri, nisi juret de calumnia se non desiderare frustra & inutiliter vexandi tantum illius gratia, penes quem sunt tabulæ testamenti, sed quod maxime e re sua sit aperiri tabulas, ut eis utatur in controversia aliqua pendente ex his tabulis, quam non potest persequi non cognitis & inspectis verbis testamenti: debet ergo primum se purgare de calumnia. Et notandum etiam ex eadem *l. 3.* nunquam cuiquam dari potestatem ut describat diem & consulem testamenti, ut in *l. 2. §. diem, D. eod. tit.* non valebat testamentum jure civili, jure solemni, in quo non esset adjectus dies & consul. Quod nominatim scribit Joannes Chrysostomus in Homil. 3. de verbis Esajæ. *Vidi dominum, &c.* Et quod circumfertur fragmentum Modestini in hæc verba: *Cum in testamento*

dies & conſul adjecti non ſunt, nihil nocet, quo minus valeat teſtamentum, hoc verum eſſe poſſit jure prætorio, non jure ſolemni. Ideo autem nulli patet facultas deſcribendi conſulis & diei teſtamento adſcripti, ne quid excogitet falſi: *inſpectio*, inquit Fabius, *ipſa etiam ſæpe falſum deprehendit, & ut inſpectio falſo deprehendendo materiam inſtruit, & fabricando ſæpe etiam falſo*. Nam cognito die & conſule; poſſet quis proferre diem confecto alio teſtamento, vel confecto codicillo, quo aliquid teſtamento relictum adimatur, & deſcripto die poſteriore, multum igitur intereſt ne edatur dies & conſul, ne ex eo excogitetur aliquid falſi, & prolato die fiat. Quod obtinuit in omnibus inſtrumentis, quæ a nobis edi deſiderantur, ut edantur ſine die & conſule, *l. 1. §. edit. D. edendo*, unum tantum reſtat, ut adnotemus, hunc tit. loqui de teſtamento, *quemadmodum teſtamenta aperiantur*. Titulus ait *teſtamento*, ſed pertinet etiam ad omne id, quod pertinet ad cauſam teſtamenti, ut puta, ad codicillos, *l. ult. h. t. l. 1. §. hoc interdictum, D. de tab. exhibendis*, & ad ſubſtitutionem pupillarem, niſi vetuerit teſtator eam aperiri, *l. 2. §. ad cauſam, D. eod. tit.* & ad libellum quoque, quem reliquit defunctus, ſi aliquatenus pertineat ad ſupremam ejus voluntatem, *l. 1. in princip. D. de tab. exhib.* & ad epiſtolam fideicommiſſariam, quæ eſt imitatio codicilli, *l. cum quis, §. pater, D. de l. 3.* & generaliter ad omnem ſcripturam teſtamenti, etiam imperfectam, nam & vitioſum & vitiatum teſtamentum quandoque inſpicere expedit, & recte *l. 2. h. t. Ejus, quod ad cauſam teſtamenti pertinet*, quæ fuerunt verba prætoris non tantum in interdicto de tabulis exhibendis, quo tenetur is, qui negat penes ſe eſſe id, quod ad cauſam teſtamenti pertinet, in id quod intereſt, atque etiam in remedio extraordinario, quo is, qui non negat penes ſe eſſe tabulas teſtamenti, vel id, quod ad cauſam teſtamenti pertinet, omnimodo viribus prætoris id exhibere compellitur *in l. 2. §. ult. D. eod. tit. & l. 1. §. 1. D. de tab. exhib.*

AD TITULUM XXXIII.

DE EDICTO DIVI ADRIANI TOLLENDO, ET QUEMADMODUM SCRIPTUS HERES IN POSSESSIONEM MITTATUR.

POST aperturam, & recitationem teſtamenti, de qua eſt tit. ſuperior proximus: poſt aperturam, inquam, & recitationem teſtamenti rite perfectam, ſolet heres ſcriptus mitti in poſſeſſionem rerum hereditariarum, quas mortis tempore teſtator poſſedit. Nam in poſſeſſione earum rerum, quas alius ex juſta cauſa poſſedit, non teſtator, non ante mittitur in earum poſſeſſionem, quam egerit petitione hereditatis cum poſſeſſore, vel rei vindicatione: ergo in eas tantum res ſtatim poſt mortem teſtatoris, aut in earum tantum rerum hereditariarum poſſeſſionem ſtatim mittitur, quas liquido conſtat teſtatorem mortis tempore poſſediſſe, *l. 3. h. t.* Et ſimiliter Paulus *3. ſentent. tit. 5. in fine: in poſſeſſionem*, inquit, *earum rerum, quas mortis tempore teſtator non poſſedit, heres ſcriptus priuſquam jure ordinario experiatur, improbe mitti deſiderat:* ergo debet prius agere jure hereditario, id eſt, petitione hereditatis adverſus poſſeſſorem rerum, vel actione in rem, quam deſideret extra ordinem ſe mitti in earum poſſeſſionem excluſo poſſeſſore: & fiebat hæc miſſio in poſſeſſionem ex edicto D. Adriani, atque ideo beneficium edicti conditi a divo Adriano appellatur in *l. 26. Cod. Theod. quorum appellationes non recipiantur:* quia qui heredis beneficio utitur, neceſſe non habet petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, vel ſecundum nuncupationem, quam tamen ſi elegerit, & amplecti maluerit, hoc beneficium amittit, ut *l. ult. Cod. Theod. de teſtam.* & *in Nov. 1. Juſtiniani*. Et præterea ex edicto Divi Adriani heres ſcriptus ſtatim poſt mortem teſtatoris, & poſt apertas, & recitatas tabulas teſtamenti, agnitamque hereditatem mittitur in poſſeſſionem rerum hereditariarum (& hoc eſt beneficium edicti) quas teſtator poſſedit, etiamſi teſtamentum dicatur eſſe falſum, vel irritum, vel ruptum, vel nullum, vel inofficioſum, ſalva tamen eorum manente diſceptatione, an ſit falſum, vel irritum, vel ruptum, vel inofficioſum, vel nullum. Sed interim dum de eo diſceptatur, is, quem patet eſſe ſcriptum teſtamento heredem, protinus mittitur in poſſeſſionem rerum hereditariarum, quas teſtator poſſedit, *l. 2. hoc tit.* & Paulus *in ſententiis ſuprad. lib. & tit.* & ab ea quoque miſſione in poſſeſſionem non eſt appellatio, non eſt provocatio, id eſt, non admittitur adverſarius appellans a decreto miſſionis in poſſeſſionem, quo placuit heredem ſcriptum protinus mitti in poſſeſſionem, *l. quiſquis, in fine, quorum appellationes non recip. l. ult. D. de appell. recip.* Et ſic poſtulatur ab herede ſcripto miſſio in poſſeſſionem ubi ſunt res hereditariæ, & corpora hereditaria, quæ poſſidere vult auctore judice, *l. un. ſup. ubi de hered. agit. & ubi heres ſcriptus in poſſeſſ. mitti poſt. deb.* cum autem plures ſunt, inter quos eſt controverſia, quod evenit frequentiſſime, qui volunt mitti in poſſeſſionem rerum hereditariarum, quas teſtator habuit, & tenuit ſæpe magna contentione, quæritur uter præferri debeat, uter potius mitti debeat interim in poſſeſſionem, dilata quæſtione principali de hereditate? ſane ſi inter inſtitutum & ſubſtitutum ſit controverſia; quod evenit frequentiſſime. Nam & ſubſtitutus aliquando excludit inſtitutum, ut in ſpecie *l. ult. ſup. de neceſſ. hered. inſt. & l. ſi is qui ſolvendo, l. 57. D. de hered. inſtit.* licet inſtitutio valeat, & inſtitutus adierit, vel adire voluerit; ſunt caſus ſingulares, quibus inſtituto præfertur ſubſtitutus contra ſeriem teſtamenti, & aliquando etiam ſubſtitutus admittitur in partem hereditatis, ut in ſpecie *§. ult. inſt. de vulg. ſubſt.* & jure veteri, ut Ulpianus ſcribit *lib. reg. tit. 22.* herede ſcripto cum cretione, non cernente, ſed pro herede gerendo, ſubſtitutus in partem admittebatur, ſubſtitutus deſtringebat ei partem, quod non crevìſſet, uti in teſtamento præſcripſerat teſtator, ſed pro herede gerendo hereditatem adquirere maluiſſet: unde & in ſpecie *l. verbis, D. de vulg. ſubſt. & l. Lucius, D. de hered. inſt.* non immerito dubitatur, an ſubſtitutus veniat in partem hereditatis, quoniam hoc ſæpe contingit, ut abradat ſubſtitutus inſtituto partem hereditatis. Cum vero eſt iſta controverſia inter inſtitutum & ſubſtitutum, & quæritur uter potius debeat mitti in poſſeſſionem ex edicto D. Adriani, quæ miſſio expedienda eſt celeriter, dilata quæſtione principali in largius tempus, melius eſt, ut præferatur is, qui primo loco ſcriptus eſt, itaque inſtitutus mittetur potius in poſſeſſ. quam ſubſtitutus, donec de eorum jure liqueat, & hæc eſt ſententia *l. 1. h. t.* quæ exſtat etiam apud eundem Paulum *eod. lib. & tit.* Si inter heredem inſtitutum & ſubſtitutum, inquit, controverſia ſit, magis placet eum mitti in poſſeſſionem rerum hereditariarum, qui primo loco ſcriptus eſt, primoque gradu, neque refert ſubſtitutus quis ſit directo, an per fideicommiſſum: Nam heres inſtitutus ante reſtitutam hereditatem ex fideicommiſſo, potius mittitur in poſſeſſionem rerum hereditariarum, quam fideicommiſſarius Trebellianicus, quæ eſt ſententia *l. filiam, D. ad Treb.* quæ pertinet ad edictum Divi Adriani, & generaliter, ut definit *l. 3. hoc tit.* quoties inter aliquos eſt controverſia, ea diſcuſſa ſummatim, & exactiori diſputatione dilata in aliud tempus, debet judex mittere in bonorum poſſeſſionem eum, qui potiora jura habere videtur, *l. 3. h. t.* Hodie heres ſcriptus mittitur in poſſeſſionem, non ex edicto D. Adriani, quod titulus declarat eſſe ſublatum, ſed ex conſtitutione Juſtiniani, id eſt, ex *l. 3. h. t.* videamus quid diſtet edictum D. Adriani a Juſtiniani conſtitutione, non idem utriuſque conſtitutionis fuit ordo, non idem jus. Primum ex edicto D. Adriani heres ſcriptus miſſionem poſt annum impetrare non poterat.

terat, ut indicat hæc lex. 3. Et definit aperte Paulus in suprad. loco ex constitutione Justiniani etiam post annum impetrat missionem, imo nec postulanti heredi scripto missionem ulla obstat præscriptio longi temporis, quod maxime notandum ex l. ult. atque ita imitatur missio petitionem hereditatis, quæ etiam est actio perpetua, *l. hereditatis, sup. de petit. hered. l. 21. in quib. caus. cessat longi temp. præsc.* tollitur tamen petitio hereditatis præscriptione 30. annorum. Nam hæc præscriptio perimit omnia, & hæc dicitur peremptoria, quæ dicitur a Cassiodoro *patrona humani generis*. Ergo heres scriptus, postulans missionem, similiter non excluditur præscriptione longi temporis, id est, 10. vel 20. annorum, sed excluditur præscriptione 30. annorum, vel etiam usucapione, si rei hereditariæ, aut quarundam rerum hereditariarum dominium possessor, quem vult heres scriptus B repellere missione in possessionem, acquisierit usucapione. Quod etiam declarat l. 3. quia enim quæstio principalis, quæ est de dominio, usucapione perimitur, vel præscriptione 30. annorum, quia petitio hereditatis perimitur præscriptione 30. annorum, sequitur necessario perimi jus missionis in possessionem: *Qui n'a point de droict, au principal, n'en a point aux dependances*, & hoc argumento etiam utitur hæc l. 3. Sed notandum est, heredem scriptum non aliter mitti in possessionem, quam si testamentum proferatur, & publice recitetur; præcedit enim apertura, & recitatio testamenti, sequitur missio: ut inde appareat quam apte h. t. sequatur superiorem, qui est de apertura, & recitatione testamenti; non fiet igitur missio, nisi prolatum sit testamentum, & apertum, & recitatum, & nisi etiam inventum fuerit inte- C grum, atque perfectum, non abolitum, non cancellatum, ut ait l. 3. non ulla ex parte vitiatum, sive corruptum, non imperfectum, sed quod habeat signa, & subscriptiones 7. testium, & uno verbo, quod sit legitime formatum. Nam ex eo testamento, quod legitime conceptum est, atque conscriptum, heres scriptus in eo, protinus inducitur in possessionem rerum hereditariarum, quas testator possedit mortis tempore ex auctoritate judicis, mittitur in possess. per officiales judicis, per publicas personas, & hoc est quod ait *l. 3. & eas cum testificatione publicarum personarum*, id est, officialium prætoris, aut præsidis accipiat; nec quicquam interest heres sit scriptus ex asse, an ex parte: nam & scripto ex parte datur missio in possess. *l. filiam, D. ad Trebell.* Præterea edicto Divi Adriani occasionem dedit lex Julia, quæ proprio D nomine *lex vicesima hereditatum, vel hereditatium*, appellatur. Et ex veteribus initio l. 3. sic est legendum, edicto Divi Adriani, quod sub occasione vicesimæ hereditatum introductum est. Et paulo post, quia vicesima hereditatum ex nostra recessit repub. *antiquatis*, non *antiquitatis*, ex eadem lege vicesimis hereditatum: fisco debetur vicesima pars omnium hereditatum, quæ nobis ab extraneis obveniunt: tempore Augusti onera Imperii, quæ erant gravissima ob præterita civilia bella, coegerunt vectigal vicesimæ institui, sicut & caduca institui coegerunt: caduca legata, caducas hereditates certis ex causis, & fuit specialis quidam procurator Cæsaris, & dicebatur procurator vicesimæ hereditatum sæpe in antiquis inscriptionibus, *procuratori vicesimæ hereditatum*. Et etiam in *l. sed si accepto, D. de jure fisc.* & in inscriptione E *l. 1. inf. de usur. rei judic.* procuratoribus hereditatum, & apud Scribonium Largum medicum, inter Tiberii libertos *supra hereditates*: huic autem præstationi vicesimæ erant tantum obnoxii extranei heredes, non sui heredes: Plinius in Panegyrico Trajani his verbis; *vicesima reperta est*, inquit, *tributum tolerabile, & facile heredibus duntaxat extraneis, domesticis grave. Itaque illis irrogatum est, his remissum videlicet, quod manifestum erat quanto eum dolore laturi, seu potius homines non laturi essent, destringi aliquid, & abradi bonis, quæ sanguine, gentilitate sacrorum, denique societate meruissent, quæque non ut aliena & speranda, sed ut sua semper possessa, ac deinceps, proximo cuique transmittenda cepissent*. Nam multa tradit de vice-

A sima illo loco, & ostendit tantum immunitatem vicesimæ Trajanum dedisse liberis quibuscunque, etiam emancipatis, qui non sunt sui heredes, & parentibus etiam cujuscunque gradus, & fratribus, & sororibus, quæ immunitas postea data est omnibus heredibus. Nam, ut ait in h. l. 3. vicesima hereditatum recessit ex repub. & postquam Plinius illo loco multa retulit de vicesima hereditatum, & liberalitate Trajani, qui eam remisit omnibus liberis, & parentibus, & fratribus edicto suo, subiicit: *Additum est*, inquit *ut qui ex ejusmodi causis in fidem edicti vicesimam deberent, nondum tamen intulissent, non inferrent*. Quid est illo loco *in fidem edicti*: facile est animadvertere mendum esse, cujus etiam correctio facillima, ut mirer non animadverti. Nam legendum est, *in diem*: remisit, inquam, vicesimam in diem edicti, quæ B debebatur fisco. Quæ remissio Trajani, & indulgentia reliquorum, maxime vicesimæ in diem edicti sui, commendatur etiam in antiquis inscriptionibus, & antiquis numismatibus: vetus inscriptio sic habet. IMPERATORI TRAJANO, QUOD OMNIUM PRINCIPUM, ET SOLUS REMITTENDO SESTERTIUM NOVIES MILLIES, ET SEPTENA MILLIA NUMMUM DEBITUM FISCI NON PRÆSENTES MODO, SED ET POSTEROS PRÆSTITIT HAC LIBERALITATE SECUROS, & in antiquo numismate Trajani, RELIQUA SESTERTIUM NOVIES ABOLITA, id est, novies millies centena millia: neque est prætermittendum ex l. Julia non tantum deberi vicesimam hereditatum fisco, sed etiam legatorum ab extraneis relictorum: nam ita scripsit Dion 55. τὴν εἰκοστὴν τῶν τεκλήρων ϗ τῶν δωρεῶν, id est, C *vicesimam & legatorum & hereditatum*. Δωρεὰς enim semper Dion legata vocat, & omnino de hoc onere vicesimæ accipiendam esse opinor *l. 2. sup. de transact.* hoc modo: frater transegit de hereditate patris cum sorore, ita ut ille retineret hereditatem, corpora omnia hereditaria, & sorori certam pecuniam numeraret. Is frater veluti heres ex asse solvit fisco: quid? nisi vicesimam, an quasi plus debito solverit, potest repetere quod solvit, quod integram vicesimam solvit, qui habuit sororem coheredem, ait non posse petere, cum ex transactione teneat omnia corpora hereditaria, & ita de hoc vectigali est accipienda *l. filiusfam. §. Divi, D. de leg. 1.* Si testator prohibeat alienare bona hereditaria, ut potest, ne exeant de familia; hæc prohibitio, inquit, non potest esse fraudi fisco: hoc quid sit, quærunt alii, qui sunt imbuti ab interpretibus. D Sed manifestum est Jurisconsultum loqui de illa prohibitione, quæ non est fraudi fisco, sicut non est etiam fraudi creditoribus, quo minus pignora distrahant. Ultimum hic est ut adnotemus, ad hanc legem vicesimam hereditatum pertinuisse edictum D. Adriani, quod fuit etiam de aperiendis tabulis testamenti, quod indicat *l. ult. D. de appel. recip.* Ac deinde mittendo herede scripto in possessionem, & voluit Adrianus tabulas aperiri confestim post mortem testatoris intra 3. vel 5. dies, si heredes præsentes essent, quod si absentes essent, eis dedit itineri peragendo in vicena millia passuum singulos dies, ut ita reversi mox intra dies tres, aut 5. tabulæ aperiantur, ne fiat mora necessario vectigali, id est vicesimæ, ut ait eleganter Paulus 4. *sent. tit. de vicesima in fine*.

E

AD TITULUM XXXIV.

SI QUIS ALIQUEM TESTARI PROHIBUERIT, VEL COEGERIT.

FISCI, aut vicesimæ hereditatum fisco debitæ ab extraneis heredibus mentio facta in tit. superiore, nos vocat ad alias species, quibus etiam fisco aditus patet ad hereditates, & bona defunctorum, & ut superioris tituli origo proficiscitur ex una constitutione, sive edicto Divi Adriani, ita & istius tit. causa, & origo manat ex alia constit. ejusdem Imperatoris, ut ostendit *l. 1. D. eod. tit.* quæ quidem hoc vult, ut qui dum captat hereditatem

tem legitimam ab intestato prohibuit volentem facere testamentum ne faceret, vel qui cum esset heres scriptus priore testamento, prohibuit volentem mutare testamentum per vim, aut dolo malo ne mutaret, ut si impediverit ne testes introirent, ne testamentarius, id est, scriptor testamenti, qui exciperet testamentum dictante testatore, vel Eunomio (Eunomius dicebatur scriptor testamenti) ingrederetur, ut ei velut indigno auferatur hereditas legitima, sive testamentaria, & caduca fiat, id est, ut redigatur in fiscum, *l. 2. h. tit.* Et ut redigatur in fiscum igitur cum suo onere: nam hoc est perpetuum, caduca fieri cum suo onere. Ideoque libertates, & legata, & fideicommissa ab eo data, ex cujus persona hereditas caduca fit, salva esse, & præstari a fisco debere, *l. quidam, §. quotiens, D. de leg. 1. l. cum fisco, D. ad Senatusc. Syllan. l. in facto, §. ult. D. de cond. & dem. l. cum fecundis, §. ult. D. de iis quibus ut indign.* & ita in proposita specie, caducam hereditatem fieri cum suo onere proditum est in *l. 2. §. ult. D. eod. tit. & l. 3. §. ult. ad Treb.* Finge: is, qui prohibuit testatorem mutare testamentum, quod esset scriptus heres in priore, si in priore testamento rogatus sit eam hereditatem restituere alteri, caduca fit hereditas cum onere fideicommissi, & restituendæ hereditatis alteri, deducta tamen Falcidia, quam heres scriptus detraxisset, si bono more se gessisset, nec mutasset testator voluntatem, ut dodrans tantum perveniat ad fideicommissarium. Sed hic quæres, cum tamen legatum, quod legatarius rogatus est alteri restituere, qui dolo malo effecit ne testamentum mutaretur, cur caducum non fiat legatum? Nam ita est scriptum in *l. 1. §. pen. D. eod. titulo*, eum, qui dolo malo impedimento fuit, quo minus testamentum mutaretur, si in eo testamento ei fuerit legatum relictum, idemque mox rogatus fuerit legatum restituere alteri, admitti eum ad legatum, quod ipse legatum non sit habiturus, sed mox ad alium translaturus. Cur non dicit legatum fieri caducum? Ratio est evidens: quia nihil commodi ad fiscum perveniret, quandoquidem eum oportet statim integrum legatum restituere fideicommissario non detracta Falcidia. Nam solus heres habet Falcidiam: legatarius, vel qui in locum legatarii venit ex fideicommisso a se relicto, non detrahit Falcidiam: frustra igitur esset, si vocares fiscum, & similiter ex eadem constitutione Divi Adriani, qui per vim, aut dolum malum coegit aliquem testamentum facere, & se heredem scribere, & ut indigno hereditas aufertur, & cadit in fiscum. Imo vero, & si quis aliquem compulerit testamentum facere, & alium, quam se heredem scribere, verius est æque heredi scripto ut indigno auferri hereditatem, licet vim ipse, aut dolum nullum adhibuerit. Cur ita? quia non habet voluntatem defuncti, optima ratio, *l. cum quidem, D. de his qu. ut indig.* indignus est hereditate, qui eam non tenet ex voluntate defuncti: neque enim intelligitur voluisse, ut is sibi heres esset, qui coactus voluit. Nam & legimus in fragmentis quibusdam Ulpiani, quæ edidit in lucem Claudius Puteanus, vir clarissimus, etiam non intelligitur voluisse manumittere, qui coactus manumisit: Coacta voluntas non est voluntas: quod confirmat *lex si privatus, D. qui & a quibus man. lib.* In manumissionibus, quæ res est magni pretii, exigitur expressa & integra & libera voluntas, & ubi exigitur libera voluntas & integra & plena, non intelligitur voluisse, qui coactus voluit, id est, coacta voluntas non habetur pro voluntate. Testamentum certe exigit liberam voluntatem, liberum stilum, ut ait *l. 1. sup. de sacros. eccl.* Igitur non intelligitur voluisse facere testamentum, qui coactus voluit, Igitur, qui in eo testamento est scriptus, non habet voluntatem defuncti. Ac proinde indignus est bonis defuncti. Quædam sunt negotia, in quibus sufficit qualis qualis voluntas, etiam non expressa, id est, in quibus taciturnitas pro consensu habetur, etiam remissa voluntas: & in iis etiam coacta voluntas sufficit, ut in aditionibus hereditatum, quæ explicantur quolibet indicio amplectendæ hereditatis, maxime hodie sublatis cretionibus: ergo in adeunda hereditate etiam, qui coactus adivit, obligatur hereditati, quia voluisse intelligitur, *l. si mulier, §. penult. D. quod metus causa, l. si metus, D. de acquirend. heredit.* & idem etiam obtinet in nuptiis: nam & qui cogente patre duxit uxorem, voluisse eam intelligitur, quod in nuptiis sufficiat nudus consensus, qualis qualis consensus, etiam remissus: quod sunt, qui non ex animo ducant uxores; & tamen matrimonio alligantur, *l. si patre, D. de ritu nuptiar.* abesse debet simulato semper, & fallacia, nam simulatæ nuptiæ non valent, *l. simulatæ, eod. tit.* Et simulata quoque aditio non valet: nam hæc nullam habet voluntatem, *l. 6. §. ult. de acquir. hered.* non intelligitur voluisse, qui simulavit: at in negotiis illis intelligitur voluisse & qui coactus, & invitus animo suo voluit, ut ait Homerus, *ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ*, *sponte, & invito animo*, ut coactus sua voluntate: merito igitur etiam is, qui heres scriptus est cogente altero, etsi non sit conscius sceleris, indignus tamen judicatur hereditate, quia non habet liberam voluntatem testatoris: & notandum ex hac constitutione Adriani excipi tantum vim, vel dolum malum, non etiam blanditias. Nam, ut ait *lex ult. D. eod.* heres scriptus testamento uxoris, qui iratam uxorem, & contra se codicillos facere parantem placat, & demulcet ne codicillos faciat, ne codicillis se oneret legatis, quod potest facere usque ad dodrantem, non incidit in crimen. Ideoque fisco non vindicatur, quod mulier per codicillos erogare potuit, & abradere marito in testamento scripto: potuit autem dodrantem, *l. 4. D. ad leg. Cornel. de fals.* & similiter *lex ult. hujus tit.* ait, ut æque legimus apud Apul. 2. *Apologia*, non esse crimen, si quis supremum judicium uxoris in se provocet, ut ab ea aliquid promereatur blanditiis quibusdam: Nec enim blanditias possis dicere vim esse, aut dolum malum. Et tamen Plutarch. in Roman. refert Solonem non admisisse legata morientium, quæ extorsisset suasio uxoris, quæ legasset *γυναικὶ πειθόμενος*, id est *persuasu uxoris*, quod nos etiam probamus, si quid suaserit dolo malo, sed possit suadere bono animo, & honesta ratione, *l. 1. §. persuadere, D. de servo cor.* & in crimen incidit ex constitutione Adriani is tantum, qui vim, & malitiam malam, moremque malum, & improbatum adhibet in prohibendo, ne quis testamentum faciat, vel ne mutet, vel in cogendo ut faciat, & scribat quos non vult heredes: & hujus criminis nullam invenio esse pœnam in libris nostris: licet quidam Græci interpretes relegatione dignum judicent, & eum plecti dicant, quod non est in jure nostro proditum: nullam, inquam, pœnam patitur, præter quam, ut indignus judicetur hereditate, qui hoc faciat, qui hoc ipse sibi lucrum patefacit, ac proinde ut in ejus locum veniat fiscus: non tantum incapacium, sed etiam indignorum locum fiscus occupat, & aufert: & observandum est ex *l. 1. hoc tit.* ex hac causa etiam competere civilem actionem, id est, actionem de dolo, in id quod interest, quæ dabitur iis, quorum interest non esse locum factum fisco, non esse apertam viam fisco, id est, iis, quos defunctus heredes scripturus erat, si non fuisset coactus alios scribere, vel si non fuisset prohibitus testamentum scribere, vel nuncupare, vel iis, ad quos bona defuncti redibant ab intestato, si non fuisset coactus facere testamentum: Nam heredi quidem scripto fiscus aufert hereditatem criminali judicio; sed & idem, cui aufertur hereditas, civiliter tenetur iis, quorum interest actione de dolo malo, quod dolo malo ejus factum sit, ne ad eos hereditas perveniret, *l. Lucius, §. Semproniam, ff. de leg. 2.* & Nov. 115. adjuncta interpretatione Juliani antecessoris, ut cujus interpretatio est necessaria, & ita puto accipiendam esse civilem disceptationem in *l. 1. hoc tit.* non pro petitione hereditatis, ut vult Accursius, ita ut lex dicat, eum, qui coegit defunctum facere testamentum, teneri civiliter iis, quorum interest, actione de dolo malo, vel in factum, quæ est succedanea actionis de dolo se-

cun-

cundum qualitatem, & dignitatem personæ, cum qua agitur: & præterea criminaliter possit accusari, & deferri ejus causa ad fiscum. Nam omnis delatio ad fiscum fit criminis causa, fere & criminalis accusatio est: atque ita ex hoc tit. habemus unum casum, quo hereditas aufertur velut indigno. Sequuntur alii plures casus tit. sequenti.

AD TITULUM XXXV.

DE HIS, QUIBUS UT INDIGNIS HEREDITAS AUFERTUR, ET AD SENATUSCONSULTUM SYLLANIANUM.

IN titulo superiore proposita est causa una, ex qua aufertur hereditas ut indigno: ea est crimen prohibiti, aut extorti testamenti: in h. t. proponuntur plures aliæ causæ, & est totus de jure fisci: nam quæ ut indignis auferuntur, auferuntur a fisco, exceptis casibus certis, qui notabuntur in *l. un. §. quæ autem, inf. de cad. toll.* fiscus est successor indignorum, & non tantum ab indignis auferre dicitur, sed etiam eripere, ut in *l. pen. ff. de jure fisci, l. 26. ad l. Cornel. de fals.* & inde *legatum ereptorium libro reg. Ulpiani tit.* 19. Sic enim nuper Lutetiæ legi in ipso Authentico, non *ereptitium*, & generali nomine *ereptoria*, id est, quæ ut indignis auferuntur, etiam caduca dicuntur, *l. 2. §. ult. ff. si quis aliqu. test. proh. l. cum fisco, ff. de SC. Syllan.* omne quodcunque cadit in fiscum caducum est, & specialiter caduca fiunt, quæ nondum delata, aut adquisita sunt: eripiuntur, vel auferuntur quæ jam adquisita sunt: caduca fit hered. quæ non adita est, alioqui eripitur, quæ jam adita est: indignus igitur est, qui capere potest, & vero etiam cepit, sed quod cepit retinere non potest, vel quod eum esse male meritum de testatore, testator ipse judicavit, vel lex: vel quod quodammodo pudendum sit apud eum remanere quod cepit: unde satis apparet, quam longe distet incapax ab indigno; cum hic jus capiendi habeat, non retinendi: ille non habeat jus capiendi.

Ad L. I. Heredes, quos necem *testatoris inultam omisisse constiterit, fructus integros cogantur reddere. Neque enim bonæ fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse, qui debitum officium pietatis scientes omiserunt. Ex hereditate autem rerum distractarum, vel a debitoribus acceptæ pecuniæ post motam litem, bonorum usuras inferant, quod in fructibus quoque locum habet quos in prædiis hereditariis inventos, aut exinde perceptos vendiderint, proculdubio est: usuras autem semisses dependere satis est.*

Ad L. VI. Minoribus 25. annis *heredibus non obesse crimen inultæ mortis placuit. Cum vos autem accusationem pertulisse, & quosdam ex reis punitos proponatis, licet is, qui mandasse cædem dicitur, provocaverit: vereri non debetis, ne quam hereditatis paternæ quæstionem a fisco meo patiamini. Convenit enim pietati vestræ respondere causam appellationis reddendi. Quod si majoris ætatis fuissetis, etiam ex necessitate provocationis certamen implere deberetis, ut possetis adire hereditatem.*

PRimum in *l. 1. h. tit.* quam hodie explicaturus sum, adjuncta *l. 6.* proponitur crimen inultæ cædis defuncti, ex cujus causa heredi, qui in hoc crimen incidit, aufertur hereditas, ut indigno videlicet, si non defenderit mortem defuncti, id est, necem & cædem defuncti, si eam ultus non fuerit, jure, judicioque instituta accusatione adversus auctores cædis ex l. Cornelia. Neque enim aliter quam jure, judicioque se ulcisci licet, vel defunctum, cujus vicem, personamque refert. Et eleganter *l. scientiam, §. pen. ff. ad l. Aquil.* jus tuendi se esse naturale, jus ulciscendi se, manu scilicet, & viribus, non esse naturale. Tuemur nos ex continenti, in ipso articulo rixæ, ulciscimur nos ex intervallo. Quod non licet aliter quam jure, judicioque invocato magistratu, cui Deus dedit ultionis (qui honos est soli Deo competens) jus, potestatem, gladium: Et hunc honorem soli Deo competentem vere contaminat, qui se ipsum, non adito magistratu ulciscitur malo more, & improbato. Si igitur heres non desideraverit a magistratu ultionem necis defuncti, a quo ad se pervenit hereditas, nimirum postulato reo cædis lege Cornelia, ei eripitur hereditas, sed etiam si sciens, prudensque omiserit ultionem necis defuncti, auferuntur ei fructus omnes, quos percepit antequam fiscus faceret ei controversiam bonor. quia malæ fidei possessor est, qui sciens omittit debitum officium pietatis: & hoc ita proponitur in prima parte *l. 1.* & licet lex dicat, eum hereditatem restituere fisco, & fructus perceptos integros, id est, omnes: tamen & percipiendorum, id est, quos percipere potuit, aut debuit, licet non perceperit, recte dices habendam esse rationem, id est, & percipiendos in restitutionem venire, *l. 1. ff. de pet. hered.* & ita sæpe, qui dicit restitui fructus perceptos, si hoc dicit sine taxatione, id est, sine hac adjectione, *duntaxat*, non continuo excludit fructus percipiendos, ut quod dicit simpliciter de perceptis, facile possis trahere ad percipiendos, ut in *l. si fundum, sup. de rei vind. l. si pater, sup. de usuf.* & in hac *l. 1.* præterea is, qui sciens omisit vindictam necis defuncti, amittit actiones, quas habuit cum defuncto, ut si quid ei defunctus debuit. Nam ablata hereditate tanquam indigno, non ei restituentur actiones, quæ sunt confusæ aditione. Nam post aditionem aufertur hereditas, & aditione actiones sunt confusæ, id est, confusione extinctæ, quoniam idem cœpit esse creditor, & debitor ejusdem pecuniæ: confusæ sunt servitutes, si prædium defuncti prædio heredis servitutem debuit, aut contra: verum ob fidem malam heredis erepta hereditate, cum sic remaneat heres sine re, non restituentur ei actiones, vel servitutes confusæ per aditionem hereditatis, *l. indigno, & l. heredem, ff. de his, quibus ut indign. auf. l. ejus, §. ult. de jur. fisci*, in bonæ fidei possessore aliud est, puta qui deceptus est ignorantia facti, qui existimabat testatorem mortuum fuisse, cum fuisset occisus. Nam bonæ fidei possessor, fructus, quos bona fide percepit, & consumpsit (nam consumptio eum plenum dominum facit, non perceptio sola) eos non restituit fisco, & actiones confusæ ei restituuntur, & resuscitantur cum ei eripitur hereditas: puta, quod postea cognita nece testatoris eam ultus non sit postulato reo cædis admissæ, *d. l. heredem*, & hæc de 1. parte legis. In 2. parte agitur de usuris. Prima est de fructibus: Secunda de usuris: finge: qui sciebat necatum fuisse testatorem, a quo hereditatem accepit, atque ita malæ fidei possessor omisit vindictam testatoris, & ex venditione rerum hereditariarum, vel ex venditione fructuum inventorum in hereditate, aut fructuum a se perceptorum ex corporibus hereditariis, ex rebus hereditariis pecuniam redegit, vel etiam a debitoribus hereditariis pecuniam accepit, an fisco debeat restituere, sive præstare ejus pecuniæ usuras, quod dicantur usuræ esse vice fructuum in *l. usuræ, ff. de usuris*, & ex quo die, si debet usuras inferre, eas infert? & mirum est, quod ait hæc lex 1. in 2. parte, eum tantum debere usuras post motam controversiam ejus pecuniæ, quam redegit ex venditione, ut dixi, vel quam accepit a debitoribus hereditariis post motam controversiam. Atque ita manifesto statuit hæc lex differentiam inter fructus, & usuras: nam restituit heres, qui non ignoravit cædem defuncti, nec eam ultus est, fructus etiam perceptos ante motam a fisco bonor. controversiam: usuras autem pecuniarum, post motam controversiam, & est sane in re ipsa magnum discrimen inter fructus, & usuras. Nam fructus natura proveniunt ex ipso corpore hereditario, usura non item, sed ex jure, & obligatione, ex stipulatione, *l. si navis, de rei vindic.* & inde existunt aliæ differentiæ inter fructus, & usuras: nam malæ fidei possessor tenetur de fructibus percipiendis, non de usuris percipiendis, sed de perceptis duntaxat, *d. l. si navis, &*

l. item

l. item veniunt, §. *Papin. de pet. hered.* Item novatio obligationis non perimit fructuum perſequutionem, qui ante, vel poſt novationem percepti ſunt, & perimit tamen uſurarum petitionem, *l. 4. ff. de uſur.* Item in bonæ fidei judiciis uſuræ veniunt ex mora demum, fructus etiam ante moram, *l. videamus*, §. *pen. de uſur.* Et ita non mirum eſt ſi hæc l. 1. & quartam differentiam conſtituat inter fructus, & uſuras: verum inde naſcitur magna quæſtio, quod in hac parte de uſuris præſtandis, idem jus hæc lex faciat in malæ fidei poſſeſſore, de quo loquitur, & bonæ fidei poſſeſſore, ut uſuras malæ fidei poſſeſſor non inferat, niſi pecuniæ redactæ ſint poſt motam controverſiam, quod eſt contra Senatuſconſultum auctore D. Adriano factum *de pet. hered.* quod a Græcis dicitur Senatuſconſ. Adrianum, in *l. quod ſi poſſeſſor, de pet. hered.* Nam ex eo Senatuſconſulto ſoli bonæ fidei poſſeſſori hoc datur, ut non inferat uſuras redactæ pecuniæ ex venditione rerum hereditariarum, niſi poſt litem conteſtatam, niſi poſt petitam hereditatem, vel controverſiam motam. Itaque Ulpianus in *l. item veniunt*, §. *ceterum, de pet. hered.* ut hanc diſcordiam diſſiparet, mira quadam ratione, ac pene calumnioſa adſtringit hanc *l.* 1. cujus mentionem fecit in *d.* §. *ceterum*, ut ſcilicet locus huic *l.* ſit, ſi malæ fidei poſſeſſor vendiderit res hereditarias, quas vendi expediebat, quæ magis onerabant hereditatem, quam fructui erant, puta, res ſteriles, aut tempore perituras, ut ſcilicet pretii earum rerum uſuras non inferat fiſco vindicanti bona, & eripienti quaſi indigno, niſi quas redegerit poſt motam controverſiam a fiſco. Et ſecundum hoc, quod & ſatis explicatu difficile hac in re, ut integra *lex item veniunt*, oſtendit, Ulpianus hanc facit differentiam inter bonæ fidei poſſeſſorem, & malæ fidei poſſeſſorem, quod bonæ fidei poſſeſſor non teneatur in uſuras ob pretium, vel uſuras pretii rerum diſtractarum ante motam controverſiam, vel in res ipſas, ſed ut ſi bonæ fidei poſſeſſor res diſtraxerit poſt motam controverſiam, & inde pretium redegerit, res ipſæ veniant in petitionem hereditatis, & fructus earum, id eſt, ut res ipſas præſtet, quas vendidit, & fructus earum, vel ſi non poſſit eas recipere ab emptore, ut præſtet quanti petitor hereditatis in litem juraverit, id eſt, quanti eas res, & fructus juratus æſtimaverit, quæ æſtimatio poſſit eſſe immenſa, & immodica, & iniqua, quoniam licet in infinitum jurare, licet in infinitum æſtimare rem ſuam, cum eam inviti diſtrahimus, invitus nemo vendit vero pretio, ut vult regula, *jure invitus vendit, quis pretio immenſo, quod modo juraverit*, id eſt, quod juratus fecerit: ergo cum dicimus res debere reſtitui, aut fructus, omnino hoc ſic intelligimus, ſi quidem poſſint reſtitui, ſin minus, quam maximum pretium earum, non verum, & juſtum; ſed quod iratus, vel juratus fecerit actor pro affectu animi ſui, *d. l. item veniunt*, §. *ult.* Sed addenda eſt exceptio, niſi bonæ fidei poſſeſſor poſt motam controverſiam vendiderit res ſteriles, aut tempore perituras: Quia tunc eæ res non veniunt omnino in petitionem hereditatis, vel fructus earum. Sed venit tantum verum pretium, quod duplex eſt, quod verum in re ipſa, & in natura eſt, quanti res, & fructus digni ſunt re ipſa, hoc eſt, verum pretium: Et aliud verum pretium eſt, quod venditor accepit ex conventu, & hoc caſu erit in electione actoris, ut vel petat verum pretium rei, & fructuum quantum eſt in re ipſa, vel pretium, quod diſtraxit, & uſuras pretii: eliget utique majus pretium, *d. l. item veniunt*, §. *quod ſi poſt petitam*: & hoc, inquit, in bonæ fidei poſſeſſore: ſi malæ fidei poſſeſſor ſit, qui res hereditarias diſtraxerit ante, vel poſt controverſiam motam, res ipſæ, ſi eas poſſit recipere, & fructus omnes veniunt, vel quanti in litem juratum erit, quod eſt plerunque iniquum pretium. Addamus eandem exceptionem, niſi diſtraxerit res ſteriles, & tempore perituras, aut quæ erant potius oneri, quam fructui, quas ſi non diſtraxiſſet, etiam hoc ei imputaretur, *l. niſi*, §. *Julianus, de pet. hered.* & ſi eas res diſtraxerit ante motam controverſiam, quo tempore magis actori præſtabit verum pretium earum quanti fuerit in re ipſa. Sed ſi eas diſtraxerit poſt motam controverſiam, quo tempore magis in mala fide verſatur, qui nec judicio laceſſitus vult agnoſcere fidem bonam, tum in arbitrio erit actoris qualem computationem faciat, id eſt, æſtimationem, *d.* §. *ceterum*, ut vel eligat æſtimationem rei, & fructuum veram in re ipſa, vel eligat pretium redactum ex venditione ipſa, & uſuras pretii, ſi forte pretium illud conventum majus ſit vero pretio. Pretium conventum poſſit eſſe majus vero pretio, nec tamen iniquum: nec enim eſt iniquum, niſi excedit dimidiam veri pretii, *l. 2. ſup. de reſcind. vend.* & ita miro modo, ut videtis, eam adſtringit, & hanc epiſtolam, ſic vocat, id eſt, ut hanc l. in concordiam adducat cum Senatuſconſulto Adriano, miro modo eam adſtringit, interpreti juris, qualis ille fuit, multa licent. Ergo ex hac *l. 1. hujus tit. quibus ut indignis, &c.* intelligimus heredem, qui mortem teſtatoris, quem interfectum eſſe ſcit, non exequitur, & vindicat, amittere hereditatem, & pertinere eam ad fiſcum, ita ut & fiſco reſtituere debeat fructus omnes, quos percepit ante, vel poſt motam controverſiam bonorum a fiſco: redactæ autem pecuniæ ex pretio rerum hereditariarum, poſt motam tantum controverſiam eum fiſco uſuras præſtare, maxime ſecundum interpretationem Ulpiani, ſi vendiderit res ſteriles, & tempore perituras, quæ onerabant hereditatem, magis quam augebant, & maluerit fiſcus pretia earum rerum, quanti venierunt, & uſuras, quam veram æſtimationem earum rerum, & fructuum. Sed quæ uſuræ inferentur? beſſes, an ſemiſſes, an centeſimæ, nondum diximus: quod tamen non prætermiſit lex 1. quæ ait uſuras ſemiſſes fiſco eſſe dependendas: hæ ſunt uſuræ fiſcales, uſuræ ſemiſſes, *l. cum quidam*, §. *ſi debitores, ff. de uſur. l. ult. de fiſc. uſur. lib.* 10. quæ ſcilicet in centenos aureos, quotannis reddunt ſenos, quod nos Gallice dicimus, *au denier ſeize, & deux tiers, c'eſt uſura ſemis*. Nunc ut abſolvamus ea omnia, quæ continentur in hoc tit. de hoc crimine inultæ cedis defuncti, quod & recte dixeris crimen ingrati, quod obiicitur heredi ingrato, qui non eſt ultus mortem ejus, a quo hereditatem accepit, ex *l. Gajus, in fine, D. de Senatuſc. Syll.* Notandum eſt, primum heredem excuſari, nec incidere in crimen ingrati, ſi auctores cædis diu quæſitos reperire non potuerit, *l. 7. hoc tit.* excuſari etiam eum, ſi alius eum prævenit in accuſatione homicidæ, id eſt, ejus, qui teſtatorem necavit, *l. 10. hoc tit.* Nam accuſatum ab alio heres, vel alius accuſare non poteſt, *l. hi tamen*, §. *ult. ff. de accuſ.* nec tamen pœna, quam ſufferret heres non accuſato homicida, erit præmium ejus, qui eum in accuſatione antevertit, ut ſcilicet ei hereditas cedat, quia neque ei cedet, qui homicidam occupavit accuſare, nec cedet fiſco, quia non ſtetit per heredem ſcriptum, quin accuſaret, ſed fuit præventus ab alio, forte ſpe potiundæ hereditatis in locum heredis ſcripti, ſpe vana: nec enim heredi, qui in culpa non eſt, hereditatem auferre poteſt vel fiſcus, vel is, qui eum in accuſatione prævenit: & hæc eſt ſententia *l. 10. hoc tit. & l. ſi ſequens, in principio, ff. de Senatuſconſ. Syll.* excuſantur etiam heredes minores 25. annorum natu, *l. 3. hoc tit.* pupillos dicit tantum. Sed proculdubio pupillis etiam addendi ſunt minores 25. annorum ex *l. 6. hoc tit.* Nam hujus ætatis homines excuſat ignorantia juris; *l. pen. in principio, de juris, & facti ign. l. 5. ff. ad leg. Cornel. de fal.* & ita *l. 6. hoc tit.* ait, *minoribus annis 25. non obeſſe crimen inultæ mortis*. Quoniam eis jus ignorare permiſſum eſt, id eſt, quod heredibus jus injungit, vel quod periculum amittendæ hereditatis eis ex legibus imminet non ulciſcentibus necem defuncti: & ideo ſi heres minor 25. annorum non accuſaverit reum cædis paternæ, non incidit in crimen, & multo minus incidit in crimen ſi accuſaverit quidem, & damnaverit, ſed interpoſita appellatione deſierit: & obſervandum in hac *l. 6. perferre* accuſationem plus eſſe, quam accuſare: *perferre* accuſationem ſignificat perfectionem criminis, ut loquimur,

id eſt,

id est, crimen ad finem usque perducere, ut in *l.* 8. *hoc tit.* Idem potest verbum accusare, nempe perorare causam usque ad sententiam, *l.* 14. §. *accusasse*, *ff. de bonis libert.* & eodem quoque sensu dicimus, *peragere*, & *perferre litem*, *causam*, *quæstionem*, *l. filius*, §. 1. *ff. de inoff. testam. l.6. de col. dot. l. dominus*, *ff. de usufr. l.* 2. §. *mirabile*, *de vet. jure enucl.* & non hi tantum, inter quos lis est, causam, vel litem perferre dicuntur, sed etiam advocati eorum, quod Græcis est *διαμένειν τὴν δίκην*, *perferre causam*, & sic advocati perferunt causas in *l.* 2. *supra de jurejur. propt. calumn.* & Plinii 5. Epistolar. *Si causam Vicentinorum eodem animo, quo susceperat, pertulisset*, id est, si peregisset reum. Quid ergo si quis reum peregerit, & condemnaverit, sed, interposita a reo appellatione, causam appellationis persequutus non fuerit, nec responderit reddenti causam appellationis, ut ait *l.* 6. an videtur accusasse, & pertulisse accusationem? Non utique major 25. annis, ut in *d.* §. *accusasse*. Nam non satis est eum rem perduxisse ad sententiam unam, nisi & eandem rem perducat ad alteram sententiam, interposita appellatione a reo priore sententia damnato: debet ergo heres major 25. annorum reo condemnato, si appellaverit reus, perseverare, & causam appellationis exequi, & ut ait *l.* 6. respondere reddenti causam appellationis, alleganti meritum appellationis, & ut Paulus loquitur 5. *Sentent. tit. de reddend. causis appellationis*; reddere causas appellationis, est quod in foro dicimus *proposer les griefs*, non possis dicere latine, nisi hoc modo, reddere causas appellationis, quibus is, qui vicit necesse habet respondere, cum agitur de ulciscenda morte testatoris: alioquin non videtur pertulisse accusationem, non videtur plenum officium pietatis exhibuisse defuncto: heredi tamen minori 25. annorum natu parcitur, sive non accusaverit, sive accusaverit, sed destiterit ab incœpto, interposita appellatione: nam ut ait *l.* 6. elegantissime, *convenit quidem pietati etiam heredis minoris* 25. *annorum respondere reo homicidii reddenti causam appellationis*, sed non est necesse: excusat enim ætas: non omne, quod convenit est necesse: non est criminosum minorem 25. annis interposita appellatione desinere, cum non incipere non sit criminosum, id est, non ei crimini deputetur, aut vitio: & species *l.* 6. integraque sententia hæc est: minor, cui delata est hereditas partis ab alio occisi, reum cædis paternæ accusavit, auctoresque cædis, atque etiam mandatorem cædis, qui perinde atque homicida tenetur, & omnes condemnavit: auctores cædis non appellaverunt, & supplicio affecti sunt: mandator cædis appellavit, cum valeret gratia & opibus: nam plerunque qui cædem fieri mandant, sunt potentiores quidam, qui obnituntur quantum possunt, nec facile se vinci patiuntur: & ita cum mandator cædis appellasset, minor destitit, nec crimen persequutus est: ignoscetur ei propter ætatem, ne patiatur a fisco quæstionem hereditatis paternæ, id est, ne fiscus ei eripiat hereditatem paternam: nam conveniebat quidem pietati ejus & crimen exequi post appellationem: sed si hoc prætermisit, non ideo amittit hereditatem paternam, cum & venia detur omnino non accusanti reum cædis paternæ. At majori 25. annis, ut possit adire hereditatem, quæ verba sunt notanda *l.* 6. fuit necesse & implere causam appellationis, ut possit adire hereditatem, inquit: ex his verbis colligitur heredem non posse adire hered. antequam ultus sit necem defuncti, a quo hereditas proficiscitur: adeuntem autem vindictam & ultionem cædis relinquere, & accusari eum posse ut indignum, & auferri etiam ab eo hereditatem, quod etiam significat *l.9. hoc tit.* dum ait, *testatore occiso veneno, vel quo alio more malo, veluti vi carminis, sine ullo veneno*, ut est apud Lucanum:

Mens hausti nulla sanie polluta veneni
Incantata perit . . . .

Vel ut notat Accursius, quod potest esse usui in *l. ult. de malefic. & math.* depicta imagine cerea, inquit, quod quid sit, ego non admodum cupio scire: & ita explicanda sunt illa verba *l.* 1. §. *occisorum*, *ff. de Senatusc. Syll.* si necatus sit veneno, vel quo alio malo more, sic Florentinæ recte, occiso, inquam, testatore veneno, vel alio malo more, *l.* 9. *hoc tit.* ait posse heredem adire hereditatem, deinde exequi mortem testatoris, quando scilicet proponitur clandestinis insidiis appetitus, veluti veneno: quod argumentum præstat ex contrario, ut dicamus testatore occiso aperta vi, non per insidias, heredem non posse adire hereditatem antequam ultus sit cædem defuncti: verum non est ita statuendum generaliter, ut necesse sit ultionem præcedere ante omnia, quandoquidem legimus in *l. ejus*, §. *ult. ff. de jure fisci*, eum tantum heredem indignum judicari, qui post aditam hereditatem non est ultus necem defuncti: potest ergo adire antequam ulciscatur necem defuncti, & erit rata aditio, id est, cum effectu, si postea ulciscatur necem defuncti: videamus quæso quomodo sit respondendum *l.6.* & *l.* 9. hujus tit. Et dico omnino *l.* 6. & 9. hujus tit. pertinere ad Senatusc. Syll. ad quod Senatusc. non pertinet vindicta ejus, qui veneno necatus est, aut occultis insidiis, sed ad eum tantum, qui per vim & cædem (cædes significat ferrum & sanguinem) interfectus est: nam mens & ratio Senatusconsulti hæc est, ut si defunctus a familia necatus esse dicatur per vim & cædem, ut heres non possit adire hereditatem, vel miscere se hereditati si sit suus, vel bonorum possessionem petere, vel tabulas testamenti aperire, recitare, describere, priusquam habita fuerit quæstio de familia, id est, de servis, qui in potestate occisi patrisfamilias fuerunt, & qui sub eodem tecto fuerunt, & opem ei ferre potuerunt: forte in SC. fuit scriptum, *qui suffuerunt*. Nam Festus interpretatur *suffuerat* esse, qui sub eodem tecto fuerat, sed idem est etiam si extra tectum dominus sit occisus præsentibus servis quibusdam, vel omnibus in itinere forte, ut Paulus ostendit in 4. *Sententiar. tit. de SC. Syll.* & confirmat *l. ult. hoc tit.* Ergo priusquam adeat, habenda est quæstio de servis, qui sub eodem tecto fuerunt, cum dominus occisus est, vel qui in eodem loco fuerunt, quo occisus est, ut in *l. lex Cornelia*, *D. de SC. Syll.* deinde necesse etiam est priusquam adeat, ut de servis noxiis facinoris, vel qui opem domino non tulerunt, quoniam & hi pro noxiis habentur, sumatur ultimum supplicium, ut in *l.* 11. §. *servus*, *D. ad leg. Falcid.* alioquin si hæc non observaverit heres scriptus ante aditionem, vel immistionem, hereditas ei eripitur ut indigno & ingrato, ac proinde causa hujus hereditatis vindicandæ a fisco erit agenda apud procuratorem Cæsaris, qui est judex inter fiscum & privatos, & hoc vult *l.* 3. hujus tit. crimen peragitur apud præsidem provinciæ, causa bonorum apud procuratorem Cæsaris, & ratio SC. est multiplex: una proponitur in *l.* 3. §. *non tantum*, *D. de S.C. Syll.* *ne heres*, inquit, *propter suum compendium*, id est, *ne scilicet amittat servos, familiæ ejus facinus occultet, dum adire hereditatem festinat antequam de servis quæstionem habuerit, & supplicium sumpserit ultimum*, & additur alia in *l. propter veneni*, *eod. tit.* quæ satis obscura, ne testamento manumissis libertas competat. Nam si liceret adire hereditatem, statim servis manumissis testamento libertas competeret, & necesse esset quæstionem habere de liberis hominibus, neglecta libertate, quam per aditionem adepti sunt, quod fit ægre: vix unquam liber homo quæstioni subjicitur: & tamen hoc casu necesse esse, eruendæ veritatis causa, etiam testamento manumissos, qui adita hereditate ad libertatem perveniunt, subjici quæstioni, ut *l.* 1. §. *de iis*, *ff. eod.* & melius est non negligi eorum libertatem, *qu'on ne foule point leur libertè*. Ne igitur cogeretur eam negligere, prohibetur hereditatem adire heres, ut quasi de servis habeatur quæstio, sumaturque supplicium nulla libertate illæsa: quæ ratio non intervenit, cum proponitur paterfamilias veneno peremptus, quoniam hoc casu non puniuntur servi, nec subiiciuntur quæstioni, qui adversus hu-

juſmodi inſidias nihil potuerunt. Ideoque licet heredi impune occiſo teſtatore veneno, vel occultis inſidiis, protinus adire hereditatem, deinde exequi crimen: at priore caſu cum occiſus eſt vi aperta, non ante poteſt adire, quam crimen perfecerit, & ita relatâ *l. 6. & ult. ad Senatuſc. Syll.* ut diſtinctio illa exigit inter occiſum veneno, & occiſum vi, quæ proponitur in *d. l. propter veneni, & l. 1. §. quid ergo, & l. neceſſario, §. ult. ff. eod.* apparet non idem eſſe dicendum de quocunque teſtatore occiſo, qui non dicatur eſſe occiſus a familia, qui non pertineat ad SC. Syllanian. Nam hujus mortem heres exequi poteſt poſt aditionem, quam tamen ſi non exequatur, aditio ſine effectu conſtituitur, erepta hereditate a fiſco: unum tantum eſt, quod *l. 6.* quam potiſſimum volui explicare, & in eam tamen includere *l. 3. & 7. & 9. & 10. & pen. & ult.* nam & hoc omiſi *ex l. pen.* teſtatore occiſo per vim, differri aditionem, ut differantur libertates manumiſſorum teſtamento, ſicut attigi ſup. qui tamen habita quæſtione de ſervis, & ſumpto ſupplicio de noxiis adita hereditate perveniunt ad libertatem. At mora illa aditionis, ſive dilatio eis videtur eſſe damnoſa: finge: medio tempore dum quæſtio habetur de ſervis, & crimen peragitur, delata eſt ſervis quibuſdam hereditas, vel delatum eſt legatum, aut fideicommiſſum, eo lucro fraudabuntur, eave acquiſitione, quod non ſunt facti liberi maturius adita hereditate. Ideoque oratio D. Marci philoſophi conſervat eis ſervis, quorum ex SC. ſuſpenditur libertas, acquiſitionem medii temporis, puta hereditates, legata, fideicommiſſa, & tamen oratio D. Marci nihil loquitur de libertatibus, qui tamen cum fuerit philoſophus Stoicus, & philoſophiæ plenus, ut ait Juſtinianus, debuit eſſe ſtudioſiſſimus libertatum. Nam Stoicorum hæc fuit vox apud Laertium: φαύλη ύ δεσποτεία, *c'eſt une choſe mauvaiſe que d'avoir un maiſtre*, & quid omiſit in ea oratione M. Philoſophus? non expoſuit, quid eſſet dicendum, ſi medio tempore ancilla hereditaria teſtamento manumiſſa, dum non aditur hereditas, pepererit, an partus erit liber? Quod non videtur, cum ſit natus ex ſerva. Et tamen ut ſuppleat orationem Marci Juſtinianus, in *l. pen.* vult, ut partus perinde ſit liber & ingenuus, atque ſi ex libera natus eſſet, ut non minus conſerventur libertates ſervis manumiſſis teſtamento, quam acquiſitiones medii temporis. Et quod eſt ultimum in *l. 6.* quam, ut dixi, potiſſimum explicandam ſuſcepi, in quam incluſi multas alias, quatenus loquitur de majore 25. annis, ut non poſſit adire, antequam interpoſita appellatione a reo condemnato, cauſam appellationis ad finem uſque perduxerit: ei opponitur *lex propter, §. ult. D. de SC. Syll.* quæ dicit abſoluto eo, quem heres reum cædis fecit, ſi heres non appellaverit, non incidere eum in crimen ingrati, vel inultæ cædis defuncti. Et tamen *l. 6.* ait eum incidere in crimen, ſi ab interpoſita appellatione deſtiterit: verum, ut recte Bartolus adnotavit melius quam Accurſius, obſervandum eſt *l. 6.* loqui de reo condemnato, ut eo appellante, heres incidat in periculum amittendæ hereditatis, niſi cauſam appellationis perſequatur: at *l. propter, §. ult.* loquitur de reo abſoluto, ut heres ſine periculo amittendæ hereditatis poſſit acquieſcere ſententiæ, quam forte juſtam eſſe agnoſcit, nec appellavit: nam hoc tantum ab herede exigimus, ut rem perducat ad ſententiam, non etiam ut vincat: & hæc ſufficiunt de crimine inultæ mortis defuncti.

Ad L. II. Polla quidem liberam *habuit adminiſtrandi patrimonii ſui poteſtatem: nec idcirco quod pupillus illi heres extitit, ea, quæ ab ipſa finita ſunt, revocari in diſceptationem oportet: ſed ſi pupilli nomine falſum dicere vis teſtamentum, de quo per Pollam tranſactum eſt, potes experiri: dum memineris, ſi in ea cauſa non obtinueris, & portionem, quam ex eo teſtamento pupillus habet, te ſalvam facturum (quam adimi pupillo neceſſe erit ſecundum juris formam) & de calumnia tua Præſidem deliberaturum, quamvis pupilli nomine agere videaris, cum rectractas ea, quæ finita ſunt per heredem.*

Ad L. IV. Hereditas in teſtamento *data per epiſtolam, vel codicillos, adimi verbis directis non potuit. Quia tamen teſtatrix voluntatem ſuam non mereri unum ex heredibus ſuis declaravit: merito ejus portio non jure ad alium translata, fiſco vindicata eſt: libertates autem in eadem epiſtola datæ peti poterunt.*

Ad L. V. Non oportet ut indignis *heredibus ſucceſſiones auferri prætextu, quod in ſepultura ſupremis judiciis, vel voluntatibus defunctorum obtemperatum non fuiſſet.*

Ad L. VIII. Alia cauſa eſt ejus, *qui falſi inſtituta accuſatione ad finem uſque, quod inſimulabat, perduxit, & contrariam ſententiam meruit: alia ejus, qui inchoatam accuſationem non pertulit: cum in illius quidem partem ſuccedat filius: hic autem, qui contrariam judicis ſententiam non ſuſtinuit, ſuæ partis non perdat perſecutionem.*

EX hoc tit. reſtant tantum leges quatuor, quæ nondum explicatæ ſunt, 2. 4. 5. & 8. poſt crimen inultæ cædis defuncti, quod eſt crimen ingrati, impii, inofficioſi heredis, datur in *l. 2.* & 8. crimen aliud heredis, qui per calumniam falſum teſtamentum dixit, in quo ex parte heres inſtitutus eſt, qua etiam ex cauſa fiſcus vindicat portionem hereditatis, quaſi indigno ablatam: & omnino ita eſt, heredi, qui per calumniam falſum teſtamentum dixit, nec obtinuit in accuſatione, in qua perſeveraverit uſque ad ſententiam, fiſcus aufert portionem hereditatis, ex qua in eo teſtamento heres ſcriptus fuit: recte pono eum pertuliſſe accuſationem falſi, & perſeveraſſe uſque ad ſententiam: Nam ſi deſiſtat ante ſententiam, vel moriatur, fiſco locus non eſt, *l. 8. hoc tit.* Recte etiam pono, eum non obtinuiſſe in accuſatione falſi teſtamenti: nam ſi obtinuit, id eſt, ſi pronuntiatum ſit falſum teſtamentum eſſe, fiſco locus non eſt, ſed legitimis heredibus ab inteſtato: & rurſus etiam pono, recte eum fuiſſe heredem inſtitutum ex parte: Nam vix quiſquam heres ex aſſe ſcriptus unquam dicit falſum teſtamentum: ex parte ſcriptus poſſit dicere falſum ſpe obtinendi aſſis, ſi ſit proximior heres ab inteſtato, & quemadmodum ætati ſubvenitur heredis, qui necem defuncti ultus non eſt, ut *l. 6. hoc tit.* Ita notandum, ætati ſubveniri heredis, qui falſum teſtamentum dixit falſo, vel per calumniam, atque adeo non obtinuit, hoc eſt, ſubveniri minoribus 25. annis, quos conſtat etiam accuſationem inſtituere poſſe ex *l.* Cornelia teſtamentaria, quæ eſt de falſis teſtamentis, vel ex aliis legibus publicorum judiciorum, præterquam ex *l. Julia de adult. & l. 15. §. lex, D. ad l. Jul. de adult.* Ceteræ leges publicorum judiciorum recipiunt accuſatorem etiam minorem 25. annis, quin etiam pupilli de falſo teſtamento patris, *l.* Cornelia teſtamentaria ex conſilio tutorum agere poſſunt, *l. 2. de accuſ.* recte ex conſilio tutorum: non dicit tutore auctore, ſed ex conſilio tutoris, ut Paulus 5. *Sent. tit. de jure fiſci & populi*: *ætati*, inquit, *ejus, qui accuſat teſtamentum, ſi non obtineat, ſubveniri ſolet in id, quod ita amiſit, maxime ſi conſilio tutoris, aut curatoris actio inſtituta ſit.* Conſilium tutoris ſufficit: Nam ante conſtitutionem Juſtiniani, id eſt, ante *l. 4. ſup. de auct. præſt.* in criminalibus cauſis minoribus non erat neceſſaria auctoritas tutoris, vel curatoris, quæ eo diſtat a conſilio, quod conſilium accuſationem præcedit, & litem criminalem, auctoritas in lite agenda, & peragenda tutore aſſiſtente tanquam defenſore, & patrono interponitur: pupillis igitur, & adoleſcentibus, qui falſum teſtamentum dixerunt, in quo ex parte inſtituti ſunt, nec obtinuerunt, ſubvenitur maxime, ſi conſultore, vel tutore auctore, aut curatore accuſationem inſtituerunt: idemque erit ſi tutor pupilli nomine, ut poteſt, vel curator adoleſcentis nomine falſum teſtamentum dixerit, nec obtinuerit: Nam & hoc caſu pupillis, vel adoleſcentibus ſubveniri neceſſe eſt, quia ipſi accuſaſſe videntur, non tutor, qui nomine pupilli, non ſuo in falſi crimen ſubſcripſit: denique ipſi in crimen incidiſſe videntur,

ut

ut plane indigeant auxilio, ne quod amiserunt, jure amittant, vel ut quod jure amiserunt, retineant. At quæso, quomodo eis subvenitur (nam non subvenitur iis ipso jure, cum ipso jure hereditatem amittant, quod temere testamentum impugnaverint & improbe) sed iis subvenitur principis beneficio, ut indicat *l. tutorem, in fine, D. eod.* quod facile impetratur, vel etiam iis subvenitur jure ordinario per actionem tutelæ, aut negotiorum gestorum, per quam indemnes servabuntur, si eorum nomine tutor, vel curator temere falsum testamentum dixerit, ut in hac *l. 2. hoc t.* & puto hac *l. 2.* significari in *l. 5. §. ætati, D. eod. tit.* dum allegat rescritum Severi & Antonini: Nam l. 2. est Severi & Antonini. Igitur subvenitur illis facile beneficio principis condemnatis heredibus pupillis, aut adolescentibus, ut in fine *l. tut. D. eod.* vel beneficio actionis tutelæ, aut negot. gest. in reposcenda ratione administrationis: & huc pertinet species l. 2. elegantissima, quæ talis est. Quidam filiam natu majorem, & filium pupillum ex partibus heredes scripsit, adjectis aliis coheredibus extraneis ex aliis partibus: filia testamentum falsum dixit, nec tamen pertulit accusationem, sed transegit de testamento patris cum coheredibus extraneis: ita ut certa pecunia contenta discederet a lite, & extraneos coheredes sineret habere suas partes, quæ sunt eis adscriptæ in testamento: deinde mortua filia, ei heres extitit pupillus frater jure consanguinitatis, & mox tutor ejus nomine falsum testamentum dixit, retractatis his, quæ jam finierat transactio sororis coheredis, & re perlata usque ad sententiam, tutor non obtinuit contra coheredes pupilli sui extranei: lex ait partem pupilli vindicari fisco quasi indigno ablatam, quoniam ipse accusasse videtur testamentum, cum ejus nomine sit accusatio instituta a tutore: Partem vero, quæ pupillo jure legitimo obvenit, a sorore fiscus non vindicat, quia qui falsum testamentum dixit, heredi testatoris heres existere non prohibetur, quoniam non est in ea parte testatoris heres principaliter, sed per consequentiam, per mediam personam, *l. 5. §. qui accusavit, & l. qui Titii, ff. eod. t.* At partem adscriptam pupillo, qui non obtinuit in quæstione falsi testamenti fiscus vindicat, ut dixi, sed indemnem eum damno præstabit tutor, qui temere, vel improbe ad eam accusationem prosiliit sub pupilli nomine, vel qui in ea exercenda non probe functus est officio suo: at præterea si tutor sciens prudensque calumniosam accusationem instituerit, etiam reo tenetur de calumnia, licet non suo, sed pupilli nomine egerit: alioquin tutor sæpe abuteretur nominibus pupillorum, & sub eorum nominum prætextu propter suas simultates calumniosas accusationes institueret. Ergo æquum est, ut non tantum pupillo præstet indemnitatem, qui amisit partem hereditatis culpa tutoris, sed etiam ut de calumnia reo absoluto teneatur, licet non suo, sed pupilli nomine egerit, perinde atque si gessisset suo, *l. 2. inf. qui accus. non poss.* ubi alias ostendi non esse legendum *proprio nomine* accusasse tutorem, sed *pupilli nomine*: & in eadem quæstione idem error insedit in pandectis Florentinis in *d. l. tutorem*, illo loco, *Si libertum patris pupilli suo nomine capitis accusaverit*, cum manifesto sit scribendum, *pupilli sui nomine*, non, *suo nomine*. Sed & exponamus etiam, & absolvamus l. 4. & 5. Notandum est ex l. 4. ei etiam eripi hereditatem ut indigno, ut addicatur fisco, quem testator in codicillis declaravit non mereri suam voluntatem, quæ declaratio satis evidens est ademptio hereditatis, atque est inutilis, quia codicillis, vel per epistolam dari, aut adimi hereditas non potest secundum regulam juris, de qua cras dicemus ad tit. sequentem, & epistolam vocat in hac l. 4. epistolam fideicommissariam, quæ sic dicitur in *l. 7. sup. qui testam. fac. poss. l. cum quis, §. pater, ff. de leg. 3.* potest tamen in codicillis jure fideicommissi hereditas ad alium transferri, quæ data est testamento heredi scripto in testamento rogato, in codicillis, vel epistola fideicommissaria, ut eam hereditatem alii restituat: Denique codicillis potest alii relinqui hereditas per fideicommissum verbis precariis, atque etiam in epistola fideicommissaria; non etiam verbis civilibus, directis verbis, nec etiam illa nuda declaratione, heredem scriptum testamento non mereri voluntatem suam. In specie autem h. l. 4. non proponitur hereditas data testamento, fuisse codicillis translata in alium per fideicommissum, sed proponitur tantum in codicillis declarasse testatorem heredem testamento scriptum non mereri voluntatem suam, quæ ademptio cum sit inutilis, poterit heres adire hereditatem, sed ei auferetur a fisco veluti indigno, quia non habet supremam voluntatem defuncti, ut in *l. cum quidam, ff. eod. tit.* Caduca igitur fit hereditas, sed cum onere præstandorum legatorum ab eo herede relictorum, & ut nominatim scribit in hac l. 4. cum onere præstandorum legatorum ab eo herede relictorum, & cum onere præstandarum libertatum datarum in epistola fideicommissaria, id est, datarum per fideicommissum: huic l. 4. opponit Accursius primum *l. ex parte, ff. de adim. legat.* Quidam heredem scripsit ex parte, & ei prælegavit aliquid, deinde cum eo suscepit gravissimas inimicitias, nec tamen cum instituisset mutare testamentum, id perficere potuit, morte præventus: an capiet hereditatem? an capiet legatum, sive prælegatum? non capiet, quia tacita voluntate legata adimuntur, & nuda, & præsumitur mutasse voluntatem, qui cum herede moriens gessit capitales inimicitias, longe aliud est in hereditate, quia adimi non potest hereditas nuda voluntate, sed solemni, id est, alio testamento jure perfecto. Ergo prælegatum non capiet, hereditatem capiet, & tamen l. 4. ait, eum cum effectu non capere hereditatem, quem testator dixit non mereri suam voluntatem in codicillis, vel in epistola fideicommissaria post testamentum factum. Sed facile est respondere; dicamus in hac l. 4. testatorem dixisse immerentem heredem esse, & ademisse hereditatem quantum in eo fuit, addito elogio, *quod sit de me male meritus, quod non mereatur meam voluntatem*. In *l. ex parte*, nihil dixit, sed gessit tantum inimicitias cum herede: deinde opponit *l. 1. §. pen. D. si tab. test. nullæ ext.* si heres institutus non habeat voluntatem testatoris ultimam, ut puta, quia a testatore incisæ sunt tabulæ testamenti rupto lino, vel quia inductæ sunt, & cancellatæ tabulæ testamenti, vel quia ab eodem testatore turbata sunt signa, *Si*, inquit, *testator, qui hoc fecit, voluit intestatus decedere, legitimi heredes vocabuntur*: non vocat fiscum in locum heredis non habentis supremam ejus voluntatem, sed legitimos heredes: verum ut respondeam, ponderanda sunt illa verba *§. pen. Si voluit intestatus decedere*, & ita distinguendum est: Si ideo testator vitiavit tabulas testamenti, vel cancellavit, vel rupit, vel confregit, quod judicaret heredem indignum esse, vel immerentem, vel ingratum, fiscus vocatur. Sin vero ideo animo fecit, ut intestatus decederet, legitimi heredes vocantur. Si non id fecit odio heredis scripti, vel forte quod eum indignum judicaret, sed quod mallet postea agnatos heredes sibi esse ab intestato, hoc casu fiscus non vocatur, sed legitimis heredibus incumbit onus probandi eam fuisse voluntatem defuncti, ut in *l. pen. & ult. D. de iis quæ in testam.* nam in dubio fiscus vocatur. Atque ita respondeo, quod ultimo loco objicit esse facillimum, ex *l. hac consul. §. pen. sup. de testam.* prius testamentum, in quo Titium heredem scripsit, non rumpitur posteriore imperfecto, id est, non jure perfecto, nisi in posteriore scriptus sit is, qui rem, sive hereditatem omnino ab intestato habere potest, vel nisi sit factum jure militari, ut in *l. 2. de inj. rup.* ergo Titius, qui est scriptus priore testamento, cum posterius est imperfectum, hereditatem obtinebit, & tamen non habet ultimam voluntatem defuncti, quia defunctus voluit mutare testamentum, & vero mutavit, sed non jure rem perfecit: sic respondeo, hoc ideo, quia nullum extat argumentum, ex quo colligere possis testatorem Titium indignum judicasse hereditate sua, & quod vi-

deatur non aliter Titio voluiſſe auferri hereditatem, quam ſi jure valeret, quod fecit poſterius teſtamentum: ultimum, quod notandum ad *l.* 4. vel ad *l.* 5. hoc eſt, quod olim obtinuit, & obtinet etiam hodie quodammodo, omnibus heredibus, qui contra voluntatem teſtatoris faciunt, auferri hereditatem, ut indignis, & addici fiſco, & ita ſcribit Paulus 3. *Sententiarum de SC.Syllan.* & probat *l.ult.§.ult. de fideicomm. l.ſi periculum, ff. de ſtatul.* niſi quæ fuerit voluntas teſtatoris inepta, ut ſi nimiam impenſam fieri jubeat circa funus, vel circa ſepulchrum, aut in eodem buſto concremari veſtes, & omnia ornamenta ſua, *quæ habuit chariſſima in vita ſua*, quæ voluntas inepta dicitur, cui non ſit parendum, aut obtemperandum in *l.ſervo alieno, §.ult.ff.de leg.*1. & apud Lucianum in Nigrino: *οἱ μὲν, ἐσθῆτας ἑαυτοῖς κελεύοντες συγκαταφλέγεσθαι τῶν παρὰ τὸν βίον τιμίων: οἱ δὲ καὶ παραμένειν τινὰς οἰκέτας τοῖς τάφοις.* Et laudanda magis eſt parcitas Theophraſti, in cujus teſtamento ita ſcriptum fuiſſe refert Diogenes Laertius: *μηδὲν περίεργον περὶ τὸν ἐμοῦ τάφον, μηδὲ περὶ τὸ μνημεῖον*, & ad eam rem pertinet etiam *l.pen.ff.de cond.inſt.* & *l.5.ſup.de relig. l.5.hujus t.* in ea, inquam, re funeris modus ſtatuendus eſt pro dignitate & conditione defuncti: quod militaris diſciplinæ eſt, id in funebri pompa non ſequentur pagani, ut militaris diſciplina, eſt æquum uſque ad ſepulchrum duci, & armigerum perverſa arma geſtare, ſupina etiam ſigna geſtare, non erecta, ut Virgil. *xi. lib. Æneidos*, in funere Pallantis.

Poſt bellator equus poſitis inſignibus Æthon
It lachrymans, guttiſque humectat grandibus ora.

Et ibidem etiam docet, omnia quæcumque virtute ornamenta ſibi comparaſſet defunctus, ea in pompa funerum mortuum condecoraſſe, nec omittendum vulgo in hac l. 5. ita legi non oportere, *ut indignis heredibus ſucceſſiones auferri prætextu, quod in ſepultura ſupremis judiciis, vel voluntatibus*, cum omnes libri habeant ſimpliciter *ſupremis*, & in *l.5.de teſt.mil.ſupremis judiciis, il ne faut point*, ſed tantum *ſupremis*, ut in *l.cum pater, §. donationis, D. de leg.2.* & in *l.3.§.ult.de muner.* & *honor.*

AD TITULUM XXXVI.

DE CODICILLIS.

QUÆSTIO *l.ult.* eſt nobiliſſima: An is, qui egit ex teſtamento de hereditate, ſi contra teſtamentum pronunciatum ſit, poſſit tranſire ad jus codicillorum, ſive fideicommiſſariæ hereditatis perſecutionem, vel quod idem eſt, an quia ex ſcriptura, ut teſtamento, non potuit obtinere hereditatem, poſſit deinde ex eadem ſcriptura, ut codicillis eandem obtinere & vindicare: Nam nihil prohibet eidem eodem teſtamento eandem hereditatem dare verbis directis, & verbis precariis, id eſt, per fideicommiſſum jure teſtamenti, & jure codicillorum, utro maluerit uti heres inſtitutus. Sicut eandem rem eidem conſtat poſſe relinqui directo ſimul & per fideicommiſſum: verbis directis, & verbis fideicommiſſariis, veluti hoc modo: *Illi do, lego, darique volo, l.alumnæ 4.de alim. leg. Do, lego*, ſunt verba directa: *dari volo*, precaria, vel fideicommiſſaria verba, *§.ult. Inſtit. de reb. ſing. per fideicom. relic. l.illud, §.1, ff. de jur. codicill.* verbum *volo*, eſt precarium, non directum, non imperativum: vel etiam hoc modo: *Quiſquis mihi heres erit do, lego, fideique ejus committo, ut det Cajo centum, l.Publius, ff. de condit. & demonſtr. l.quiſquis, de leg.3. l.Aurelius, §.Titius, ff. de liberat.leg.* Sic eadem res eidem legatur, & per fideicommiſſum relinquitur eadem ſcriptura, ſive conjuncta ſcriptura, & eo caſu in arbitrio eſt ejus, cui res eo modo relicta eſt, utrum velit eam perſequi ut legatum, an ut fideicommiſſum:

A Sed ſi elegerit jus legati (ut infra demonſtrabitur) exemplo hereditatis, poſtea non poteſt tranſire ad jus fideicommiſſi, electionem quidem habet utro jure malit uti. Omnis electio fit ſemel. Igitur poſt electionem, mutatio conſilii & variatio non admittitur, & ita etiam libertas recte datur ſervo & directo, & per fideicommiſſum, & in poteſtate eſt ſervi, utrum ex directo, an ex fideicommiſſo ad libertatem pervenire velit, id eſt, an velit eſſe libertus orcinus, an libertus heredis, *l.ſi quis ſervo, ff. de manumiſſ. teſtam.* Sed ſi elegerit directam libertatem, nec forte eam obtineat adverſus heredem ſcriptum, qui forte contendit non eſſe jure datam, non poterit tranſire ad fideicommiſſariam, quia peccavit in eligendo, & de ſe queri debet, qui elegit male: & ita etiam, quæ eſt inſpectio hujus legis, eidem B eodem teſtamento poteſt dari hereditas & directo, & per fideicommiſſum, veluti hoc modo: *Titius heres eſto* (hæc eſt inſtitutio directa) *ſi quo caſu forte fiat ne meum teſtamentum valeat, inſtitutioque directa heredis, quiſquis mihi legitimus heres erit, fidei ejus committo, ut hereditatem Titio reſtituat.* Sic eidem relinquitur hereditas & directo, & per fideicommiſſum, eadem ſcriptura, eodem inſtrumento. Idem fit adjecta clauſula codicillari, id eſt, ſi teſtator caveat, teſtamentum ſe etiam vicem codicillorum obtinere velle, *l.3. ff. de mil. teſtam.* vel ſi caveat, ſe ſuum teſtamentum omni jure valere velle: vel *ἐπὶ πάσης ἐξουσίας, l.ex ea ſcriptura, in fi. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Et in teſtamento Gregor. Nazianzeni, *ταύτην μοῦ τὴν διαθήκην κυρίαν, καὶ βεβαίαν εἶναι βούλομαι ἐπὶ παντὸς δικαστηρίου, καὶ πάσης ἐξουσίας, εἰ δὲ καὶ ὡς* C *διαθήκη μὴ ἰσχίζειν ὡς βούλησιν εἴτ' οὖν κωδίκελλον αὐτὴν ἰσχύειν βούλομαι*, id eſt, *hoc meum teſtamentum ratum & firmum eſſe volo in omni judicio (etiam apud prætorem, & omni jure) quod ſi non valeat ut teſtamentum, volo ut valeat ut voluntas ſcilicet ultima, vel ut codicillus*: hæc eſt clauſula codicillaris, quam neceſſe eſt adjici expreſſim, ſi vis teſtamentum obtinere vicem codicillorum: alioquin ſi ſit prætermiſſa hæc clauſula codicillaris, clauſula fideicommiſſaria, quæ voluntas jure non valet ut teſtamentum, non valebit ut codicillus: adeo ut nec fideicommiſſa in eo relicta valeant, quia teſtamentum facere voluit, non codicillum, & quod voluit, non fecit jure, & quod non fecit, nec feciſſe intelligitur, *l.1.ff. de jur. codicill. d. l.ex ea ſcriptura, in princ. l. coheredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. ſubſtit. l.ex teſtamento, inf. de fideicom.* D *l. ſi jure, inf. de manumiſ. teſtam.* & in hac *l.ult. §. illud.* Eſt autem, ut in legatario diximus, & in ſervo manumiſſo, in arbitrio heredis inſtituti, ſi ſit extraneus, & ſi ſit inſtitutus in teſtamento, quod vice codicillorum valere poſſit vi clauſulæ codicillaris: eſt, inquam, in arbitrio ejus, utrum jure teſtamenti, quod eſt jus directum, hereditatem petere velit, an jure codicillorum, quod eſt jus fideicommiſſi, qua de re etiam atque etiam deliberare debet, priuſquam hoc vel illud eligat, quia poſt electionem res non eſt integra, nec pœnitentiæ locus eſt, ſi extraneus heres ſit, & jure fideicommiſſi idem non conſequetur, quod jure teſtamenti: Nam jure fideicommiſſi, ſive jure codicillorum a legitimo herede dodrantem tantum hereditatis conſequitur, legitimus vero quadrantem Falcidianum retinet, *l.* 4. E *ff. ad leg. Cornel. de falſ.* ex teſtamento conſequitur aſſem, ſi ſit ex aſſe ſcriptus. Sed quia ſæpenumero teſtamenta multa vitia incurrunt, quæ irritum teſtamentum faciunt, quod ſit teſtamentum multis periculis juris obnoxium, quaſi alligatum nimiis ſolemnitatibus, nimiæ diligentiæ, ideo quidam malunt, cum teſtamento adjecta eſt clauſula codicillaris, id eſt, fideicommiſſaria, ſpreto teſtamento contenti dodrante, veluti ex codicillis hereditatem petere, quam nihil forte omnino conſequi agendo ex teſtam. Sed quod eligant potius, etiam atque etiam videant: nam electo teſtamento, licet ex eo rem non obtinuerit, non poteſt tranſire ad perſecutionem fideicommiſſi, vel etiam omiſſa ſemel in medio cauſa teſtamenti ſemel inchoata, non poteſt migrare

ad

ad cauſam codicillorum, & videtur elegiſſe cauſam teſtamenti, ut declarat hæc lex ult. quæ multa continet. Is qui petiit bon. poſſeſſ. ſecund. tab. videtur elegiſſe teſtam. vel qui petiit bon. poſſeſſ. ſecundum nuncupationem teſtamenti, cum teſtam. conſtat ſine ſcripto, ut in *l. 2. ſup. de bon. poſſ. ſecund. tab. l. ſi ita ſcriptum, §. ult. D. eod. tit.* eſt utilis bon. poſſ. ea, quæ eſt ſecundum nuncupationem, quia jure prætorio directo non datur bon. poſſeſſio, niſi ſecundum teſtam. ſcriptum, & obſignatum 7. teſtium ſignis: ergo quæ datur ſecundum teſtam. non ſcriptum .i. ſecundum nuncupationem, eſt utilis, ſive decretalis, non directa, & edictalis bon. poſſeſſio. Additur in hac *l. ult.* eum etiam videri elegiſſe teſtam. qui petiit ceteras ſimiles bon. poſſeſſiones. Quid hoc eſt? Non eſt tantum bon. poſſeſſio ſecund. tab. jure perfectas, vel ſecundum nuncupationem jure perfectam, ſed & ſecundum teſtamentum militis quoquo jure factum, de qua eſt titulus ſpecialis *de bon. poſſ. ex teſtam. mil.* & bon. poſſeſſio ſecundum geſta municipalia, cum quis apud geſta municipalia teſtatus eſt, ut in *l. omnium, ſup. de teſt. & Novell.* 1. Valent. *de teſt.* Item bon. poſſeſſio ſecundum voluntatem teſtatoris utilis, non directa, quæ datur ex æquo & bono, cum nomen heredis poſt conſummationem teſtamenti vivo teſtatore inconſulto & incaute deletum eſt; ut in ſpecie *l. un. ff. ſi tab. teſt. null. ext.* Videtur etiam elegiſſe teſtamentum, & neglexiſſe codicillos, qui omiſſa bonor. poſſeſſione oblato teſtamento, poſtulant ex edicto D. Adriani ſe mitti in poſſeſſionem rerum hereditariarum, quas moriens poſſedit, quod & proponitur in hac *l. ult.* Atque ita electo teſtamento, poſtea non poteſt tranſmigrare ad jus codicillorum, ſi ſit extraneus heres, cui utriuſque juris poteſtas, ſive electio delata eſt eodem teſtamento, ultima voluntate. Nec hæc conſtitutio caret exemplis: nam videmus eum, qui agnovit teſtamentum, & quoquomodo probavit judicium defuncti, poſtea mutato conſilio non admitti ad querelam inofficioſi, *l. ſi pars, §. ult. l. nihil intereſt, l. ſi ponamus, §. 1. l. ſi is qui, in fin. D. de inof. teſtam.* non admittitur quoque ad bonor. poſſeſſionem cont. tab. qui ſemel approbavit teſtamentum, *l. & ſi ex modica, in fin. & l. ſeq. D. de bon. lib.* Videmus etiam patronum, qui elegit munera, & operas liberti, qui eas prætulit ſucceſſioni liberti, non admitti ad bonorum poſſeſſ. cont. tab. *l. 2. ſup. de bonor. poſſeſſ. contra tab.* quæ lex eſt pars hujus *leg. ult.* ſicut *lex ult. C. Theod. de inoffic. teſtam.* quemadmodum apparet ex *l. ultima C. Theod. de teſtam. & codicill.* Videmus etiam mulierem, quæ elegit legatum ſibi relictum teſtamento viri pro dote, ex edicto, quod dicebatur *edictum de alterutro*, poſtea non admitti ad petitionem dotis, de quo in *l. unica, §. 1. ſup. de rei uxor. act.* Et ita non eſt novum, quod cavetur hac *l. ultima*, ut heres inſtitutus, qui elegit cauſam teſtamenti, excludatur a cauſa codicillorum, repellatur a cauſa codicil. & fideicommiſſ. Multa tamen huic definitioni objiciuntur, quæ diluere facile eſt. Primum *l. & an eadem, §. actiones, D. de except. rei judic.* Eadem res mihi debetur ex pluribus cauſis, pluribus obligationibus, & cautionibus, ſi ex una cautione egero, nec obtinuero, non prohibebor poſtea agere ex alia: quid mirum cum agam ex alia cauſa, & cautione? in hac ſpecie *l. ultim.* ago ex eadem ſcriptura, ex eodem inſtrumento, & quam cauſam ſemel cepi pro teſtamento, nunc mutato conſilio ſi velim accipere pro codicillis, non admittar: quia ex eodem inſtrumento ago, ex quo egi antea. Eodem modo nihil etiam obſtat *l. eum qui, ſup. de inoffic. teſtam.* quæ ait, eum qui egit de falſo teſtam. & non obtinuit, poſtea poſſe agere de inofficioſo, & e contrario, eum qui egit de inofficioſo, poſtea poſſe agere de falſo. Primum, hoc jus tantum procedit in liberis, & parentibus, qui ſoli recte agunt de inofficioſo teſtamento, & qui excipiuntur a conſtitutione hujus *leg. ultim.* Deinde etiamſi alii, quam parentes, aut liberi agant de inofficioſo teſtamento, puta nemine eos repellente, tamen apertum eſt, eſſe aliam cauſam falſi, aliam inofficioſi teſtamenti, cum tamen eadem ſit cauſa, qua agitur de hereditate, ſive agatur ex directo, ſive ex fideicommiſſo. Nempe cauſa ſumma eſt judicium defuncti, quod utique ſemper ſequitur, & ſpectatur qui vel hoc, vel illo jure agit. Et multo minus obſtat *l. 3. ſup. de petit. hered.* quæ dicit, petitam hereditatem materteræ non infringere alterius hereditatis petitionem ex alia ſucceſſione. Ubi ex Græcis ita ponenda eſt ſpecies: Matertera mea poſſidet hereditatem matris meæ pro herede, vel pro poſſeſſore, quæ ad me pertinet: & moritur matertera, me præterito in ſuo teſtamento, id eſt, exheredato: Ago querela inofficioſi contra teſtamentum materteræ, quæ in eodem me prætermiſerit, atque ideo exheredaverit, deinde non obtineo: recte agam de hereditate matris meæ, quia de alia hereditate ago, de alia ſucceſſione. At cum ago ex directo, deinde ex fideicommiſſo, de eadem hereditate ago: quod ſi uno jure perſequutus non obtinuero, nec alio jure obtinebo, quia eadem res eſt, & idem inſtrum. & eadem perſona, & in quam ago. Sed ut dixi, hac *l. ult.* repellitur tantum variatio heredis extranei: Nam in liberis, & parentibus permiſſa eſt, ſive agnati, ſive cognati ſint: nam liberi, & parentes alii ſunt agnati, alii ſunt cognati. Mater, & avus maternus mihi ſunt cognati, non agnati: pater mihi agnatus, & ego viciſſim patri, ſi in ejus poteſtate ſim: nam emancipatus patri, cognatus eſt, non agnatus. At in hac *l. ult.* excipiuntur ab ea ſine diſcrimine liberi, & parentes, ſive agnati ſint, ſive cognati, cum tantum locum habeat in extraneis, & ſeparentur ab ea liberi, & parentes, ſive agnati, ſive cognati, ſed agnati uſque ad quartum gradum, id eſt, ad abnepotem, vel abavum: cognati uſque ad tertium gradum, id eſt, ad pronepotem, vel proavum: his uſque ad eum gradum permittitur tranſire ad jus codicillorum electo prius teſtamento, ſi teſtamento exheredatus ſit is, qui eſt proximior ab inteſtato, & illi liberi, aut parentes remotiores ſint inſtituti: Nam ſi liberi, aut parentes inſtituti, erant proximiores ab inteſtato, certum eſt eos rem omnimodo habituros, ſive elegerint teſtamentum, ſive non, *l. mater, D. de inoffic. teſtam. l. legitimam, D. de petit. hered.* Et ratio differentiæ inter extraneos heredes, ut non poſſint variare, & liberos, aut parentes, hæc adfertur in hac *l. ult.* quod extranei veniant ad aliena bona: liberi, & parentes quaſi ad ſua bona, aut quaſi ad debita ſibi jure ſanguinis, jure neceſſitudinis: non ſunt arctandi, & adſtrigendi nimis, qui pene ad propria bona veniunt, *l. 1. §. largius, D. de ſucceſſor. edict.* Ideoque cum agitur de bonis paternis inter fratres, prætor variantem filium non repellit, *l. nonnunquam, de collat. bonor.* Nam ut in perſecutione rei omnino meæ, liberum eſt mihi variare, & ſubinde modo hoc, illo modo eam perſequi; ita & in perſecutione rei quaſi meæ, fictio juris imitatur veritatem: eademque ratione inſtitutis liberis, aut parentibus uſque ad tertium gradum, legata, quæ legatarii non capiunt, non fiunt caduca, quæ tamen fierent caduca inſtitutis extraneis, ſed remanent apud liberos, & parentes heredes inſtitutos, *l. un. §. & cum lex, inf. de caduc. toll.* Et eadem ratione liberis, & parentibus remittitur onus ſiliquarum inferendarum curiæ civitatis, quoties non curiales curialibus ſucceſſerunt, *l. 1. in fin. de impon. lucrat. deſcript. lib.* 10. Et ſimiliter liberis, & parentibus fuit vectigal viceſimæ hereditatis remiſſum: quia (ut ait Plinius in Panegyr.) ad eos hereditates videntur pertinere ut ſuæ, ſemperque poſſeſſæ, ut ſit impium nominibus liberorum, & parentum inſerere fiſcum publicanorum diſpenſatorem; ſive promagiſtrum viceſimæ hereditatum, ut vocatur in antiquis inſcriptionibus: & merito igitur electo teſtamento, poſſunt eæ perſonæ tranſire ad fideicommiſſum, ut bona, quæ ſunt quaſi ſua quoquo modo obtineant. Nec enim captant lucra, ſed debita quaſi ſua. Nec obſtat, quod diximus ſupra, eum, qui elegit teſtamentum, non poſſe poſtea tranſire ad querelam inofficioſi, quæ dari tantum ſolet

libe-

A liberis, & parentibus, *l. 1. D. de inoffic. testam.* Nam absurdum est, licere eidem evertere testamentum per querelam, quod sciens approbavit semel, & agnovit, *l. nam absurdum, de bon. libertor.* At qui agit ex fideicommisso, cum ante agere cœpisset jure directo, interclusa ea recte via, vel deserta: neque hoc, neque illo modo potest dici evertisse judicium defuncti: immo approbasse potius utrumque, licet non eodem jure, non eodem titulo: Sed utroque semper sequitur judicium defuncti, qui vel ex directo agit de hereditate, vel ex fideicommisso. Ideoque si sit ex liberis, aut parentibus, potest utroque jure experiri, quia utroque modo sequitur judicium defuncti: sed protestari debet, se ex altero tantum jure, prout judex arbitrabitur, velle consequi quod ad eum pertinet, aut ad eum pertinere videbitur, *l. 1. §. qui autem, D. quod legat.* B & ita filius, qui egit de falso testamento, postea recte agit de inofficioso, imo simul de utroque, sub protestatione, vel alternatione, quia utriusque judicii idem est finis, nempe eversio testamenti: Nec alium finem habet, qui dicit falsum testamentum, quam qui inofficiosum: utriusque idem est scopus. Et hæc est definitio hujus quæstionis.

AD TITULUM XXXVII.

DE LEGATIS.

POST testamenta, & codicillos, dat legata, quod hæc & testamento relinquantur, & codicillis testamento confirmatis. C Legatum est, quod verbis directis ab herede instituto testator coheredi, vel alii relinquit: verbis, inquam, directis, quæ civilia dicuntur & legitima, & imperativa, *l. ult. sup. de testam. tut. l. pen. de testam. manum. l. quoniam, sup. de testam.* unde Ulpianus *libro regul. tit. 24.* deducere videtur nomen legati, quod legis modo, id est, imperative relinquatur: puta, *Capito, sumito, recipito, habeto, heres meus dare damnas esto.* Qua forma loqui solent leges: fideicommissum autem verbis precariis relinquitur: legatum est imperativa voluntas, directa voluntas, fideicommissum precaria. Et olim verba directa erant latina, & certa, solemniaque: hodie etiam Græco sermone relinqui potest: olim non nisi latino. Denique totum testamentum hodie etiam Græco, vel alio sermone conscribi, vel nuncu- D pari potest, *l. hac consultissima, §. ult. sup. de testam. l. ult. sup. de testam. tut. l. pen. inf. de manumiss. testam.* Et legari hodie etiam potest quocunque verbo latino, *d. l. quoniam, & l. 21. hoc tit.* etiam si sit minus solemne verbum, minus legitimum, quod scilicet non usurpent leges, etiamsi sit inusitatum, & *μιξοβάρβαρον*, quo fere omnia testamenta hodie videmus esse conscripta, unde litium seges. Et quod idem Ulpianus scribit *eod. lib. tit.* 19. legato dominium adquiri ex *l. 12.* tabul. *Paterfamilias uti legassit, &c.* confirmat etiam *lex quoties, §. ult. D. de pecul. & l. 7. hoc tit.* quæ docet, legati duobus relicti disjunctim & separatim per vindicationem, aut uni per præceptionem, alii per vindicationem, eis dominium adquiri concursu, id est, per concursum factis portionibus, si uterque legatum amplecti velit. E Et notandum etiam hoc de legatis dictum, in fideicommissis aliud esse: nam in fideicommisso possessio, non dominium adquiritur, *lee. qui usumfructum, D. si ususfructus pet.* dominium possessionis, ut est accipienda *l. 42. sup. de usur.* non dominium proprietatis: quia fideicommissa non sunt juris civilis: nec jus civile ea novit, cum cœperint tantum ex temporibus D. Augusti: denique non proficiscuntur ab ipso jure civili, id est, a jure 12. tab. quod est fundamentum juris civilis, & fons: sed proficiscuntur a nuda voluntate relinquentis, quam tuetur Prætor. Addamus his, legatum præstari ab herede instituto, qui adiit hereditatem, sine mora, sine laxamento temporis, si sine die, vel conditione relictum est. Et mora fieri

A videtur, cum legatum non datur postulanti, ut ait Paulus *in fine 3. sentent.* & ex mora debentur usuræ, aut fructus legati, vel fideicommissi: nam & in fideicommissis idem juris est, ut præstentur incunctanter, & sine frustratione ulla, ut in *tit. 47. inf.* Et hoc usque adeo verum est, ut etiamsi heredi instituto, a quo legata relicta sunt, id est, cui onus præstandorum legatorum injunctum est, si, inquam, ei fiat controversia hereditatis, etiamsi falsum testamentum dicatur, ex quo hereditatem adiit, tamen debeat statim postulantibus legatariis præstare legata, & fideicommissa pendente lite, pendente accusatione falsi testamenti, modo ita ei caveatur, evicta hereditate, legata restituiri cum omni sua causa, id est, cum usuris, & fructibus, *l. ult. sup. de petit. heredit. l. 9. hoc tit.* quam exponamus.

B In hac *l. 9.* primum velim antiquum verbum reponas, *Restituiri*, ex vetustioribus libris, & ex formula cautionis, quæ est in *l. pen. D. si cui plus, quam per leg. Falcid.* ut ita legas: *interposita cautione* (hæc est formula cautionis hujus) *si evicta fuerit hereditas, ea restituiri*, non *restituturum*. Quod verbum antiquum est etiam frequentissimum in omnibus cautionibus, sicut & in Digestis occurrunt sæpe verba similia: *Reddituiri, datuiri, traditruiri, præstituiri, defensuiri, actuiri.* Et quod plerisque videtur, ut Antonio Augustino, non esse ferendum, in *l. fidejussor. §. pater, de pign. Metuiri*, quod pro ratione superiorum verborum, videatur potius dicendum *Metutuiri*, cum tamen studio brevitatis, & *εὐφωνίας*, certe maluerit dice *Metuiri*: Namque studium tale hæc peperit compendia. Invenio & Julium Severianum anti- C quum Rhetorem, ita legere, quod nondum quisquam emendavit, in illo loco Ciceronis in prætura urbana: *Quis hoc non perspicit præclare nobiscum actuiri, si popul. Rom. istius unius supplicio contentus fuerit?* Ergo reponas *restituiri*, & hic cave existimes in hac *l.* quod vulgo omnes volunt, agi de duabus cautionibus: de cautione evicta hereditate legata restituiri, & de cautione, quæ dicitur cautio legis Falcidiæ, *l. 70. ad leg. Falcid.* quod interponatur servandæ Falcidiæ causa, quoties heres solvit legatum, nondum bene subducta ratione bonorum, legatorum, & æris alieni: cujus formula hæc est: *Quod amplius legatorum nomine, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperis restituiri.* Ut scilicet hæc cautio posterior interponatur, si heredi non fiat hereditatis controversia: illa prior interponatur, si fiat D heredi controversia hereditatis: Nam hæc differentia falsa est: quandoquidem & illa cautio, evicta hereditate legata restituiri, interponatur, & præstatur heredi, qui solvit legatum, non tantum si patiatur controversiam hereditatis, sed & si speret, aut metuat, & ex quacunque justa causa, & probabili, non tamen temere, ne legatarius oneretur cautione supervacua, *l. 3. §. si legatarius, l. 4. in princ. si cui plus quam per leg. Falcid. l. Julian. §. Marcel. ff. ad exhibend. l. quod si possessor, D. de petit. heredit.* Sicut transigit etiam quis recte de re, aut negotio aliquo non tantum si controversiam patiatur, sed etiamsi speret, aut vereatur, *l. 2. sup. de transact.* Et præterea *l. 9.* loquitur tantum (quantum ex verbis apparet, & nisi ea licet calumniari) de ea cautione, si evicta fuerit hereditas, legata E restituiri: Et hoc vult, quod etiamsi hæc cautio nonnunquam præstetur nulla mota controversia, ut supra ostendi, non ideo minus præstabitur mota controversia, puta dicente aliquo testamentum falsum, imo vero tum magis præstabitur, & ita *lex 9.* est accipienda. Quod autem in definitione nostra legati notavi, etiam a coherede coheredi legatum relinqui, sciendum est, id quod ita relinquitur, appellari proprie prælegatum, præcipuum, & præceptionem, quod habeatur, & capiatur extra partem hereditatis præcipuo jure, & antequam dividantur bona inter coheredes. Et hujus præceptionis natura hæc est, ut cui relicta est, pro parte sua hereditaria ex qua institutus est, præceptionem capiat jure hereditario,

pro

pro parte coheredis jure legati, quod pro parte ſua non poſſit præceptionem accipere jure legati, quia nihil a me ipſo mihi poteſt legari, ne idem ſim & legatarius, & debitor legati: denique heres prælegati partem capit jure hereditario ex ſua perſona; eamque poſſidet pro herede: partem autem capit jure legati ex perſona coheredis: Et ideo hanc non imputat in Falcidiam: illam imputat *l. in quartam 91. ff. ad leg. Falcid. l. filium, ſupra, famil. erciſc.* Et inde ſumitur materia dubitandi *l. 12. hoc t.*

Ad L. XII.

LEX eſt ſingularis propter reſponſum Papiniani in ea relatum, quod alibi non exſtat. Quæſtio eſt, an heres ex parte inſtitutus, cui & aliquid legatum eſt per præceptionem, ſi repudiaverit portionem hereditatis, ex qua eſt inſtitutus, poſſit vindicare prælegatum, ſive præceptionem? Quærendi & ambigendi cauſa duplex eſt. Primum, quia abſurdum eſt hereditatem ſcindere, id eſt, partem agnoſcere, partem repudiare, *l. un. §. his ita, inf. de caduc. toll.* Et videtur ſcindere hereditatem, qui omittit partem ſibi adſcriptam, & totum prælegatum amplectitur, quia pars prælegati, eſt pars hereditatis. Altera hæc eſt, quia qui repudiat hereditatem, videtur impugnare judicium defuncti: ideoque quatenus in eo eſt, inteſtatum defunctum facit deſerto teſtamento, id eſt, repudiata hereditate: & qui impugnat judicium defuncti, indignus eſt ex eo quidquam conſequi, *l. Papinianus, §. Papinianus, §. meminiſſe, ff. de inoffic. teſtam. l. ſi patroni 55. §. quid ergo, ff. ad Trebell.* hæ ſunt duæ rationes dubitandi, quibus non movetur Papinianus, quin reſpondeat, præciſe heredem ex parte ſcriptum, qui repudiavit hereditatem, integrum legatum præcipere, quia ſcilicet (ut reſpondeamus primæ rationi) tunc cum repudiavit hereditatem, totum prælegatum videtur a coherede capere jure legati, non partim jure hereditario, partim jure legati, ut *l. qui filiabus 17. §. ult. & l. ſeq. l. quæſitum, §. duobus, de legat. 1.* Qua ratione etiam ei, cui aufertur hereditas ut indigno, non ſemper etiam aufertur præceptio, ullave præceptionis pars, *l. cum quidam, l. eum qui, §. ult. ff. de his quæ ut indign.* Et ita conſtitui ſane melius eſt, ne dum non vis ſcindere hereditatem, eveniat, ut ſcindas legatum, quod eſt æque abſurdum, *l. 4. de legat. 2.* Nam id teſtator voluit integrum præſtari, nec dividi voluntatem & liberalitatem ſuam. Et hoc ita eſt omnino, præſertim ſi is, qui indignus eſt de hereditate, puta, quod ejus tantum nomen teſtator deleverit data opera, non ſit etiam indignus præceptione, quam non induxit, non delevit, ſicut inſtitutionem: Nam ſi utroque ſit indignus, utrumque ei auferetur, ut ſi non ſit ultus necem defuncti, quod eſt ingratitudinis & impietatis crimen, ei & hereditas aufertur & prælegatum, *l. ſi ſequens, §. 1. ff. de Senatuſconſ. Syllan.* Itemque ſi falſum teſtamentum dixerit, vel inofficioſum, nec obtinuit: Nam & huic omne commodum aufertur, omne lucrum proveniens ex teſtamenti cauſa, quod non ita fiet, ſi injuſtum teſtamentum dixerit, id eſt, non ſolemne, & non obtinuerit, quoniam hic diſputavit de jure, id eſt, dixit in teſtamento non eſſe obſervata ſolemnia juris: non etiam impugnavit judicium defuncti, ſicut qui dixit falſum vel inofficioſum. Qui dicit injuſtum, ducitur ſtudio tuendi juris, ne quod teſtamentum admittatur injuſtum: qui falſum, vel inofficioſum dicit, ducitur ſtudio impugnandi teſtamenti: & hoc ita demonſtratur in *l. poſt legatum, §. pen. & l. ſeq. de his quæ ut indig.* Et ita etiam (ut reſpondeam ſecundæ rationi) is, qui repudiat partem hereditatis, id non facit, ut impugnet teſtamentum principaliter, non animo impugnandi teſtamenti, ut non ſit propterea indignus præceptione integra, ſive prælegatione, quia hoc facit providentia quadam, ut ſibi bene conſulat, ne ſe implicet per aditionem negotiis & moleſtiis hereditariis, *l. filio 87. de legat. 1.* Quod & *lex quid* A *ergo 90. eod. tit.* ait fieri providentia quadam. Merito igitur Papinianus reſpondit *d. l. 12.* eum, qui repudiavit hereditatem, poſſe integram præceptionem vindicare, quia non ſcindit hereditatem, imo legatum ſcinderet, niſi id integrum vindicaret, & quia repudiando hereditatem, non videtur impugnaſſe teſtamentum: nihil denique feciſſe videtur, quo ſit judicandus indignus integro prælegato, quod mavult, quam hereditatem. Neque obſtat *l. ult. §. ult. D. de dol. except.* ad quam, ut nihil amplius addam, Accurſius reſpondet rectiſſime, quem conſulatis. Non obſtat præterea *lex miles, §. ult. D. de legat. 2.* ex qua etiam in contrarium efficiunt, eum, qui repudiavit hereditatem, integrum prælegatum non tranſmittere ad heredem ſuum: quia ut perſpicue reſpondeam, illa lex non loquitur de eo, qui repudia- B vit hereditatem, ſed de eo, qui deceſſit inter deliberandum; hic, quia nondum in eo res fuit, ut totum legatum ad eum pertineret, quia deliberans deceſſit, tranſmittit tantum prælegatum in ſuum heredem pro parte coheredis: portio hereditatis, quæ eſt in prælegato, accreſcit coheredi. Neque obſtat *l. apud, §. ſi quis ex uncia, D. de dol. except.* Nam conſentit omnino cum Papiniano, præterquam in poſteriori parte, cujus ſpecies hæc eſt; Heredem, cui relictum erat prælegatum, pretium accepiſſe hereditatis a ſubſtituto, ut repudiaret hereditatem: is reipſa non repudiavit, licet repudiaverit, quia habet pretium, & ideo ſi integrum prælegatum petat, repellitur, quia reipſa non repudiavit hereditatem. Neque etiam obſtat *l. ſi non ſolus, §. 1. ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.* quia ibi non loquitur de eo, qui C repudiavit ſimpliciter hereditatem, ſed de eo, qui dolo malo repudiavit hereditatem ſibi delatam ex teſtamento, ut eam haberet ab inteſtato, cum eſſet ex proximioribus agnatis, in fraudem ſcilicet teſtatoris & legatariorum, ut legata interciderent non providentia ſui commodi, aut onerum hereditariorum devitandorum, ſed malitia quadam: atque ita impugnavit teſtamentum & ipſemet patitur fraudem, quam aliis intentabat, ut ſcilicet ex teſtamento non ferat prælegatum, qui cauſam inteſtati ſequi maluit, ut in *l. quidam, eod. tit. l. bonorum, D. de legat. præſtand.* Falcidiam tamen fert ex legatis: quia Falcidia capitur jure inteſtati, *l. filiusfamil. ff. ad leg. Falcid.* Neque poſtremo obſtat *l. ſi patroni, §. quid ergo, ff. ad Trebellianum*, ubi oſtenditur eum qui recuſavit adire hereditatem, vel qui eam repudiavit, D quam erat rogatus reſtituere alteri, ſi coactus adierit, & reſtituerit, amittere Falcidiam & prælegatum. Ratio hæc eſt, quia adiit alieno periculo ſine metu onerum: nemo enim cogitur adire ſuo periculo: alieno cogitur. Nos autem loquimur de eo, qui repudiavit, cum non poſſet adire ſine ſuo periculo. Atque ita diſſolvi omnia, ut puto, huic legi contraria. Reliquas leges de legatis cras abſolvam.

AD LL. I. III. XI. XVII. XXII. & XXV.

OBſervandum hoc uno titulo multa contineri, quæ in Digeſtis in varios titulos diſpertita ſunt: nam & hic agitur de annuis legatis, de quibus proprius ti- E tulus in Digeſtis & ſimiliter de alimentis legatis: & de adimendis legatis, & de legatis, quæ ut indignis auferuntur. De annuis legatis eſt *l. 22.* Annuum legatum, aut fideicommiſſum eſt ſimile uſufructui, quia finitur morte, & ad legatarii heredem non tranſit, id eſt, cohæret perſonæ legatarii, aut fideicommiſſarii, *l. 4. l. in ſingulis, ff. de annuis legatis, l. patrimonii, ff. de uſufructu legato*, niſi ſcilicet etiam heredi relictum ſit hoc modo: *Titio & heredi ejus annuos aureos decem heredem meum dare jubeo.* Quo caſu *l. 22.* declarat heredis appellatione, contineri etiam heredem heredis, & omnem ſucceſſorem in infinitum. Quod tamen locum non obtinet in uſufructu legato *Titio, & heredi ejus*. Et eſt hac in re diſſimilitudo inter legatum annuum & lega-

legatum uſusfructus: Nam annuum, quod legatum eſt certæ perſonæ, & heredi ejus, pertinet ad heredem heredis, & inſequentes omnes heredes, qui aliis alii ſuperveniunt, ut unda ſupervenit undam, ut inquit ille de heredibus loquens. Uſusfructus autem legatus Titio, & heredi ejus, pertinet tantum ad heredem proximum, non ad ſequentes deinceps, ex *l. antiquitas, ſup. de uſufr.* quia ſi uſumfructum extenderes ad omnes ſucceſſores, inutilem faceres proprietatem nudam, ſemper abſcedente uſufructu. Non poteſt uſusfructus ſemper abeſſe a proprietate: alioqui inane eſſet, & vanum proprietatis nomen. Uſusfructus nullus eſt perpetuus: aut certe plena proprietas eſt potius, quam uſusfructus. Et ita ſi quis forte vellet uſumfructum tranſire a fructuario ad omnes ſucceſſores fructuarii, proculdubio dicerem hunc nomine *uſusfructus*, intellexiſſe plenam proprietatem, & non uſumfructum. Sicut quum quis ab herede fructuarii legat rem, id eſt, proprietatem, cujus uſumfructum legavit, ſane videtur ſub appellatione *uſusfructus* proprietatem legaſſe, cum ab herede ejus proprietatem, id eſt, rem ipſam per fideicommiſſum reliquerit, *l. ult. D. de uſuf. earum rerum, quæ uſu conſum. l. ſpecies, ff. de aur. & arg. leg. l. filios, ff. de uſufr. leg.* Et ſimili ratione alia exiſtit differentia inter legatum annuum & legatum uſusfructus: Nam legatum annuum relictum Eccleſiæ, templo, collegio, vel Reipublicæ, in perpetuum debetur, *l. 6. l. annua, §. ult. l. antepen. l. pen. ff. de annuis legatis, l. 45. quæ eſt Græca, ſup. de epiſcopis & clericis.* Aliud eſt dicendum, ſi uſusfructus legetur Eccleſiæ, vel Reipubl. ut legimus apud Capitolinum, Divum Pium patrimonium privatum in filiam contuliſſe, ſed fructus Reipublicæ donaſſe. Uſusfructus legatus Reipublicæ, non poteſt eſſe perpetuus, aut certe non eſt uſusfructus, ſed proprietas plena. Ideoque placet uſumfructum legatum reipublicæ finiri centum annis: quoniam is eſt finis longiſſimus vitæ humanæ, *l. an uſusfructus, ff. de uſufructu, & l. ſi uſusfructus, ff. de uſufructu legato.* Comparatur Reſpublica homini, & ideo ſpectatur quantum temporis homo per rerum naturam longiſſime vivere poſſit, ut tanto tempore Reſpublica, quaſi morte amittat uſumfructum, & finis dicitur vitæ longævi hominis eſſe centum annorum: licet Mathematici apud Trebellium Pollionem *in Claudio*, dicant, homini ad vivendum datum eſſe 120. annos: nec amplius cuiquam jactant eſſe conceſſum, etiam addentes, Moſen ſolum Dei familiarem, vixiſſe 125. annis, qui cum quereretur, quod juvenis interiret, reſponſum ei ab incerto, ferunt, numine, neminem plus eſſe victurum. Quod ſi forte quis in perpetuum legaret, in omne ævum uſumfructum, plane hunc dicerem abuſum nomine uſusfructus, & ſolidam proprietatem videri legatam: proprie enim uſusfructus omnis temporarius eſt, longe alia ratio annui legati, annuæ penſionis, quæ poteſt eſſe perpetua. De alimentis legatis eſt *l. 1. hoc tit.* de alimentis, quæ teſtator legavit libertis ſuis, *quoad cum Claudio Juſto morarentur:* quæ verba *Quoad* accipiuntur pro conditione, id eſt, ſi cum Claudio Juſto morarentur, habitarent: & mortuo Claudio vivo teſtatore, proculdubio legata debentur libertis poſt mortem teſtatoris. Ita accipienda *l. annua, in princip. de annuis legat.* quia non ſtat per libertos, quo minus habitent cum Claudio, cum quo dicunt ſe libenter habitaturos, ſi ſupervixiſſet. Atqui mortuus eſt eo tempore, quo conditio impleri non potuit, nempe vivo teſtatore, qui poſt mortem ſuam demum eos voluit inſimul habitare: mortuo autem Claudio poſt mortem teſtatoris, etiam *l. 1. hoc tit.* oſtendit, & *l. Cajo, §. 1. de ann. legat.* in qua proponuntur verba eadem hujus *l. 1.* Dicitur, inquam, utroque loco, mortuo Claudio poſt mortem teſtatoris deberi alimenta libertis: hoc ita accipiendum eſt, ne quis fallatur, ſi liberti conditioni paruerint, conditionem impleverint, id eſt, ſi poſt mortem teſtatoris aliquanto tempore cum Claudio morati ſint: vel ſi per eos non ſtetit, quo minus fieret, ſed per Claudium,

A forte, qui eos excluſit, quo caſu conditio habetur pro impleta, id eſt, cum non per eum, cui adſcripta eſt, ſed per eum, in cujus perſona implenda eſt, ſtat quo minus impleatur, *l. 1. ſup. de inſtit. & ſubſtit. l. in omnibus cauſis, D. de regul. juris.* Ergo ſi poſt mortem teſtatoris liberti potuerint demorari cum Claudio, *demourer*, nec demorati ſunt, licet Claudius poſtea deceſſerit, non debentur alimenta eis, quia intelligitur defeciſſe conditio in eis. Sed ſi cum Claudio morati ſunt, impleta conditione legati, legata eis debebuntur quandiu vivent, etiam poſt mortem Claudii. Hæc eſt ſententia *l. 1.* cui etiam addendum eſt, ita demum locum eſſe, ſi alimentariorum, id eſt, libertorum gratia teſtator eis adſcripſerit habitationem certam: puta, ut apud Claudium habitarent, forte heredem ſuum. Proponitur in hac *l. 1.* B teſtatorem legaſſe libertis ſuis alimenta & veſtiarium, ut in *l. 16. in prin. D. de aliment. legat.* Sed & ſi alimenta legaverit ſimpliciter, videtur & legaſſe veſtiarium, & habitationem: quia ſine iis ali corpus non poteſt, ſine iis tolerare hanc vitam non poſſumus. Immo vero, quod mirum eſt, ſi legaverit alimenta ſimpliciter, ex voluntate defuncti etiam continetur diſciplina, quod eſt ſuaviſſimum alimentum animorum, *l. legatis, & ſeq. & l. ult. eod.* Verum in hac ſpecie teſtatrix, quæ libertis legavit alimenta & veſtiarium, alimenta rudius pro cibariis tantum accepit. Denique alimentorum appellatione, nec veſtiarium complexa eſt, cum adjecerit ſpecialiter veſtiarium, nec habitationem, cum legato conditionem adſcripſerit, ut liberti habitarent apud Claudium: quam ſi adjecerit propter legatarios, ſive C alimentarios, ut haberent ubi habitarent, ut certam eis habitationem deſignaret, ſane etiam poſt mortem Claudii, apud quem eis præſcripſit ut habitarent, alimenta eis debebuntur, & ita ponendum eſt in ſpecie *l. 1.* & attigit Accurſius, deſignatam fuiſſe, & indictam habitationem ipſorum alimentariorum gratia, ut non cibaria, & veſtiaria tantum haberent, ſed & habitationem certam: Nam aliud omnino dicendum erit, ſi propter Claudii utilitatem teſtator edixit, ut libertis præſtarentur alimenta, ſi habitarent cum Claudio, puta, ut ei eſſent in obſequio, in miniſterio, in actus adminiſtratione, & interim alerentur: Nam hoc caſu, Claudio de medio ſublato, finietur legatum, quod libertis relictum eſt contemplatione Claudii, ut ei Claudio uſui eſſent, *l. illis libertis, ff. de condit. & de-* D *monſt.* De adimendis legatis agitur *l. 3. 11. & 17.* Adimuntur legata eodem teſtamento, vel codicillis teſtamento confirmatis, vel pure, vel ſub conditione, ut & dantur, *l. 17. hoc t.* dum tamen adimantur eo modo, quod data ſunt, ut olim obtinuit: nam ſi ita ſint data, *Do, lego*, ita ſunt adimenda, *Non do, non lego*, ſin autem ita, *Heres dato*, ita adimenda, *heres non dato*, vel etiam, ut hodie obtinet, adimuntur quibuſcunque verbis: Nam ut olim certis, conceptiſque verbis dabantur, & adimebantur: ita hodie quibuſcunque & dantur, & adimuntur, & vel adimuntur ipſo jure, vel ope exceptionis: Ipſo jure, ſi nominatim: Ope exceptionis ſi nuda, tacita & præſumpta voluntate, conjectura voluntatis, ut puta ſuſceptis cum legatario graviſſimis, & capitalibus inimicitiis, *l. 3. §. ult. l. ex parte, l. cum* E *ſervus, D. de adimend. leg.* Opus eſt exceptione, quod contra voluntatem legatarius petat, ſi legatum non ſit ademptum nominatim. Et hoc etiam diſtat legatum a fideicommiſſo: nam fideicommiſſa etiam nuda voluntate adimuntur, & etiam codicillis non confirmatis teſtamento: & nuda tacita voluntate videtur adimere legatum, puta relictum filiæ, qui rem ei legatam, poſtea pro eadem dat in dotem, *l. 11. hoc tit.* ſicut ſi quis rem legatam alii donet, vel ſi eam vendat alii, modo vendat ſua ſponte, non urgente neceſſitate, *l. cum ſervus, & l. rem legatam, D. de adim. legat. & l. fideicom. §. ſi rem, de legat. 3.* non tamen videtur ademiſſe legatum, ſi rem legatam dedit pignori creditori ſuo, & ita definitur in *l. 3. hoc tit.* cujus teſtimonio etiam utitur Juſtinianus in

§. ſi

§. *ſi rem*, *Inſt. de legat.* Ergo qui rem legatam pignori, vel hypothecæ dat, non videtur mutaſſe voluntatem ex ſententia *l.* 3. cui valde obſtat *l. ſi maritus*, *ſup. de donat. inter vir. & uxor.* cui ſimilis eſt *lex cum hic ſtatus*, §. *ſi maritus*, *ff. eod. tit.* Nec ſcio an quiſquam poſſit *legem* 3. in concordiam adducere cum §. *ſi maritus*. Loquitur de re donata uxori, quæ donatio ab initio non valet, ſed morte confirmari poteſt, ſicut legatum morte confirmatur, nec ſtatim vires accipit a teſtamento. Donatio inter virum & uxorem confirmatur morte, ſi in eadem voluntate perſeveraverit donator ad mortem uſque, ex oratione D. Antonini, quare recte dicitur, eam donationem factam inter maritos, legati, aut fideicommiſſi partibus fungi, ac proinde ſubjici Falcidiæ, *l. in donationibus*, *inf. ad leg. Falcid.* Cum igitur ſit inſtar legati, cur ſicut res legata non videtur adimi, ſi eam teſtator creditori ſuo oppignoraverit, idem non ſtatues in re donata conjugi? cur vis, ut videatur donator mutaſſe voluntatem, qui rem donatam uxori pignori dat? Non poteſt idonea adferri ratio diverſitatis, tamen quidam tentant adferre, ſed non quo genere expleri poſſit animus: & ubi non eſt idonea ratio diverſitatis, idem jus ſtatuendum, ut eleganter ait *l.* 3. §. 1. *de inju. rupt. teſtam.* quamobrem deinde etiam Juſtinianus in *Novel.* 162. abrogat *l. ſi maritus*: idemque jus vult eſſe in donatione inter virum & uxorem, quæ legati partibus fungitur, & in legato, ut neutrum videatur ademptum, quaſi mutata voluntate, ſi res donata, vel legata, pignori, vel hypothecæ detur, *d. Novel.* Addit lex 3. hoc titulo, heredem, a quo legatum relictum eſt, licet poſt teſtamentum rem legatam teſtator oppignorarit, debere eam luere, & præſtare liberam legatario, etiamſi actio in perſonam electa ſit, quod notandum, id eſt, etiamſi legatarius malit petere legatum per actionem in perſonam, id eſt, actionem ex teſtamento, debet ei heres rem liberam præſtare, id eſt, pignore ſolutam, ex quo apparet legem 2. pertinere ad legatum per vindicationem, quod peti potuit vel actione in perſonam, vel in rem, *l. cum filius*, §. 1. *de legat.* 2. *l. hujuſm.* §. *ult.* & *l. ſeq.* & *l. ſi ſervus*; §. *cum homo*, *de legat.* 1. nam ante Juſtinianum, legatum damnationis petebatur tantum per actionem in perſonam: & ei quidem, qui agit in rem, ſi vicerit, res libera reſtituenda eſt, quia rem ſuam petit, & vindicat, utque optimo jure eſt, & optima conditione, immunem, liberam, optimam maximam petit, quod non ita petit qui agit in perſonam, id eſt, qui intendit rem certam ſibi deberi: nam hic rei qualitatem non attingit, & tamen, ut ait *lex.* 3. etiamſi in perſonam agatur, non in rem, res præſtanda eſt optimo quoque jure, & optima conditione quaque, non obligata, ſed immunis.

Ad LL. V. & VIII. & pen.

DE legatis, quæ ut indignis auferuntur eſt *l.* 5. 8. & *pen. lex* 5. loquitur de portione hereditatis legata: Nam placet, portionem hereditatis poſſe legari, puta unciam, aut ſextantem hereditatis, *l. mulier*, §. *ult. ff. ad Trebell.* quod ſatis mirum eſt, ut ex uncia ſcriptus pro legatario habeatur, cum unciarum nomina ſolis heredibus. ſcriptis imponantur ad deſignandas portiones hereditarias, puta uno ſcripto ex uncia, alio ex beſſe, alio ex triente: Sed e contrario evenit etiam aliquando; ut heres ſcriptus habeatur pro legatario: puta ſi ſit ſcriptus ex re certa adjectis coheredibus ſcriptis ex partibus, vel ſine partibus: nam qui cum eis ſcribitur heres ex fundo certo, loco legatarii eſt, quod attinet ad creditores hereditarios, *l. pen. ſup. de hered. inſtit.* Et ita etiam olim, qui ex Senatuſconſulto Pegaſiano hereditatem recipiebat, erat loco legatarii, non loco fideicomiſſ. heredis, §. *poſt quod Senatuſconſultum*, *Inſtit. de fideicom. hered.* Nunc finge: portio hereditatis cuidam legata eſt: is de hereditate furatus eſt res aliquas: non eſt in eis rebus habiturus portionem ullam: in ceteris eſt habiturus portionem ſibi legatam: in iis, quas ſurripuit de hereditate, nihil eſt habiturus, ſed aufertur ei in rebus ſubreptis portio, quam habuiſſet, ſi eas non ſubripuiſſet ut indigno, nec tamen fiſco addicitur, ſed heredi remanet: Non omne, quod eripitur ut indigno, confiſcatur. Ita eſt accipienda *l.* 5. adjuncta *l. Paulus*, §. *ſi certa*, *ad Trebell.* Aufertur etiam legatum tutori teſtamento dato, cui remunerandæ fidei gratia, remunerandi officii gratia, pater legatum reliquit, ſi tutela ſe excuſaverit, ut qui tutelam recuſarit, non ferat præmium tutelæ, ſive remunerationem, ſed etiam hoc caſu legatum non confiſcatur, ſed relinquitur pupillo, cujus utilitatem ille deſeruit, vel heredi extraneo, ut *l. poſt legatum*, §. *amittere*, *ff. de his quæ ut indig. l. tutor petitus*, §. 1. *ff. de excuſat. tutor. l. pen. hoc tit.* Et poſtremo aufertur ut indigno, qui celavit teſtamentum in fraudem heredis ſcripti, & defuncti, ſed hoc quoque legatum, quod ei aufertur non cadit in fiſcum, ſed remanet apud heredem, quem fraudare voluit celando teſtamentum, perinde ac ſi haberetur pro non ſcripto, *l. pen. hoc tit.* Et ita ex hoc titulo habemus tres caſus, quibus erepta legata quaſi indignis, non cadunt in fiſcum, ſed remanent apud heredes. Et ad ſecundum caſum omiſi pertinere *l.* 8. quæ docet, excipiendum eſſe tutorem non jure datum, cui legatum relictum eſt, ut ſi miles tutor datus ſit, qui non jure datur, *l.* 4. *ſup. qui dare tut. vel curat.* Hic ſi non gerat tutelam, cum non jure poſſit gerere, non amittet legatum. Hæc eſt ſententia *l.* 8.

Ad LL. II. IV. X. XIII. XV. XIX. XX. & ult.

SEquuntur in hoc titulo quæ communia eſſe dicuntur inter legata & fideicommiſſa, ea nos expedite, & communiter latius adhibita interpretatione exponamus. Inter legata & fideicommiſſa jam hoc commune eſſe diximus, ut ab herede præſtentur, quæ pure relicta ſunt ſine mora, vel ſtatim poſt diem, aut conditionem expletam, etiamſi heres patiatur controverſiam hereditatis. Commune, quod eſt de annuis in *l.* 22. & quod de ademptione in *l.* 17. & quod de verborum obſervantia, quibus relinquuntur *l.* 21. his addamus multa alia communia, quæ ſunt, & proponuntur hoc tit. & poſt hunc titulum ex ſequentibus adduntur, & alia complura, ut inde merito quæri poſſit, cur cum in hoc titulo, etiam in ſequentibus, multa communia proponantur legatis & fideicommiſſis, tamen detur infra titulus ſpecialis de communibus, id eſt tit. *Communia de legat. & fideicomm.* quod explicabimus cum pervenerimus ad hunc tit. Interim hoc vobis diſpiciendum relinquo. Addamus autem etiam communiter de legatis & fideicommiſſis hoc eſſe proditum in *l.* 2. *hoc tit.* ut heres legatorum & fideicommiſſorum nomine teneatur, etiam ſi vendiderit hereditatem, quia hereditatis venditione non deſinit eſſe heres, ſed quod ſolverit legatariis, aut fideicommiſſariis, quibus etiam poſt venditionem bonorum reſpondere debet, ut etiam omnibus creditoribus hereditariis, id ab emptore hereditatis conſequi poteſt ex ſtipulatione emptæ & venditæ hereditatis, quæ interponi ſolet, §. *ergo ſi quidem*, *Inſt. de fideicomm. heredit.* & eſt nuda cautio, niſi placuerit fidejuſſores dari, ut in ſpecie *l.* 2. quæ de fidejuſſoribus loquitur, vel non interpoſita ſtipulatione venditori, qui ſolvit eo nomine, in emptore competit actio ex vendito, ut ſervetur indemnis damno, *l. ſi ex pluribus*, *de her. vel act. vend.* Addamus etiam commune aliud, quod proponitur in *l.* 4. *hoc tit.* ut & legatum & fideicommiſſum ſit inutile, quod ſervo proprio relinquitur ſine libertate, *l. ex fideicom. inf. de fideicom. l. pen.* §. *illo*, *ſup. de neceſſ. her. inſt.* Et ex eadem *l.* 4. ut regula Catoniana tam ad fideicommiſſa, quam ad legata pertineat, id eſt, ut neque illa convaleſcant ex poſt facto, ſi ab initio inutilia fuerint: Ea regula eſt Catonis Juriſconſulti. Et aliud ex *l.* 13. hoc titulo, proprias res meas mihi legari, aut fideicommitti inutiliter, id eſt, mihi relinqui per fideicommiſſum. Et ita fidei-

committere non tantum eſt onerare fideicommiſſo heredem, aut legatarium, aut donatarium mortis cauſa, aut debitorem (nam ii omnes fideicommiſſo onerari poſſunt) ſed etiam eſt relinquere aliquid per fideicommiſſum, ſcilicet ut fideicommittere L. Titio, vel eſt a L. Titio fideicommiſſum relinquere, vel ipſi L. Titio fideicommiſſum relinquere, ut *l. 13. hoc tit. & l. 1. inf. de litig. l. ſi tibi certam, ff. de adimend. leg. l. ſi a me tibi, ff. ad leg. Falcid.* Et ita fideicommiſſarius non tantum eſt is, cui relictum eſt fideicommiſſum: ſed & heres, a quo fideicommiſſum relictum eſt: vel alius, a quo fideicommiſſum relictum ſit jure, ut in *l. quamvis ff. de judic. & Novella* 108. Item *l. 10. hoc tit.* eſt communis de legato, & fideicommiſſo rei alienæ. Res aliena olim non potuit legari per vindicationem, ut probat *l. Stichus ſervus, ff. de man. teſtam. l. tantum* 88. *de verbor. ſignific.* Per damnationem legari poteſt, *l. alienus, ad leg. Falcid.* Itemque per fideicommiſſum relinqui: imo & per vindicationem ex SC. Neroniano, cujus meminit Ulpianus *lib. regul. tit. de legat.* Et ita demum valet legatum, vel fideicommiſſum rei alienæ, ſi teſtator ſcierit eſſe alienam: quoniam hæc eſt cognitio defuncti, qui non ignorat rem alienam eſſe, quam reliquit, ut heres eam redimat a domino, & præſtet: vel ſi non poſſit, ut heres præſtet ejus juſtam æſtimationem: Quod ſi ignorans teſtator rem alienam reliquerit ut ſuam, relictum non valet; quia ſi ſciſſet eſſe alienam, forte non legaſſet: hoc ita (ut oſtendit *l. 10.*) niſi rem alienam ignorans, & per errorem reliquerit ei, cui relicturus erat, etſi ſciſſet eſſe alienam, vel eam ipſam rem, vel aliam ejuſdem pretii, ut ſi filio reliquerit, ſi fratri cariſſimo, ſi uxori, & adde, ſi alumno, arg. *l. in teſtamento, D. de fideicom. liber.* Nam in alumnum etiam nobis eſt præcipua quædam affectio, qui inter manus noſtras crevit, & in manibus noſtris alumnatus eſt. Item ſi heredi ſuo rem alienam reliquerit, ut ſi heredem ſcriptum præcepto fundo, qui erat alienus, juſſerit hereditatem alii reſtituere: Nam etiam erga eum, quem honore heredis affecit, videtur duci affectione quadam præcipua, ut indiſtincte præcipere poſſit fundum alienum, aut æſtimationem ejus; ſive teſtator ſcierit, ſive non, eſſe alienum, & hoc oſtendit *l. heres præcepto, ff. ad Treb.* Ergo in perſonis his, erga quas ducimur affectione ſumma, non diſtinguimus inter ſcientem & ignorantem. Nec moveor *l. cum pater, §. evictis, ff. de legat.* 2. ubi proponitur pater uni ex filiis prælegaſſe prædia aliena, quæ exiſtimabat eſſe ſua: Et lex ait, filio cum fratribus, & coheredibus nullam actionem eſſe: unde efficiunt, legatum rei alienæ, etiam filio relictum aberrante, qui eam legat ut ſuam, non valere, aut ejus legati nullam actionem eſſe cum coheredibus: Nam (ut reſpondeatur) lex non negat, coheredes filio teneri ad æſtimationem præſtandam prædiorum, ſi nondum ea acceperit: ſed ſi ea acceperit, & evincantur a vero domino, negat ei eſſe actionem de evictione adverſus coheredes, quia regulariter heres de evictione non tenetur legatariis, aut fideicommiſſariis, quibus res certa legata eſt: quia legatarii, aut fideicommiſſarii ſunt rei lucrativæ poſſeſſores, *l. ſi a ſubſtituto, in fi. l. ſi legati ſervi, ff. de legat.* 1. Ergo in perſonis nobis conjunctiſſimis & cariſſimis non diſtinguimus inter ſcientem & ignorantem: non utimur etiam ea diſtinctione in re heredis legata, ſed in re aliena, in re extranei: Nam ſive ſciens, ſive ignorans teſtator legaverit rem heredis ſui, legatum debetur, quia facilius legamus rem heredis noſtri, quam extranei: & quia etiam heredi eſt facilior præſtatio rei ſuæ, quam alienæ, *l. unum ex familia, §. ſi rem, D. de legat.* 2. Non utimur etiam ea diſtinctione in libertate relicta ſervo alieno, *l. Paulus reſpondit, D. de fideic. libert.* hoc favor libertatis extorſit, quæ ſine pretio ubique pretioſa habetur, *l. pœnales, in fi. D. ad leg. Falcid. l. generaliter, §. ſi quis ſervo, de fideic. libert. l. 3. de alien. judic. mut. cauſ. fac. §. ult. Inſtit. de donat.* Ergo his caſibus exceptis, legatum

A rei alienæ ita demum valet, ſi ſciens rem alienam teſtator legaverit, vel alio modo reliquerit; verum ut ne hoc quidem modo efficiant legatum rei alienæ valere, obiiciunt *l. 20. hoc tit.* ad quam ſic reſpondeo: quod dico rei alienæ valere legatum, quod ſciens reliqui, hoc ſic intelligo, ſi in ea re nihil juris habeam; Nam ſi in ea re habeam aliquid juris, quæ eſt aliena, non videor rem ipſam legare, ſed id tantum juris, quod in ea habeam, ut ſi rem legem, cujus uſusfructus eſt meus, nuda proprietas alterius, uſumfructum tantum legare videor: hæc eſt ſententia *l. 20.* & licet uſusfructus finiatur morte mea, tamen aliquo caſu legatum utile eſſe poteſt, ut ſi vivus poſtea nanciſcar proprietatem rei; nam poſt mortem meam legatario uſusfructus debebitur: erit etiam nonnihil utile, ſi vivus legatario concedam jus perci- B piendi fructus, propter fructus medii temporis: ut nonnunquam teſtatores dum vivunt, quæ legarunt repræſentare ſolent, & erogare legatariis, *l. 22. D. de legat.* 2. Plinius 6. *epiſtola*: *Tam rara eſt*, inquit, *in amicitiis fides, tam parata oblivio mortuorum, ut ipſi etiam debeamus nobis conditoria extruere, & omnia heredum officia præſumere.* Nec tamen in hanc rem quidquam cum Accurſio exiſtimes facere *l. Seja, D. de aur. & arg. leg.* ubi proponitur, quæ legaverat *unionem cum hyacinthis*, qui ſcilicet inerant ornamento muliebri cuidam, unionem ſolviſſe: Nam illo loco, *Unionem ſolvere*, non eſt legatum præſtare, non eſt etiam (quod tamen quidam exiſtimaverunt) unionem aceto liquefacere ad abſorbendum, & deglutiendum eum: quia in deliciis habebantur uniones liquati: ſed unionem ſolvere, eſt eximere ornamento, ut C apparet ex *l. arg. §. margar. eod. tit.* Nec exiſtimes etiam jure canonico legatum rei alienæ nullo modo valere *ex cap. filius, extra, de teſt.* In quo hoc tantum proponitur, rem alienam Eccleſiæ legatam, quod non dicit fieri inutiliter: Eccleſiam jure non detinere invito domino, hoc eſt certiſſimum: Nam & ab herede Eccleſiæ tradi non poteſt invito domino: ſed ſi eam non poſſit a domino redimere, tenetur veram æſtimationem præſtare Eccleſiæ: Addamus, quoniam ſatis dictum eſt *de l. 10. & 20.* ex *l. 15. hoc tit.* legata, & fideicommiſſa Falcidiam pati. Lex Falcidia eſt tantum de legatis, ſed porrecta fuit ad fideicommiſſa ex Senatuſconſulto Pegaſiano, non ad univerſalia tantum, ſed & particularia, ſive peculiaria, ut loquuntur in jure, *§. ſed quia heredes, Inſt. de fideicom. hered.* Et ſimiliter, ut oſtendit *d. l. 15. hoc tit.* legata, aut D fideicommiſſa non debentur, niſi deducto ære alieno ex pura ſubſtantia defuncti, ne teſtamento quidem militis, *l. 1. §. denique, D. ad Trebell.* quod etiam eſt ex lege Falcidia, & Senatuſconſulto Pegaſiano, *l. 1. §. hæc verba, D. ſi cui plus quam per leg. Falcid. l. ſucceſſores, inf. ad leg. Falcid.* Aliud etiam, quod eſt commune inter legata & fideicommiſſa, ſuppeditat *lex 19. hoc tit.* quæ ſumme notanda eſt: nam interpretationem ſumit ex jure antiquo, quo, ut ſcitis, ante conſtitutionem *l. 2. inf. de infirm. pœn. cœlib. & l. 1. inf. de jur. liber.* quæ eſt eadem conſtitutio: eo, inquam, jure antiquo, vir ex teſtamento uxoris, & e contra uxor ex teſtamento viri non potuit ſolidum capere, quo jure etiam hodie quædam regiones utuntur, ſed partes tantum quaſdam certas, ſcilicet decimas, exceptis caſibus quibuſdam, quibus inter virum & uxorem E fuit ſolidi capacitas, quod explicat Ulpian. *lib. reg. tit. 16.* Inter alios hic unus eſt: Si duo juvenes contraxerint matrimonium, & nondum ſint ejus ætatis, quam lex Julia & Papia exigit, ut liberos procreent, ſi velint invicem capere ſolidum ex teſtamentis ſuis, id eſt, ſi vir ſit minor 25. annorum, aut mulier, vel puella minor 20. annorum. Nam intra eam ætatem ſolidi capacitatem habent: ſed videtur hic modus eſſe additus in antiqua lege: niſi paulo poſt nuptias, uter eorum, nova nupta, vel uxor, vel novus nuptus, vel maritus deceſſerit, cum nondum deferbuerit novus & inſitus calor, tum maritus ex teſtamento uxoris, etſi ſit infra eam ætatem, non capiet ſolidum: in novum enim nuptum, vel in novam nuptam effunderet conjux omnia ſua bona, & hic nimius calor

coer-

coercendus est. Et videtur lex vetus præfinivisse spatium duum mensium, quod attingit lex 19. cum ait non tantum *duum mensum*, sic legit Haloander, & castigatiores codices habent, non autem, *duorum*. Et priscus ille sermo *duum mensum*, argumentum præbet priscæ legis, quæ id spatium præfiniverit, ut scilicet ita demum novus maritus caperet ex testamento uxoris hereditatem, vel legata, vel fideicommissa, vel ut ita demum caperet donationes causa mortis, *si duum mensum* spatio cum uxore fuisset. Sed hac *l.* 19. Diocletianus & Maximianus Imperatores priscam legem abrogant, & volunt, ut etiam si minori spatio temporis maritus cum uxore fuerit, possit ex ejus bonis capere solidum: Ergo & si mensurnus tantum fuerit maritus, ut & hic utar prisco sermone usurpato a Cicerone in 1. *de inventione*, cum definit tempus, & miror eos, qui tantopere in Cicerone emendando laborarunt, locum illum non correxisse, in quo & Priscianus ita legit, & habet ita lib. 2. *Tempus est pars quædam æternitatis, cum alicujus annui, mensurni, diurni, nocturnive spatii certa significatione*: legendum est, *mensurni*, non *menstrui*, ne exulet vox prisca. Ita etiam Boetius de disciplina scholastica: *Qui Satyricis*, inquit, *inhiabat atramentis mensurnus: historiographis persæpe diurnus*: & infra: *in editionibus philosophicis mensurnus*: & infra: *venereoque accessu, si fas est dicere, mensurnus, permolliri deberet*: Sed ut sit finis aliquis huic prælectioni, addamus aliud commune ex *l. ult. hoc tit.* Olim legatum non potuit relinqui ad tempus, puta hoc modo, *lego tibi fundum illum usque in quinquennium*, *l. obligationum*, §. 1. *de oblig. & action.* Ex tempore potuit relinqui legatum, *ut post annum, quam mortuus fuero, heres meus illi fundum dato*. Ad tempus relinqui non potuit, quia dominium non potest tempore finiri ipso jure, dominium amittitur donatione, alienatione, legato, & certis aliis modis, non tempore solo: Ergo tempus non potest efficere, ut qui jure legati factus sum ejus fundi dominus, desinam esse dominus sine facto meo. Et ita non recte heres instituitur ex tempore, vel ad tempus: valet quidem institutio, sed adjectio temporis vel diei non valet, sive quis instituatur ex tempore, sive ad tempus, *l. hereditas, de hered. instit.* Et tamen heres recte instituitur sub conditione. Cedo rationem diversitatis: dico conditionem suspendere testamentum, diem non suspendere testamentum: hæc est ratio diversitatis, quam ita explano. Interim dum expectatur conditio institutionis, defunctus neque testatus, neque intestatus est, sed utriusque causa est in suspenso: ἐν μετεώρῳ. Et interim dum expectatur dies herede instituto ex die, si valeret adjectio diei, defunctus esset intestatus interim, & ex die testatus, vel heredi instituto ad diem, si valeret adjectio diei, interim defunctus esset testatus, & post diem intestatus, quod jus nostrum non patitur: nam ut paganus non potest in aliis bonis esse testatus, in aliis intestatus: sic non potest alio tempore esse testatus, alio intestatus. Valet quidem institutio ex die, vel ad diem, ita ut heres statim adire hereditatem possit jure perpetuo, & diei ascriptio sic circumscribatur, quasi mendum, aut vitium testatoris, sicut circumscribi solet conditio impossibilis. Et hæc confirmat *l. potest, D. de hered. institut. l. miles ita, D. de militar. testam.* Et addendum etiam, obligationem non contrahi ad tempus, ut quis mihi debeat usque ad quinquennium: nam & post quinquennium erit mihi obligatus, *d. l. obligationum*, §. 1. quæ utitur optima ratione: quia quod certis modis deberi cœpit, certis modis deberi desinit. Sunt certi modi contrahendæ obligationis, & certi tollendæ: veluti solutio, novatio, acceptilatio: tempus non est inter modos, *l. 7. inf. de sent. & interloc. omn. jud.* M. Tull. pro Cæcinna: *Si per has rationes*, inquit, *liberari majores nos posse voluerunt, intelligimus alio modo noluisse*. Ergo tempore, ipso jure non finitur obligatio, nec dominium, quod semel adquisivimus, sed sicut placet, obligationem finiri tempore remedio exceptionis, id est, non ipso jure, sed opposita exceptione pacti, vel doli mali, ut in §. *at si ita, Instit. de verb. oblig.* Sicut etiam placet, donationem finiri tempore, si donavi tibi rem ea lege, ut ad me redeat post quinquennium, remedio scilicet cautionis, qua tu caveas rem post quinquennium restitui, *l. 1. inf. de donat. quæ sub. mod.* Ita Justinianus *l. ult. hoc tit.* inducit remedium cautionis, quo legata, aut fideicommissa relicta ad tempus perimantur. Ergo non ipso jure, sed vi & potestate cautionis: ex qua potest conveniri legatarius, aut fideidcommissarius post tempus, ut quod accepit, heredi reddat, restituat.

Ad LL. XXIII. & XXIV.

Explicaturus sum hodie *l. 23. & 24.* in quibus est finis hujus tit. Emendant ambæ jus vetus, & pertinent tam ad legata, quam ad fideicommissa: suntque communes: & *l. 23.* pertinet etiam ad hereditates, in qua duæ quæstiones juris definiuntur aliter quam a veteribus Jurisconsultis. Prima hæc est: si quis Titio fundum Cornelianum totum reliquit per legatum, vel fideicommissum, & deinde Mævio ejusdem partem dimidiam. Quid quemque in eo, quamve partem habere oportet? Hoc definire est perquam difficile: Trahimur enim in varias sententias, dum de ea re cogitamus, de dividendo fundo inter Titium & Mævium, cui uni est adscriptus totus: alteri pro parte dimidia. Primum enim possumus dicere, Titio Mævium esse conjunctum in partem dimidiam: ita ut Titius habeat partem dimidiam solus, & alterius dimidiæ partem tantum dimidiam, id est, ut Titius in eo fundo habeat dodrantem, id est, semissem & quadrantem: Mævius autem reliquum quadrantem tantum: Sicut si fundus legetur uni (quo nomine significatur plena proprietas, plenum dominium) & alii ususfructus, ambo concurrunt in usumfructum, *l. 3. §. ult. de usufr. accresc. l. tibi, D. de usufr. earum rer. quæ usu consum.* Ususfructus partis instar obtinet, *l. cum filius*, §. *dominus, de legat.* 2. Possumus etiam dicere rationem esse revocandam ad solemnem distributionem assis, ita ut cum appareat, eum, qui legavit Titio totum, Mævio partem dimidiam, Titio reliquisse alteri tanto amplius, quam Mævio, eadem proportione servata: Et ratione revocata ad assem, Titio dandum esse bessem fundi, & Mævio trientem: atque ita definitur in *l. interdum*, §. *sed si excesserit, D. de hered. instit.* quia & huic quæstioni similiter locus est in hereditate, si unus sit institutus ex 12. unciis, id est, ex toto, ex asse: alter ex 6. unciis, ratione revocata ad distributionem legitimam assis, primo dandum esse bessem: Secundo trientem, servata proportione dupla, ut primus altero tanto plus habeat, quam secundus: Nam ut inter duodecim & sex est proportio dupla: sic & inter octo & quatuor, id est, inter bessem & trientem est proportio dupla, quam constituit testator ipse: excedendo tamen modum assis, possumus & dicere, eum fundum esse dividendum ex æquo inter Titium & Mævium, quod videatur testator de toto relicto Titio detraxisse dimidium, quam deinde ascripsit Mævio. Et ex his tribus sententiis difficile est constituere, quæ potius nobis sequenda sit: Nam ut ait eleganter *l. ult. D. de adim. leg.* quæ valde pertinet ad hunc locum; cum nihil præter pecuniam numeratam legatum est, promptum est, vel facile, detrahere legato pecuniam, vel adjicere: quia pecunia numero facile dividitur: Cum autem corpus, ut fundus, est legatum, obscurior est portio, quæ vel detrahitur, vel adjicitur, & difficilior scriptura, inquit, id est, supputatio, abacus difficilior, ut rationem publicanorum Asconius Prædianus scribit appellari *scripturam*: quod nomen etiam tribuit rationibus argentariorum, quæ vocantur scripturæ mensæ. Ut merito in hac *l. 23.* Justinianus dicat, hanc supputationem dignam esse multis *ratiocinatoribus*, id est, calculatoribus. Sic habent libri veteres, non *ratiocinationibus*: Aut certe ratiocinationes accipiendæ sunt pro calculis, quasi dicat, cum intervenerit res corporalis, & agitur de minuendo legato primo adscripto in

in ſolidum, difficiliorem eſſe computationem, & perobſcuram partis deſignationem, quam ſecundo legatario teſtator dari voluit detractam primo: Opus igitur fuit conſtitutione principis, quæ hoc definiret & determinaret. Igitur Juſtiniano placet in hac *l.* 23. ut ſi primus inſtituatur heres ex duodecim unciis, ſecundus ex ſex unciis, vel ſi uni adſcribatur tota hereditas, ſecundo pars dimidia: Itemque ſi primo legetur fundus in ſolidum, ſecundo pars dimidia fundi, vel ſi relinquatur per fideicommiſſum, nihil refert, ut duo ſemiſſes fiant, id eſt, æquales partes inter primum & ſecundum, quia interpretatur Juſtinianus hanc fuiſſe cogitationem defuncti, ut primo detraheret ſemiſſem, & vult ſpectari magis cogitationem defuncti, quam proportionem juſtam, abrogato *d.* §. *ſed ſi exceſſerit*, quo primo datur bes, ſecundo triens, id eſt, primo altero tanto plus, quam ſecundo, B quod eadem ſit proportio inter beſſem & trientem, quæ eſt inter aſſem & ſemiſſem. Et vero melius fuiſſet ſervari hanc porportionem, niſi nos ab hac ſententia revocaret cogitatio defuncti, quam nobis Juſtinianus deſtinat pro certa: Princeps eſt interpres non legum tantum, ſed etiam teſtamentorum, quæ veluti leges quædam ſunt. Eodem modo, ut oſtendit hæc *l.* 23. ſi primo reliquerit fundum totum, vel hereditatem totam, & ſecundo tertiam partem fundi, vel hereditatis, ſtatuit primo deberi beſſem, ſecundo trientem: quod videatur primo, cui totum reliquerat, detraxiſſe tertiam partem, ut tantum retineret beſſem. Veteres ſervarent juſtam proportionem, & darent primo dodrantem, ſecundo quadrantem: quia eadem eſt proportio dodrantis & quadrantis, quæ totius & tertiæ partis, id eſt, quæ aſſis C & trientis. Et conſequenter, ſi primo totum adſcribat teſtator, ſecundo dimidiam partem, tertio ſextam partem, quam ſpeciem proponit hic Accurſius, dicendum eſt ex ſententia Juſtiniani, primum & ſecundum tertio debere conferre uncias duas, ut ſinguli retineant quincuncem, quod videatur teſtator cuique portionis ſuæ, id eſt, ſemiſſis detraxiſſe partem ſextam, id eſt, primo detraxiſſe ſemiſſem datum ſecundo, in primo & ſecundo detraxiſſe ſextam partem totius datam tertio, ſervata juſta proportione. Veteres darent primo altero tanto plus, quam ſecundo, & ſecundo altero tanto plus, quam tertio, quam Juſtinianus non vult ſpectari in hac *l.* 23. Quid vero dicemus, ſi primo reliquerit dimidiam partem fundi, aut hereditatis: deinde ſecundo totum, vel primo ſemiſſem, deinde ſecundo aſſem? Et hoc ſane caD ſu, quia non occurrit eadem præſumptio detractionis, quam cogitavit teſtator, ſequemur jus vetus, & proportionem juſtam, ut primus habeat quadrantem, ſecundus beſſem, id eſt, altero tanto plus, quam primus, in *l. Mævio, de legat.* 2. niſi appareat, teſtatorem, qui ſecundo legavit totum, primo adimere voluiſſe ſemiſſem, & ita Accurſius hoc loco recte. Secunda quæſtio, quæ proponitur in §. *ſed aliam*, pertinet & ad legata, & fideicommiſſa, & hereditates. Finge, Titio fundum Cornelianum legavi: poſtea eidem eundem fundum legavi repetito legato, & pone ſi vis, id me feciſſe tertio, nempe & tertio me Titio eundem fundum legaſſe, aut ſæpius: deinde legavi Sempronio eundem fundum, quo Titio eandem rem ſemel legavi, & iterum, & ſæpius, & Sempronio ſemel tantum, & ſeparatim, vel etiam finge: E Titio legavi fundum Cornelianum, deinde conjunctim Titio & Sempronio legavi eundem fundum: Quæritur, in quot partes, aut quemadmodum is fundus dividi debeat inter Mævium & Titium. Quod & de hereditate quæri poteſt eodem modo adſcripta Titio & Mævio, ſeparatim, aut conjunctim. Et concludit Juſtin. in hac *l.* contra quam exiſtimaverint veteres, æquas partes ad eos pertinere, niſi ſpecialiter teſtator expreſſerit, & dixerit (quæ verba ſunt notanda) nam omnino exigit, ut dixerit, quæ partes ſervarentur inter Titium & Mævium, alioquin æquales ſervabuntur, nec quod Titio ſæpius eadem res ſit legata, major erit portio Titii, quoniam teſtator videtur idem ſæpius dixiſſe, & iteraſſe

A potius, quam legaſſe ſæpius, *l. Mævius*, §. *eum qui*, *de legat.* 2. Veterum judicium fuit aliud, maxime Titio & Sempronio conjunctis, & ponamus exemplum in hereditate: *Titius heres eſto*: deinde dixit; *Titius & Sempronius heredes ſunto*, vel in legato: *Titio fundum illum do, lego, Titio & Sempronio eundem fundum do, lego*. Ex hac ſcriptura veteres darent Titio primum ſemiſſem, & in altero ſemiſſe eum conjungerent Sempronio, atque ita darent Titio dodrantem, Sempronio quadrantem reliquum. Et hujus ſententiæ argumentum eſt *l. dominus*, §. 1. *de pecul. leg.* & *l.* 4. *de ſtipul. ſervor.* Quibus ne quid diſſimulemus, hæc conſtitutio derogat manifeſto. Species *l. dominus* hæc eſt, ſed prius monendi eſtis, ſervum vicarium, eſſe ſervum ſervi ordinarii in libris noſtris, & ſervum peculiarem, videlicet qui eſt in peculio ſervi orB dinarii. Nunc finge: ſervus ille vicarius, qui eſt in peculio Stichi ſervi ordinarii, eſt communis inter Stichum & dominum, id eſt pro parte peculiari Stichi, & pro parte proprius domini: Dominus Sticho cum libertate legat peculium, ergo partem vicarii, quæ eſt peculiaris, deinde eidem Sticho & libertæ legat eundem vicarium, id eſt, partem, quam in eo propriam habet, quæ ex æquo dividetur inter Stichum & libertam: Atque ita Stichus in ſervo vicarii habebit dodrantem, liberta quadrantem. Ex hac Conſtitutione faciendi ſunt duo ſemiſſes. Et dictæ *l.* 4. ſpecies hæc eſt: Servus communis Titii & Mævii ſtipulatus eſt rem certam Titio nominatim ſoli: deinde eandem rem ſtipulatus eſt Titio & Mævio, ambobus dominis conjunctim, quid fiet? Ea res Titio debetur pro dodrante, & Mævio pro quadrante, ut ſciliC cet Titius in ea habeat ſemiſſem, & alterius ſemiſſis partem, & tamen ſecundum mentem hujus conſtitutionis fient hodie inter dominos æquales portiones, non inæquales. Facilior eſt *l.* 24. quæ loquitur de filio impubere exheredato, cui pater ſubſtituit pupillariter, ſi intra annos pubertatis decederet, & pertinet tam ad legata, quam ad fideicommiſſa: Quæſtio eſt, an ab exheredato, vel a ſubſtituto filii impuberis exheredati, legatum, aut fideicommiſſum relinqui poſſit: Et primum ita diſtinguendum eſt: aut filio exheredato nihil legatum eſt: & tunc conſtat ab eo, vel ab ejus herede inutiliter legari, cum nihil ei dederit teſtator, etiamſi forte hereditas paterna perveniat aliunde ad filium per ſucceſſionem, & interpoſitam perſonam, quia non obvenit patris beneficio, ſed beneficio alieno, *l. qui fundum*, D §. *qui filium*, *D. ad leg. Falc. l. ult. de leg.* 3. Aut exheredato aliquid legatum eſt, & tunc ab exheredato, vel ejus ſubſtituto legatum relinqui non poteſt, *l. miles ita*, §. *ſi miles*, *de milit. teſt.* quia a legatario jure veteri non relinquitur legatum, ſed ab herede tantum fideicommiſſum relinqui poteſt, *l. coheredi*, §. *quod ſi heredem*, *D. de vulg. ſubſt.* hoc mutat Juſtinianus in h. *l.* 24. exæquans hac in re fideicommiſſa legatis, ut nec fideicommiſſum poſſit relinqui ab exheredato, vel ſubſtituto exheredati, etſi exheredato legatum relictum ſit: Ergo hoc vult hæc lex, ab herede legatarii fideicommiſſum, aut legatum non poſſe relinqui, legatarius eſt filius exheredatus, heres eſt ejus ſubſtitutus. Objicies igitur mox, quod vult Juſtinian. in *l. unic. ſup. ut act. ab hered. aut contra hered. inc.* hodie ab herede legatarii fideicommiſſum relinqui poſE ſe, aut etiam legatum, ergo poterit relinqui a ſubſtituto exheredati, cui legatum eſt aliquid, quod tamen negat h. *l.* 24. Reſpondeo breviter: aut certus eſt heres legatarii, aut incertus: Si eſt incertus, ut plerumque eſt, *l. Sciendum*, *de verb. ſign.* ab herede legatarii legatum, aut fideicommiſſum relinqui poteſt, quia hoc non fit nominatim, non enim nominari poteſt, qui incertus eſt, quia incertum eſt, quis ſit futurus heres legatario, quemve is ſibi heredem facturus ſit: hoc igitur non fit nominatim, ſed hoc modo, *cum legatarius mortuus erit, illi dari volo*, id eſt, ab herede legararii, qualiſcunque ſit, quem neſcio quis futurus ſit, nec nominare poſſum: vel etiam hoc modo: *Pridie quam morietur legatarius, illi dari volo.* Ergo ab herede legatarii legas recte, quia non facis palam

lam a substituto legatarii exheredati, quem ei dedisti, quoniam certus est, legas nominatim, & palam, puta hoc modo: *Filius exheres esto, filio fundum do, lego, si filius intra pubertatem morietur, Titius heres esto: Titio mando substituto filii mei, ut det Cajo centum.* Non potest nominatim legari ab herede legatarii contra jus vetus, quia sumus difficiliores in abrogando eo, quod fit nominatim, quam in eo, quod verbis tegitur, *l. si quis Sempr. de hered. inst.* Et hæc est ratio valde notanda.

AD TITULUM XXXVIII.

DE VERBORUM, ET RERUM SIGNIFICATIONE.

HIC tit. pertinet etiam ad legata & fideicommissa, & in eo l. pen. ad hereditates quoque & libertates, & tutelas, & aliquatenus etiam ad contractus pertinet. Et ut videas quam apte connectatur hic titulus superiori, serva initio l. 23. tit. superiori, de verborum significatione, ut ait illa lex, quæstionem proponit, nimirum, de significatione horum verborum: *Primo fundum Cornelianum do, lego: Secundo partem dimidiam fundi Corneliani do, lego, vel dari volo.* Et sequitur hoc t. de aliorum verborum significatione, quæ inseruntur legato, aut fideicommisso, ac omnino testamentis. Nam titulus similis, qui est in Digestis pertinet ad omnes partes juris, hic ad partem de testamentis tantum, denique est de significatione verborum legati, aut fideicommissi præcipue, veluti quid *Instructi* verbo significetur, si quis fundum, aut prædium instructum legaverit, l. 1. & 2. quid *cautionis* verbo significetur, l. 3. si quis forte heredem, aut legatarium in testamento suo cautione oneraverit, ut *l. Ballista, D. ad Trebell. l. hujusmodi, in princ. de leg. 1.* Item quid hic incertus sermo significet: *Primo, aut secundo fundum Cornelianum do, lego,* quoniam incertum est legatum, cui legaverit, an utrique, an alterutri, & si alterutri, cui potius: eademque quæstio est de fideicommisso, si ita reliquit: *Primo, aut secundo fundum Cornelianum dari volo,* & de hereditate, si ita dixerit, *ille, aut ille heres esto,* & de tutela, si ita dixerit, *illum, aut illum tutorem esse jubeo.* Nam in *l. 4. h. t.* ita oportet distinguere tutelæ dationem a datione libertatis, id est, formulam dandæ tutelæ a formula dandæ libertatis. Nam libertas potest relinqui & directis & precariis verbis: & utique relinquitur precariis hoc modo, *Stichum, aut Pamphilum liberum esse volo.* Nam *volo* est fideicommissi verbum. Tutor datur verbis tantum directis: & ideo ad tutelam in l. 4. referri debet illa formula, *illum, aut illum tutorem esse jubeo*: Nam *jubeo* est verbum directum in *l. 2. inf. comm. de legat.* hic incertus sermo, *Ille, aut ille, illum, aut illum,* quemadmodum accipiendus sit, explicat *l. 4. hoc t.* Ac postremo *l. ult.* ostendit quid familiæ nomine significetur: si quis familiæ suæ legaverit, vel si fundum legatum prohibuerit alienari extra familiam, quo modo etiam videtur fundum legare familiæ in hunc casum, scilicet si quando extero illum fundum legatarius alienaverit. Et nullæ sunt præterea leges in hoc t. ex earum brevi argumento cognoscimus, titul. proprie pertinere ad legata, & fideic. Sed ut scias etiam quam egregie, commodeque in hoc t. addatur, *& rerum*: audias Platonis gravissimam sententiam: ὃς ἂν εἰδῇ τὰ ὀνόματα, εἴσεται καὶ τὰ πράγματα, id est, *qui novit verborum significationem, & res ipsas novit,* quæ scilicet per verba significantur. Et quod ait *l. illud, in fi. D. de jur. codicill.* voluntatis quæstionem ex scripto & verbis declarari, voluntatis quæstio, est rei ipsius indagatio & verborum conceptio, rei ipsius significatio: Namque omnis oratio ex rebus & verbis constat. Seneca 14. *epistolarum.* Dialecticam in duas partes dividit, *in verba & significationes, id est, in res, quæ dicuntur, & vocabula, quibus dicuntur*: quod & de juris arte dici potest: nam omnis quæstio juris, ut eleganter Fabius ait, aut verborum

A proprietate, aut æqui disputatione, aut voluntatis disquisitione continetur. Et similiter omnis quæstio juris, ut idem ait, aut definitione solvitur, aut qualitate, aut conjectura æqui & voluntatis. Quæstiones sunt de rebus ipsis, quæ in controversiam veniunt, quæ ut dixi, plerumque dirimuntur & declarantur ex proprietate verborum, ex potestate verborum. Et ut dicere incipiam de *instructi* significatione, quæ proponitur in *l. 1. & 2. hoc t.* Si quis legaverit fundum instructum, vel ita ut instructus, est, vel prædium instructum, prædii nomen est commune: Nam pertinet & ad fundum, quod est prædium rusticum, vel ad domum & ædes, quod est prædium urbanum. Et jam non quæritur tantum de fundo instructo, sed & de domo instructa, quæ ita legata est, cum l. 1. loquatur de prædiis: ergo dicamus generaliter, prædio

B instructo legato, legatario deberi omne instrumentum fundi, id est, omnem apparatum, sine quo fundus coli, exerceri, custodiri non potest, deberi villicum, deberi servos, qui agrum colunt, boves aratorios, vasa omnia ad agriculturam necessaria, & pleraque alia, dotes fundi omnes, & ἐνθῆκαι, sic enim a veteribus appellabantur, *l. 2. de fun. instr. & inst. legat.* Aratra, puta, ligones, falces, & iis similia. Continetur etiam legato instructi omne instrumentum patrisfamil. sive matrisfamil. qui testatus, testatave est, & ita legasse proponitur. Ergo continetur supellex testatoris, & quod non est in supellectile, si sit comparatum & positum in eo fundo usus patrisfamil. gratia. Ergo extra supellectilem continetur etiam aurum & argentum, id est, vasa aurea & argentea, quæ ruri habet, & vestis, & Bibliotheca, quam ruri habuit, ut ea

C uteretur quotiens venisset in rus. De vino quæritur, & oleo, & grano, an hæc legato instructi contineantur? supellectilem facile concedimus contineri, quia & supellectile patrisfamil. videtur fundus esse quodammodo instructior, vino fundus instructus intelligi non potest: qua de causa fundi instructi, vel domus instructæ legato, Servius respondit, non contineri vina, quæ in eo fundo sunt. Ac similiter non contineri oleum, aut frumentum, nisi id, quo utitur familia rustica, quod & in instrumento fundi esse censetur, *l. quæsitum, in pr. D. de instr. leg.* Et hæc Servii sententia proponitur *l. si ita, §. 1. D. eod.* Sed eam alii JC. ita temperant, adhibita distinctione, ut si in fundo, quem uti instructus est legavit paterfamil. vina habuit, quasi in horreo, quasi in apotheca (solebant enim veteres vina habere diffusa in superiori parte ædium, eaque fumigare) si

D vina ibi habuit, quasi in horreo, quasi in apotheca, forte promercii causa, ut ea aliquando venderet, vel ut ea suo tempore transferret in urbem, tum vina legato non continentur, quia his vinis fundus non intelligitur esse instructus, sed si vina habeat testator usus sui causa, ut cum venisset his uteretur, proculdubio legato continentur, *l. 1. hoc t.* quia & his fundus instructus esse non male dici potest, quibus dominus fundi ipse se instruxit. Idemque est in oleo & in grano, quæ legato etiam continentur, ut ostendit l. 2. greges ovium, quos in eo fundo habuit paterf. ut ex iis fructum caperet, vel ut ex iis instrueret suas epulas cum rus se contulisset, quæ, inquam, in eam causam pecora ibi habuit stercorandi, vel pascendi causa, forte suarum epularum instruendarum gratia comparata, quæ tamen constat non esse in instrumento fundi: Greges

E ovium, quos in fundo habet pascendi causa, ut ex iis fructus percipiat, non continentur legato instrumento, *l. de grege, D. eod.* & tamen instructo continentur, & sic etiam supellex patrisfamil. ut dixi instructo continetur: & præter supellectilem, aurum, argentum, vestis, bibliotheca, & vinum etiam, ut dixi, quod ibi posuit non temporis causa, ut eo quandoque uteretur, cum eo veniret cum amicis, quæ tamen omnia non sunt in instrumento fundi. Ex quo apparet plenius esse legatum instructi, quam instrumenti: Nam instructo inest instrumentum fundi, atque etiam eo amplius omne instrumentum patrisfamil. omnis apparatus patrisfamil. Et de *cautionis* verbo in *l. 3. hoc t.* hoc habemus, *cautionis* verbo significari tantum nudam repromissionem sine fide-

fidejussoribus, sine pignoribus, quod etiam referendum est ad testamenta, puta, si testator heredem, aut legatarium aliqua de re cavere jusserit in *d.l.Ballista,& d.l.hujusmodi* : *parcimus heredi*, ut ait *l.Sempronius,de leg.*2.aut legatario, cui injunctum est, ut caveret alii cautionem aliquam, ut scilicet nôn cogatur quærere fidejussorem, ut sufficiat nuda promissio, sicut in *l.verum, §.item videndum, D.pro soc.*Et ita etiam Justinian.vult accipi verbum *ἀσφαλείας*, quod Græci pro cautione, & nuda repromissione accipiunt, & cautionis, & *ἀσφαλείας* nomine significatur tantum nuda promissio sine fidejussore, sine pignore, sine jurejurando. Idemque est dicendum de cautelæ verbo: Nam in hac l.3. omnes libri sic habent, *Cautione, vel cautela, vel ἀσφαλεία, ce mot la defaut dedans vos liures*. Quibus nominibus significatur tantum nuda promissio. Addi potest etiam cavillatio: nam & cavillationem dixere pro cautione. Tertul. *lib.de Corona milit. omnibus modis cavillandum, ne quid adversus Deum committatur*. Et hoc quidem ita est accipiendum, quod definit Justinianus in *h.l.3.* si sit simpliciter positum in testamento sine ullo adfixo: Nam si jusserit heredem utiliter cavere, vel recte cavere, vel idonee cavere, his verbis significabitur fidejussio, sive fidejussoris datio. Idemque si non cavere dixerit, sed satisdare: Nam etsi *satisdare* sit generale verbum, ut significat hæc l.3.tamen sine dubio accipietur pro datione fidejussoris potius, quam pro repromissione nuda, quod maxime notandum: ex hac l.3. non notant admodum notabile. Generale igitur verbum *satisdationis*, quodammodo facit speciale, ut significet dationem fidejussoris, sicut etiam *cautionis* verbum, quod certe erat generale, facit speciale, ut significet nudam promissionem tantum in testamentis. Et hoc præcipue notandum in hac *l.3.*

Ad L.pen.Cum quidam sic *vel institutionem, vel legatum, vel fideicommissum, vel libertatem, vel tutelam scripsisse*: Ille, aut ille mihi heres esto, *vel illi*, aut illi do, lego, *vel* dari volo, *vel* illum, aut illum liberum, *aut* tutorem esse volo, *vel* jubeo: *dubitabatur utrumne inutilis sit hujusmodi institutio, & legatum, & fideicommissum, & libertas, & tutoris datio: an occupantis melior conditio sit: an ambo in hujusmodi lucra, vel munera vocentur, & an secundum aliquem ordinem admittantur: an uterque omnimodo: cum alii in institutionibus primum quasi institutum admitti, secundum quasi substitutum, alii in fideicommissis posteriorem solum accepturum fideicommissum existimaverint, quasi recentiore voluntate testatoris utentem. Et si quis eorum altercationes sigillatim exponere maluerit: nihil prohibet non leve libri volumen extendere, ut sic explicari possit tanta auctorum varietas: cum non solum juris auctores, sed etiam ipsæ principales constitutiones, quas ipsi auctores retulerunt, inter se variasse videntur. Melius itaque nobis visum est, omni hujusmodi verbositate explosa, conjunctionem* aut, *pro & accipi: ut videatur copulativo modo esse prolata, & magis sit παραδιάζευξις, ut & primam personam inducat, & secundam non repellat. Quemadmodum enim (verbi gratia) in interdicto* Quod vi, aut clam, aut *conjunctio pro & apertissime posita est: ita & in omnibus hujusmodi casibus, sive institutionum, sive legatorum, sive fideicommissorum, vel libertatum, seu tutelarum, hoc est intelligendum, ut ambo veniant æqua lance ad hereditatem, ambo legata similiter accipiant, fideicommissum in utrumque dividatur: libertas utrumque capiat: tutoris ambo fungantur officio, ut sic nemo defraudetur a commodo testatoris: & major providentia pupillis inferatur: nedum dubitatur apud quem debeat esse tutela, in medio res pupillorum depereant. Sed hæc quidem sancimus, cum in personas hujusmodi proferatur scriptura. Sin autem una quidem est persona, res autem ita derelicta sunt*, Illam, aut illam rem illi do, lego, *vel* per fideicommissum relinquo: *tunc secundum veteres regulas, & antiquas definitiones, vetustatis jura maneant incorrupta, nulla innovatione eis ex hac constitutione introducenda. Quod etiam in contractibus locum habere censemus. Dat.pridie Cal.Maii, Constantinop. post consulatum Lampadii, & Orestis.VV.CC.*

Ad L.ult.Suggestioni Illyricianæ *advocationis respondentes, decernimus*, familiæ *nomen talem habere vigorem: parentes, & liberos: omnesque propinquos, & substantiam, libertos etiam, & patronos, nec non servos per hanc appellationem significari. Et si quis per suum elogium fideicommissum familiæ suæ reliquerit, nulla speciali adjectione super quibusdam certis personis facta: non solum propinquos, sed etiam his deficientibus, generum & nurum. Eos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari: ita videlicet, si matrimonium morte filii, vel filiæ fuerit dissolutum: nullo etenim modo possunt gener vel nurus filiis viventibus ad tale fideicommissum vocari: cum hi proculdubio eos antecedant: & hoc videlicet gradatim fieri, ut post eos liberti veniant. Hoc eodem valente & si quis rem immobilem cuidam legaverit, vel fideicommiserit, eamque alienare prohibuerit, adjiciens, ut si hoc fideicommissarius præterierit, familiæ suæ res adquiratur. In aliis autem casibus nomen* familiæ *pro substantia oportet intelligi: quia & servi, & aliæ res in patrimonio uniuscujusque esse putantur. Dat.xv.Cal.Novemb.Constantinop.post consulatum Lampadii, & Orestis VV.CC.anno secundo.*

SEquitur ut exponamus *l. penult. & ult. hujus t.* In *l. pen.*tractatur de alternatione rerum, & de alternatione personarum. Est magna differentia inter hanc & illam alternationem, sive disjunctionem. Alternatio & disjunctio idem est: nam si sit alternatio rerum, *illam, aut illam rem do, lego, vel dari volo*, alterutra præstabitur, non utraque: & similiter in stipulatione si promisero illam, aut illam rem, alterutra præstabitur, non utraque, quia tametsi incertus sit sermo, qui sub alternatione effertur, vel scribitur, *l.ubi autem, §.qui illud, D. de verb.oblig.l.67. §.quod autem, D.de injuriis*, & Paulus *lib.sing.de injuriis. Certum*, inquit, *dicit, qui suo nomine demonstrat injuriam, neque ita, ut per disjunctionem, illud, aut illud accidisse comprehendat*: tamen rem facile explicat, & incertum quidquid est in eo sermone dissipat electio, quæ competit heredi, vel legatario, vel promissori. Incertus est sermo fateor, *illud, aut illud*, sed electio faciet certum, quæ quidem in legatis competit legatario, si per vindicationem legatum relictum sit, ut in *l.plane, §.pen.D.de leg.1.l.19. & 23. de leg. 2.* vel competit heredi, si legatum relictum est per damnationem, *heres dato illud, aut illud*, vel si relictum sit per fideicom. *Rogo te dare Titio illud, aut illud, l.si ita relictum, §.ult.de leg.2.*Et in stipulationibus si quis stipulanti promiserit *illud, aut illud*, proculdubio electio competit promissori, nisi aliud actum sit nominatim, *l.plerumque, §.ult.D.de jure dot. l.2.§.si quis Ephesi, & §.seq. D.de eo quod cer. lo.* & in fine hujus *l. pen.* Et ita si quis promiserit mihi, *quod ille, aut ille mihi debet*, in ejus electione est, pro quo velit mihi solvere: nam pro utroque non cogitur solvere, qui promisit sub alternatione, *l.8.§.si decem, & l.si is qui decem, D.de novat.* nisi scilicet id actum sit, ut utrumque novaretur, & pro utroque debitore meo solveret mihi, ut *d.l.si is qui decem, & l.qui hominem, eod.t.* Et ita si testator, qui legavit *illud, aut illud* voluit utrumque legare, & ita sensit, proculdubio sequemur voluntatem defuncti, & conjunctionem, *aut*, accipiemus pro *&*, pro copulatione, *l.Quintus, §. ult.D. de aur. & arg. leg.* in dubio rem permittemus electioni ejus, cui eligendi jus est. Et hæc de alternatione rerum. Si sit alternatio personarum veluti, *illi, aut illi do, lego, 1. aut 2. do, lego*, nullus occurrit, cujus electio rem explicare, id est, incertum sermonem enodare possit: nam neque ille, aut ille legatarius, est idoneus arbiter ad eligendum in re sua, *l.pen. ff.de recept.* Quis enim non se potius eligeret, quam collegam. Neque etiam heres, cui testator non videtur dedisse electionem, legato relicto per vindicationem *illi, aut illi do, lego*, nec directo sermone ad heredem, nisi scilicet heredi nominatim adscripserit electionem, *illi, aut illi, utri heres volet*, ut in specie *l.16.D. de leg.2.*vel in fideicom. *illi, aut illi dari volo*, vel in legato damnationis, *illi, aut illi dato*, videtur esse electio heredis, cui malit dare, quia sermo dirigitur ad heredem, ut *illi*

det

det aut illi. Denique melior videtur esse in legato damnationis, aut fideicomm. is, qui prior ab herede acceperit legatum, aut fideicomm. melior videtur esse conditio occupantis: & ita quidam opinati sunt, ut refert Justin. in *h. l. penult.* Alii autem in hac propositione, sive specie existimabant secundum esse substitutum primo, primo, aut secundo dato, secundum dicebant esse substitutum primo: in hunc casum si primus repudiaret, & hoc quidem sequimur omnino, si modo appareat testatorem substitutionem facere voluisse, ut in specie *l. cum pater*, *§. pen. D. de leg. 2.* in dubio non inducemus substitutionem. Ergo nec admittemus illorum sententiam: alii autem dicebant, nam valde vexata fuit hæc quæstio, maxime ex fideicomm. posteriorem solum admitti ad fideicomm. *Titio, aut Mævio dari volo*: Mævium solum admitti, id est, posteriorem, quod in fideicomm. potissimum posterior voluntas spectanda sit, ut in *l. 19. inf. de fideicomm.* quæ hoc tantum habet: *certi & aperti juris est in fideicom. posteriores voluntates esse firmiores*, quod ea l. videtur dicere ad differentiam legatorum: & tamen in legatis constat posteriora judicia esse firmiora, atque potiora, *l. 12. §. pen. D. de leg. 1.* & nihilominus dico *l. 19.* dicere hoc ad differentiam legatorum, nempe in fideicom. proprie posteriores voluntates esse firmiores: nec potest poni exemplum accommodatius ad *l. 19.* quam ex hac *l. pen.* Si legavero 1. aut 2. non dicam temere secundum esse potiorem, sed si per fideicomm. legavero 1. aut 2. facilius dicam secundum esse potiorem: quod scilicet videatur testator se correxisse, qui postquam dixit 1. adiecit, *aut 2. dari volo*, ut vel hoc solo fretus secundus contendere possit se solum habere postremam voluntatem defuncti, quæ semper spectanda est in fideicomm. in legatis non utique semper, quia directam scripturam non infirmat quævis voluntas. Et ita etiam libertate data per fideicomm. sub variis conditionibus, non posterior conditio spectatur, sed levior, id est, quæ servo impletu facilior est, *l. 5. D. de manum. test. l. quod traditum*, *& l. per fideicomm. D. de cond. & dem.* Et ita ut eleganter refert Justinian. in *h. l. penult.* qui dicebant posteriorem solum admitti hoc in fideicom. tantum dicebant, non utique in legatis, in quibus hoc non est proclive ita dicere & affirmare. Sed horum sententia etiam explosa est in specie proposita, & probat Justinian. magis aliorum sententiam, de qua nondum diximus. Alii enim ita existimabant legato, aut fideicom. ita relicto, *illi, aut illi*, utrumque simul admitti ad legata, vel fideicomm. perinde ac si ita dixisset, *illi, & illi*, quorum sententiæ, explosis ceteris, magis accedit Justin. in hac *l. penult.* heredi adempta electione, cui dare malit, etiamsi res sit relicta per fideicomm. aut per damnationem, ut plane, inquit, hæc oratio *illi, aut illi*, sit παραδιάζευξις, quod verbum ego restitui primus in hac *l. pen.* id est, subdisjunctio, quæ utrumque admittat ad legatum, vel fideicom. distinctione accepta pro conjunctione: quod ne novum videatur esse, id probat argumento interdicti, quod dicitur *quod vi, aut clam*, cui inest etiam potestas copulæ, ut si quis forte quid fecerit & vi & clam, eodem interdicto teneatur, *l. is qui puteum*, *§. hoc interdictum*, *D. quod vi aut clam.* Et ita sæpissime in legibus & in testamentis occurrunt similes παραδιαζευκτικοὶ λόγοι, ut in *l. sæpe, D. de verb. sig. l. 6. sup. de instit. & subst. l. si ita facta*, *D. de inj. rup. test.* Et simili modo, placet veteribus Grammaticis, ita accipere notissimum versum illum Homeri, βούλομ᾽ ἐγὼ λαὸν σόον ἔμμεναι ἢ ἀπολέσθαι, ut dicat, *populum servari, & se perire velle*, distinctione accepta pro conjunctione. Itemque illud Æschyli: ἤκουσας, ἢ οὐκ ἤκουσας, ἢ κωφῷ λέγω, ut dicat, *audisti, & non audisti, & surdo loquor*, licet dicat, vel: itemque illud ejusdem poetæ, φίλα σιγᾶν, ἢ λέγειν τὰ καίρια, ut dicat, *Amicum ei est tacere, vel dicere, quæ ex usu sient*, id est, *& dicere quæ ex usu sient*. Sic interpres Æschyli: & ita apud Euripidem, χιτῶνά μοι χρῆσον, ἢ καὶ ἱμάτιον, ut dicat, *Stolam mihi commoda, aut tunicam*, quomodo alterum quidem petit, sed utroque dato maxime gaudet, quasi is sermo facile recipiat etiam utrumque, & ita eadem interpretatio adhibenda est in hereditate, ut declarat *h. l. pen. ille, aut ille heres esto*, ut uterque heres institutus intelligatur. Et in libertate, *illum, aut illum liberum esse volo*, utrique libertas relicta intelligitur: & in tutela, *tutorem filii mei impub. illum, aut illum esse volo*, uterque datus intelligitur. Sed non ut cum tractabamus de alternatione rerum idem juris esse diximus in legatis, & contractibus, id est, stipulationibus; ita nunc cum tractamus de alternatione personarum, dicemus idem esse in contractibus, vel stipulationibus, quod statuimus in hereditatibus, in legatis, aut fideicom. libertatibus & tutelis: non idem est in stipulationibus: Nam si stipulanti mihi, aut Titio dari promiseris, si videreris, & mihi, & Titio promisisse, si esset παραδιάζευξις, *subdisjunctio*, pro parte tantum valeret stipulatio, id est, pro parte mea, pro parte stipulantis, non pro parte Titii, quia alteri stipulor inutiliter. Et hoc ostenditur in *l. si mihi*, *& l. ult. in fine*, *D. de verb. oblig.* Et tamen constat totam stipulationem valere, si stipuler mihi, aut Titio, quia Titius non videtur adiectus, ut ei debeatur, alioquin pro parte Titii inutilis esset stipulatio, sed ut ei solvi possit, quasi procuratori meo, atque ita in totum valet stipulatio, *§. plane solutio, Instit. de inutil. stip.* Et ita si aliquam rem venderem Titio, aut Mævio præsentibus, utens hoc sermone, *tibi, aut tibi, Titio, aut Mævio, qui præsentes estis*: Mævius esset accipiendus pro adiecto, sive procuratore constituto rei venditæ accipiendæ causa nomine prioris, id est Titii, nisi uterque emere voluerit, & ego quoque utrique vendere, & hoc appareat agi: Nam tunc erit παραδιαζεύξει locus omnino. Et ita Accurs. annotat recte in ult. glossa hujus l. Lex ult. hujus tit. est facillima. Quæritur, quid verbo *familiæ* significetur, non generaliter in omnibus caussis, quoniam verbum illud est multiplex, sed in legatis tantum, aut fideicommissis, cum quis legat rem aliquam familiæ suæ, vel cum rem legatam uni, petit, ne is eam alienet extero, sed ut eam relinquat in familia: Quæritur sub nomine familiæ, qui vocentur ad fideicommissum, vel ad legatum, & quo ordine. Et de hac re Justin. in *l. ult.* ait se rescripsisse ad suggestionem Illyricianæ advocationis, id est, ad petitionem, consultationem, vel, ut habent Basilica, ἀναφορὰν, id est, *Relationem* advocatorum fori Præfecti prætorio Illyrici. Ac primum ait, ex eo legato, vel fideicommisso vocari liberos, vel parentes exemplo legitimæ successionis, id est, servato jure & ordine legit. successionis inter liberos & parentes: post liberos & parentes, ait vocari cognatos, servata gradus prærogativa, ut proximus præferatur ulteriori, ut in *l. omnia*, *§. ult. & l. peto*, *§. ult. D. de leg. 2.* Post cognatos ait vocari ex affinibus generum & nurum, non quoscunque affines, & in ea re non sequitur exemplum legit. successionis: Nam affinitatis jure nulla est successio: affinitatis jure nunquam mihi succedet gener, aut nurus: venit tamen ad fideicommissum gener, aut nurus, quod relictum est familiæ post omnes cognatos, quia sunt filiorum loco, etiam post finitam adfinitatem morte filii, aut filiæ, quod ponendum est, alioquin filius, aut filia potior esset in eo fideicommisso: post generum autem & nurum dicit vocari libertos defuncti: nam ii etiam sunt ex familia defuncti, cum sint ex nomine, *quia manumissus*, *ut* Tertullia. ait *de resurrectione carnis*, *honoratur nomine patroni*, *& tribu*, *& mensa*: & Lactant. *de vera sapientia*: *Servus*, inquit, *liberatus*, *patroni nomen accepit tanquam filius*. Si ex nomine, & ex familia igitur: nam hic familiam nominis intelligimus, non potestatem, non personas potestati nostræ subjectas, sed nominis ejusdem. Et ita familiæ nomen accipitur in *l. cum pater*, *§. fidei*, *& §. ab intestato*, *& l. Lucius*, *§. Lucius*, *D. de leg. 2.* Et ita accipere oportet in legatis & fideicommissis: nam & in aliis causis, ut notat hæc *l. ult.* aliter accipitur, veluti in rebus, quæ sunt in nostro patrimonio, sive animales sint, sive inanimæ, ut in *tit. fam. ercisc.* & in 12. *tab. proximus agnatus familiam habeto*, id est, res, sive bona: *familiæ* nomen in res, & in personas deducitur, in legatis in personas: eo ordine, quem *h. l. ult.* præscribit. Et hic est finis hujus tit.

AD

AD TITULUM XXXIX.

SI OMISSA SIT CAUSA TESTAMENTI.

IN hoc tit. proponitur edictum prætoris, quod pertinet ad tuenda legata & fideicom. cum heres inſtitutus omittit teſtamentum in necem, in fraudem legatariorum, vel fideicommiſſ. (nex non tantum eſt mors, ſed etiam fraus quædam) & ab inteſtato poſſidet hereditatem. Et pertinet etiam ad tuendas libertates tam directas, quam fideicom. teſtamento relictas, ut in 1. parte *l. 2. h.t. l. ſi inteſtatus, l. ſi ſervus, §. ult. D. ſi quis omiſ.* Et perfecta ſententia edicti hæc eſt, ſi teſtamento jure perfecto heres inſtitutus ſit is, qui & ab inteſtato defuncto lege heres eſſe poteſt, veluti proximus agnatus, vel filius, vel nepos, & is omittat cauſam teſtamenti in necem legatariorum & fideicom. manumiſſ. teſtamento, ut intercidant legata, fideicom. libertates teſtamento relictæ, quæ omnia ipſo jure non aliter debentur, quam ſi ex teſtamento adita ſit hereditas, vel alio modo adquiſita, vel petita bon. poſſ. ſecund. tab. ſecundum judicium teſtatoris, ſi, inquam, heres inſtitutus hæc omittat, ſi omittat teſtam. ſive inſtitutionem, & malit ab inteſtato hereditatem pro herede poſſidere, ut faciat compendium legatorum, aut fideicom. & ſervorum, ne hos manumittat, ne illa præſtet, vel etiam ſi heres inſtitutus non ſit de his, qui defuncto ab inteſtato ſuccedere poſſunt, ut ſi ſit extraneus, & omiſſo teſtamento heredit. poſſideat pro poſſeſſore, id eſt, quaſi prædo, veluti ab inteſtato, fingens ſibi aliquem titulum ab inteſtato poſſeſſionis, ut in *l. 1. §. non quærimus, D. eod. t.* nam omnis prædo, ſive malæ fidei poſſeſſ. fingit ſibi aliquem titulum. Denique ſi ipſe, qui heres teſtamento inſtitutus eſt, teſtatorem inteſtatum faciat dolo malo deſtituto teſtamento, deſerto teſtamento, id eſt, non adquiſita hereditate ex teſtamento, quo facto corruunt, quæ in teſtamento ſcripta ſunt, ut ſcilicet veluti ab inteſtato poſſideat hereditatem pro herede, vel bon. poſſ. vel ut prædo, pro poſſeſſore fictitio titulo & ementito, ſine onere legatorum & fideicom. & libertatum, ex hoc edicto, de quo hic agitur, cauſa cognita, in eum dantur utiles actiones legatorum nomine, & fideicom. & libertatum, quæ relictæ ſunt per fideicomm. & directæ libertates competunt. Et hæc denique omnia conſervantur iis, quibus competunt, aut debentur, perinde atque ſi ille ex teſtam. heredit. adiiſſet, non ab inteſtato. Salva tamen ei Falc. ex legatis & fideic. nam in libertatibus ceſſat Falcid. Conſervatur ei Falcid. conſervantur legata, vel fideicom. pro modo dodrantis, & libertates in ſolidum, *l. 3. hoc tit. l. ſi duo, §. ult. l. cui ſervus, D. eod. l. 1. §. ad eos, D. ad l. Falc.* atque ita fit, ut qui ex teſtam. non adiit hereditatem, fit veluti teſtamento heres jure prætorio, jure honorario, ut ait *d. l. ſi duo*, ut merito hic poſſit adnumerari honorariis ſucceſſoribus. Et omittere cauſam teſtamenti videtur is, qui repudiat hereditatem teſtamento delatam, vel ſi ſit ſuus heres, qui abſtinet ſe, *l. 1. §. prætermittere 2. & §. ſeq. D. eod.* vel quod proprie eſt omittere, qui intra tempora conſtituta a teſtatore, vel a judice, vel lege non adit hereditatem, vel alias adquirit, vel non petit. bon. poſſ. quod in 2. parte *l. 2. hoc t.* eſt ceſſare, & inſuperhabere, dum docet *lex* in ea parte 2. eum heredem teſtamento ſcriptum non incidere in hoc edictum, & non conveniri a legatariis, vel fideicom. qui ideo omiſit teſtamentum, atque neglexit, quod jure perfectum non eſſet, vel quod alio vitio laboraret, & eum tantum incidere in edictum, qui omittit cauſam teſtamenti jure perfecti, ex quo potuit adire cum effectu, id eſt, heredem ſcriptum jure, ut ait *l. 3. h. t.* & in hac 2. parte *l. 2.* jam olim memini me reponere antiquum verbum, & elegans, quod exulat adhuc vulgo: Nam ita legitur: *ſi judicium defuncti non uſurpabitur, ſed ad irritum juris ratione revocatum eſt*, quo caſu, ait, heredem non culpari, quia culpa vacat, qui non adit ex

A teſtamento irrito, ſi, inquam, *judicium defuncti, non uſurpabitur, ſed ad irritum juris ratione revocatum eſt*: Nam loco verbi *uſurpabitur*, neceſſe eſt reponi verbum ejuſdem modi, quod reſpondeat ſequenti verbo, *vocatum eſt*: nec abs re Accurſ. laborat in interpretando illo verbo, *uſurpabitur*, cui fortaſſe ſuboluit non eſſe eam veram lectionem, ſed ad ejus tamen cubile non pervenit. Et jam olim, ut dixi, ex veſtigiis antiquæ ſcripturæ ſic illum locum emendavi: *Si judicium non inſuperhabitum, ſed ad irritum juris ratione vocatum eſt*: *inſuperhabitum*, id eſt, *neglectum*, id eſt, ſi non omiſit teſtamentum contemptu judicii defuncti, ſed coactus ratione juris, quod non valeret teſtamentum, & ita *inſuperhabere* dixit Papinian. in eodem ſenſu in *l. ſunt quædam perſonæ, D. de relig. & ſump. l. heredem, D. de his quib. ut ind.* ſecundum Flor. pandectas: nam in vul- B gatis, & illis locis erat mendum idem. Et ſic Apul. *in metamorph. lib. 4. lacrymis mulieris inſuperhabitis*. Et Symmach. in epiſt. *Scribendi munus inſuper non habere*. Et Gellius lib. 2. *eam confidentiam non inſuperhabendam intelligit*: & vetus interpres Bibliorum ſacrorum in *lib. ſapientiæ Jeſus filii Sirac*, qui & *panaretos* dicitur, *cap. 19. Qui delinquit in animam ſuam a domino inſuperhabebitur*. Et proprie, ut dixi ante, ceſſare, omittere, prætermittere, inſuperhabere hered. teſtamento delatam, eſt tempore excludi: ſed locus etiam edicto eſt, ſi quis repudiaverit in jure, vel ſi abſtinuerit ſe hered. fraudandorum legatariorum cauſa: fraudandi teſtam. cauſa, fraud. defuncti cauſa, ne voluntas ejus adimpleretur, ſed irrita fieret. Et ad hæc notandum eſt ſecundum verba edicti, ei tantum eſſe locum, cum is, qui omiſit heredit. teſtamento delatam, C eam poſſidet ab inteſtato. Sed ex conſtitutionibus & ex ſententia, exemplove edicti, edictum porrigitur etiam ad alias ſpecies. Explicabo tres: primam ſumam ex *l. 1. hoc tit.* Sententia edicti, etiamſi deficiant verba, locus eſt ſi is, qui omiſit hereditatem teſtamento delatam, eam ipſe non poſſideat, ſed alius, puta, ſubſtitutus, aut legitimus heres, cum heres ſcriptus non potuit eſſe legitimus, ut cum fuit extraneus, videlicet cum id actum eſt dolo malo inter heredem inſtitutum & ſubſtitutum, vel legitimum heredem in fraudem legatariorum & ceterorum, quibus quid teſtamento relictum erat, ut heres inſtitutus teſtamentum omitteret & deſtitueret: deſtituta inſtitutione cetera omnia corruunt. Nam hoc caſu uterque tenetur legatariis & fideicommiſſariis, & manumiſſis per fideicommiſſum. Primum tenetur is, qui omiſit te- D ſtamentum fraudis cogitatione, licet hereditatem non poſſideat, & ſubſtitutus, vel legitimus heres, in quem hereditas tranſit ab herede inſtituto, etiam iiſdem tenetur legatorum & fideicommiſſorum nomine, licet ipſe non omiſerit teſtamentum, imo vero ſubſtitutus maxime amplectatur teſtamentum omittente inſtituto. Sed hoc ita, ut dixi, ſi ita res inter eos geſta ſit per colluſionem, & fraudem, in necem aliorum, ſi dolo malo, ut dixi: nam ſi quis bona fide, & ex juſta cauſa repudiet hereditatem teſtamentariam, ſi omittat teſtamentum, veluti quod ſit ei ſuſpecta hereditas, quod nolit implicari negotiis, & moleſtiis hereditariis, vel ex alia cauſa, ceſſat edictum, quia & fraus ceſſat, cujus ſolius coercendæ gratia edictum propoſitum eſt. Et ita eſt accipienda 3. pars *l. 2. h. t.* & oſtenditur etiam aliis locis ſæpe multas & varias E cauſas exiſtere omittendi teſtamenti, omittendæ inſtitutionis, omittendæ hereditatis, & inſuperhabendæ inſtitutionis, ut in *l. Julianus, D. de acq. hered. l. Papinian. §. quarta, D. de inoff. teſt. l. cum præterea, §. Titio, D. de leg. 2.* quibus caſibus impune omittitur hereditas, & ſine metu onerum hereditariorum: ubi autem dolo malo, & fraudis conſilio communicato cum ſubſtituto, vel legitimo herede, ſive colluſione habita cum ſubſtituto, vel legitimo herede, heres inſtitutus omittit teſtamentum, uterque & inſtitutus & ſubſtitutus, vel legitimus heres legatorum & fideicommiſſorum petitione tenetur, ex ſententia hujus edicti. Et quæritur tantum uter prior conveniri debeat, ubi ita diſtinguitur: aut heres inſtitutus omiſit teſtamentum accepta pecunia, aut gratis: ſi ac-

cepta pecunia omisit testamentum, ut veniret hereditas ad substitutum, vel legitimum heredem ab intestato, ipse, qui omisit testamentum prior convenitur legatorum nomine, & post eum, si non sit solvendo, substitutus, vel legitimus heres, qui possidet hereditatem, & qui cum eo fraudem participavit. Sed si heres institutus gratis omiserit testamentum in hoc, ut gratificaretur tantum substituto, vel legitimo heredi, prior convenitur substitut. vel legit. heres, qui possidet hereditatem, licet ipse non omiserit testamentum propter fraudis participationem, quam habuit cum eo, qui omisit testamentum: nam per eum factum intelligitur, ut omissum sit testamentum, & per consilium fraudulentum ejus, & collusionem pravam: post eum autem, si non sit solvendo, convenitur is, qui omisit testamentum in *l.2. l.4. l.10. D. eod. tit.* Et secundum hunc ordinem, & distinctionem, & secundum illas ll. quas adduxi, est accipienda *l. 1. h. t.* & rectius *l. 1.* ait, *si pecunia accepta omisit aditionem ex testamento*, quam *d. l. 2. D. eod. tit. pretio accepto*: Nam si heres institutus ex venditione hereditatis pretium redegerit, ipse solus tenetur legatariis, aut fideicommissariis, nec ulla fraus intervenit, in *l.2. sup. de legat. l. 4. §. ult. D. eod.* Non est interdictum heredi instituto vendere hereditatem, sed non ideo minus tenetur respondere legatariis, aut creditoribus hereditariis, *l.2. sup. de hered. vend.* licet habeat regressum adversus emptorem hereditatis per actionem ex vendito, aut ex stipulatu. Et ita etiam diximus non esse interdictum cuiquam heredi scripto, nisi sit heres necessarius tantum, ut omittat hereditatem sine fraude, etiamsi sit lucrosa, & locuples, *l.6. §. si patronus, & l. si quis omissa, D. eod.* Ceterum fraude adhibita si quis omittat hereditatem, non impune feret, quandoquidem jure prætorio habetur pro herede testament. & conveniri potest perinde atque si adiisset ex testamento: rectius, inquam, *l.1. h. t.* ait, *pecunia accepta*, & in *l. 1. D. eod. pretio accepto*, id est præmio, ut ita accipitur sæpe, aut munere nummario. Duo autem sunt, quæ objiciuntur huic *l. 1.* quibus expositis explicitus erit tit. primum hoc est, quod nulla fraus videtur fieri legatariis, si heres institutus omittat hereditatem, ut ea ad substit. perveniat, quia legata ab instituto relicta, videntur repetita a substituto. Ergo substit. ea debiturus est, nec ea omissio hereditatis fraudi est legatariis: ut autem legata relicta ab instituto censeantur repetita a substituto, hoc est ex rescripto Severi & Antonini, ut ostendit *l. licet, D. de leg. 1. l. si Titio, §. ult. D. de leg. 2. inf. ad Treb.* Est ergo hoc ex rescipto eorundem Impp. quorum est hæc *l. 1.* quæ tamen indicat fraudem fieri legatariis, si quis omittat institutionem, ut testamentum incipiat a substitutione vulgari, quasi a substitutione nihil debeatur legatariis, quibus ab institutione relictum est. Sed ut quod verum est, statim aperiam: Observandum est hanc *l. 1.* fuisse priorem illo rescripto eorumdem Impp. quandoquidem fuit emissa hæc *l. 1.* initio Imperii Severi & Antonini (ut subscripti Coss. demonstrant, *Dexter & Fuscus*. Igitur tempore editæ hujus *legis* 1. sive rescripti, nondum legata relicta ab instituto, censebantur repetita a substituto. Secundo objicitur, quod is, qui omittit institutionem videtur id facere ex facultate ei concessa a testatore, qui ei substitutum dedit in hunc casum, si omitteret institutionem, id est, *si heres non esset*. Et edicto non tenetur, cui testator permisit nominatim, ut omitteret institutionem, & substituto patefaceret locum, in *l. 6. §. plane, D. eod. tit.* vel cui intelligitur concessisse apertissime, ut in specie *l.1. §. si proponatur, eod.* cum institutus sibi ipsi substitutus est, & ab instituto sunt legata relicta quædam, a substituto nulla, quo casu omissa institutione, amplectetur impune substitutionem, quæ non est onerosa, quia testator arbitrium eligendi dedit instituto, quem sibiipsi substituit. Idemque evenit in specie *l. Julianus, in fi. eod.* unde similiter possis dicere heredem institutum, cui testator alium substituit, ei videri concessisse facultatem omittendæ institutionis. Ergo si omiserit non esse culpandum & puniendum. Respondeo breviter, hoc non esse admittendum temere, ut cui dederit substitutum, ei concesserit facultatem omittendæ institutionis, nisi hoc ei adscripserit nominatim, quia ei dat substitutum in casum plurimum mortis, si moriatur ante aditam hereditatem, ut tum substitutus vocetur: non continuo substituti simplex argumentum præbet datæ facultatis omittendi testamenti in fraudem legatariorum, licet omitti possit sine fraude: Nam edictum tantum coercet fraudem, & calliditatem institutorum heredum: & ideo actiones utiles, quibus tenentur qui omittunt hereditatem ex testamento, & amplectuntur ab intestato, aut transmittunt in alios, non dantur, nisi causa cognita in *l.6. §. non simpliciter, eod.*

AD TITULUM XL. & XLI.

DE INDICTA VIDUITATE, &c. ET DE IIS, QUÆ PŒNÆ, &c.

DATUR tit. specialis de legato, aut fideicommisso, viro, aut mulieri relicto sub conditione viduitatis, aut cœlibatus, propter jus novum, quod Justinian. ea de re introduxit, & in hoc titulo exposuit: conditio viduitatis est honesta quidem, quia viduitas species pudicitiæ est, sed tamen reipublicæ est inutilis, quam maxime interest augeri civium numero, *l. cum ita legatum, l. hoc modo, D. de cond. & demonst.* Ideoque remittenda ea conditio videtur esse tanquam publicæ utilitati contraria, *l. 1. §. tractari, D. ad SC. Tertyll.* ut scilicet etiam ea non impleta, capiendi legati jus sit. Et vero remittitur etiam ea conditio lege Julia & Papia, si modo is, eave, cui legatum relictum est sub conditione viduitatis, intra annum nubat, vel uxorem ducat, & juret se liberorum procreandorum causa nubere, vel uxorem ducere. Appellatur autem ea *l. Miscella* in hoc t. & in *Novella* 22. & a Græcis interpretibus lib. 48. Basilicon, qui jam emersit in lucem, ad *l. ul. D. de statul.* Miscella, quod pertineat tam ad mares, quam ad feminas, quibus viduitas injungitur. Innumera fuere capita l. Juliæ & Pap. de caducis, de adulteriis, de fundo dot. de maritandis ordinibus, de nuptiis, de jure & ritu nupt. tum primarum, tum secundarum, atque inde de cond. viduitatis, id est, vetitarum secundarum nupt. Et hoc caput de cond. viduitatis Miscellum appellatur, quod alia fere ejusdem legis fuerint capita de viris, alia de feminis: hoc fuerit promiscuum, atque miscellum, atque confusaneum; quod indicat *l. 3. h. t. & l. heres, §. ult.* qui est intelligendus de hac lege, *D. de cond. & demon.* Eadem l. continebat etiam absque dubio alia Miscellanea, viro & uxori communia, de quibus Ulp. *lib. reg. t. 15.* & 16. Non displicet Miscellæ, imo nec Miscellaneæ legis appellatio, cum & Juvenalis dixerit: *Veniunt ad Miscellanea ludi*. Et Tertull. adversus Valentinianos, *citat Miscellaneam Ptolomæi*, nec debuit Victorius reprehendere inscriptionem librorum Politiani, quasi non sit satis purum Miscellaneorum nomen, aut seculo incontaminato minus frequentatum. Si extraneo legavero sub conditione, *Si uxor mea vidua permanserit*, ea conditio non remittitur, quia nec ulli viduitatem injungit, *l. 1. h. t. l. mulieri, D. de cond. & demon.* Sed si uxori ipsi, vel alii cuicumque mulieri legavero sub conditione, *Si vidua permanserit*, conditio remittitur, si modo intra annum nubat, ut dixi, si quam primum nubat, & juret se hoc facere liberorum quærendorum causa: non est, libido ex l. Julia Miscella, & SC. tis circa eam l. factis. Sic enim legendum est ex veteribus plurativo numero in *l. 3.* & SC. quæ circa eam facta sunt, veluti SC. Pernicianum, & SC. Calvisianum, quæ memorat Ulp. *eod. lib. reg.* Post annum vero numerandum a morte testatoris, ex eadem l. Julia Miscella, si nubat, quod tardius nubat, quasi conditione defecta, ad legatum non admittitur. Denique post annum ea conditio viduitatis non remittitur, sed intra annum tantum, si nubat maturius, & det operam liberis, jurata se

nubere studio liberorum tantum. Quin etiam si post annum nondum nupserit, secundum id, quod dixi, non aliter admittitur ad legatum, quam si caverit heredi se viduam permansuram, quæ cautio Mutiana appellatur, quod sit inventa a Q. Mutio JC. Et locum habet in legatis, quæ relinquuntur sub conditione non faciendi aliquid, quæ non possit impleri nisi morte legatarii: Nam accipiet legatum statim legatarius, si modo caveat se non facturum, quod non facere jussus est, aut si fecerit legatum restituiri cum fructibus, vel interusurio medii temporis. Et similiter habet locum cautio Mutiana, de qua agitur sæpe in *tit. de cond. & demonst.* in fideicom. ita relictis, vel in mortis causa donationibus, & in hereditate. Et hoc quidem ita obtinuit ex l. Julia Miscella. Sed Justinia. eam l. abrogat in *hoc tit. l. 2. &* 3. & sive imposita sit conditio viduitatis viro, sive feminæ, Justinia. penitus remittit conditionem viduitatis, ut statim ei præstetur legatum, sive nubat intra annum, aut ducat uxorem, sive post annum, circumscripta conditione, & sublatis conditionibus l. Juliæ Miscellæ, ut legatarius necesse non habeat præstare cautionem Mutianam, etiamsi tardius nuptias contrahat, id est, post annum, & ut necesse etiam non habeat jurare se liberorum quærendorum causa id facere, & in *l.* 2. ita legendum est in illo loco, *non dato sacramento procreandæ sobolis gratia tantum:* ubi est subdistinguendum, *ad secundas migrare nuptias pœna hujusmodi cessante, sive habeat liberos, sive non, & ea percipere*, ubi est expungendum hoc verbum *tantum:* & ait *sive habeat liberos, sive non:* videlicet ex priore matrimonio, ut scilicet possit impune nubere secundo, nec amittat legatum, nec jurejurando obstringatur, sed id facere liberorum procreandorum gratia, quoniam non eodem animo sunt omnes. Et non vult Justin. ut quisquam anceps perjurium subeat: & eleganter ait, *leges, quæ perjuria puniunt, non debere viam perjuriis aperire*. Sed tamen ubi habet liberos ex priore matrimonio, omnimodo eis debet servare proprietatem rei legatæ, quæ transit ad secundum virum, & proprietatem omnium bonorum, quæ accepit a priore viro secundum constitutiones *tit. de sec. nupt.* Et hoc ita constituit Justinia. in l. 2. & 3. abolito Miscello illo capite *l. Jul. & Pap.* Postea hoc ipsum recantat, & quodammodo redit ad l. Jul. Miscellam in Novella 22. in qua nullo modo vult remitti conditionem viduitatis, sed ita constituit servari deinceps, ut sive sit vir, sive mulier, cui legatum relictum est sub conditione viduitatis, intra annum non capiat legatum, nisi quo casu tollatur spes omnis nuptiarum: ut si legatarius sacerdotio consecretur: si legataria se Deo devoveat: nam hoc genere tollitur spes nuptiarum, spes liberorum, ut in *l.* 25. quæ est Græca *sup. de Episc. & cler. & Novella* 123. spe nuptiarum sublata, etiam intra annum capiet legatum: Alioquin non capiet legatum intra annum, sed post annum tantum, præstita cautione Mutiana, *quod legati nomine ceperit, si viduo lecto decesserit, id omne cum sua causa restituiri*. Igitur non remittit conditionem viduitatis, & hoc jure utimur. At si forte hodie quis ita reliquerit legatum uxori, *si in domo mea caste vixerit*, recte Accursius putat in *l. 3. hoc tit.* uxori indictam viduitatem videri, quia dixit, *in domo mea*, secus si dixisset tantum, *si caste vixerit:* nam hoc genere indicitur pudicitia, non etiam vetantur nuptiæ secundæ, non indicitur viduitas: & notandum est etiam Novellam Justinia. 22. quæ non remittit conditionem viduitatis, pertinere tantum ad secundas nuptias, ut coerceantur, non etiam ad primas, ut Joannes adnotavit rectissime. Nam si puellæ nondum expertæ nuptias relictum sit legatum sub conditione, *si non nupserit*, proculdubio conditio ei remittitur: at quæ mulieri imponitur conditio, *si iterum non nupserit*, hæc est, quæ non remittitur: & notandum etiam ex *l. 3. h. t.* ad causam indictæ viduitatis nihil pertinere legatum sub conditione, *si vidua erit, vel cum vidua erit*, non dicit, *si vidua permanserit, sed si vidua erit, vel quotiescunque vidua erit*, aut mari, hoc

A modo *si uxorem amiserit, si cœlibem vitam vivere induxerit in animum*, quoniam hoc genere non indicitur viduitas, aut cœlibatus, sed legatur pro solatio vacui lecti in hunc casum, si amiserit maritum, si amiserit uxorem, tum ei ut det heres aliquid legati nomine, & statim quidem atque extiterit conditio morte viri, aut uxoris soluto matrimonio, legati petitio est, & retentio, etiamsi mox alii nubat, aliamve uxorem ducat, quia conditio, quæ semel extitit, non resumitur, *l. quædam, in prin. D. de fideic. libert.* Nova est constitutio Justiniani posita in *hoc tit.* Nova etiam constitut. tit. seq. *de his, quæ pœnæ nomine in testam. vel cod. relinq.* constitutio hujus tit. est etiam nova de legatis: fideicom. & hereditatibus, & libertatibus datis, vel ademptis, vel translatis pœnæ causa: & ut uno exemplo cetera cognoscas, at-

B que percipias, legatum relinquitur pœnæ causa, quod non relinquitur legatarii gratia, sed in odium & pœnam heredis hoc modo, *heres meus ne Cajo filiam tuam despondeas, si despondeas*, 10. *millia Sejo dato*. Sejo relinquitur legatum pœnæ causa, non beneficii causa, non sui gratia, & adimitur legatum pœnæ causa hoc modo, *illi, cui fundum legavi, si filiam suam Cajo despondeat, fundum illum neque do, neque lego:* & similiter transfertur pœnæ causa hoc modo, *Quod Titio legavi, si is fecerit quod ne faceret vetui, puta, si filiam suam Cajo desponderit, id Mævio do, lego*, transfertur legatum pœnæ causa: & eodem modo, atque eodem exemplo licebit tibi ponere fideicommissum, aut hereditatem, aut libertatem datam pœnæ causa, quæ omnia jure veteri non valebant sive datum esset, sive ademptum; sive

C translatum pœnæ causa legatum, aut fideicommissum, aut hereditas, aut libertas. Et ratio hæc erat, quia libertates, hereditates, legata, fideicommissa dantur beneficii, & honoris causa, & inventa sunt hæc beneficiorum genera, ut amicos quos diligimus, honore afficiamus, non ut pœnas illis infligamus: pactum, quod est contra naturam contractus dicitur non valere, *l. cum precario, D. de prec.* §. 1. *Instit. de societ.* Hoc est contra naturam legati, fideicommissi, libertatis, hereditatis, ut detur pœnæ causa. Ergo non valet. Et tamen Justinian. in constitutio. hujus tit. ne quid fiat contra voluntatem testatoris, hæc omnia admittit, & probat, quæ pœnæ causa relinquuntur, & non obtemperante herede præcepto testatoris, vult ea omnia præstari, aut competere. Et excipit tantum tres casus, si quæ præ-

D cipiuntur sint impossibilia, vel illicita, vel probrosa: impossibilia hoc modo: *Titio lego x. si digito cœlum tetigerit, quod si non tetigerit, ea x. lego Sempronio*. Quis capiet relictum? Titius prior legatarius, circumscripta conditione impossibili: legatum igitur relictum Sempronio non valet. Idem est si quod præcepit sit illicitum aut probrosum: nam hoc habetur pro impossibili, quod honeste fieri non potest, aut licite, in *l.* 14. *&* 15. *D. de cond. instit.* Illicite hoc modo, *Titio lego, si sororem suam uxorem duxerit, si non duxerit, id Sempronio lego*, non valet legatum relictum Sempronio, & valet relictum Titio, & conditio illa illicita habetur pro non scripta. Itemque posterius legatum habetur pro non scripto. Quicquid est impossibile in testamentis, illicitum, vel probrosum, pro non scripto est. Et pro-

E brosum ita, *Titio lego, si uxorem illius corruperit*, quod jure naturali dicitur esse probrum, in *l. probrum, D. de verb. sig. Si non corruperit id Sempronio lego*, Titius perveniet ad legatum: & conditio legato adscripta, itemque legatum sub contraria conditione relictum Sempronio habebitur pro non scripto. Et hæc tantum legata pœnæ causa relicta, si quis non fecerit, quod est impossibile, illicitum, vel turpe, Justinia. vult non valere. Et ex hac constitut. Justinia. proculdubio in *l.* 1. *de his quæ pœn. causa*, addita sunt a Tribonia. ea verba, *Illicite, vel probrose*, & paulo post verbum, *talem*. In hac l. tantum notandum est, abundare verbum *pecunias* in eo loco, vel *pecunias dari præcipere, vel aliam pecuniariam pœnam.*

AD TITULUM XLII.
DE FIDEICOMMISSIS.

HIC tit. vicinus & proximus est tit. de legatis, adeo ut & in hoc & in illo, & his quoque tit. quæ hunc & illum sequuntur, pleraque sint nominatim perscripta communiter de legatis, & fideicommissis, quæ indicavi superioribus tit. ubique satis diligenter. In hoc tit. indico primum l. 6. quæ est de legato rei testatoris obligatæ creditori ejusdem testatoris, vel de fideicom. ejusdem rei, in quo idem servatur omnino, quod diximus servari in legato rei alienæ in *l. 10. inf. de legat.* Indico l. 8. quæ docet servo proprio legatum, aut fideicommissum utiliter relinqui, non tantum cum libertate directa, sed etiam cum libertate fideicommissaria, quia hoc casu legati, aut fideicom. dies non cedit, antequam competat libertas, id est, ante aditam hereditatem, ut in *l. si quis servo, D. de leg. 2. l. 8. D. quando di. leg. ced. l. unica, §. libertatibus, inf. de cad. toll.* communis & est l. 13. in qua legendum ex veteribus initio, *quoties principe loco*, id est, *primo loco, & gradu*, eleganter, ut in illo versu, *Lubrica per vacuum posui vestigia princeps*. Heres institutus scribitur principe loco, substitutus deincipe loco, & legata relicta a substituto, vulgari scilicet, de quo lex loquitur, non videntur etiam relicta ab instituto, relicta a secundo gradu non videntur relicta a principe gradu, & e contrario tamen ex Constitut. Severi & Antonini legata relicta a primo gradu videntur repetita a secundo gradu, id est, a substituto: Ideoque si substitutio vulgaris extinguatur: extinguitur autem aditione heredis instituti: & legata extinguuntur, quæ relicta sunt a substituto, nimirum quia ea non debet institutus, & facilius ab instituto, quæ sunt relicta commeant ad substitutum, quam remeant a substituto ad institutum. Ne mutemus interim veterem scripturam in *l. 13. quoties principe loco*, & sic etiam in *l. 18.* legamus *voluntatem immutilatam*, non *immutatam*: communis etiam est l. 24. quæ summe notanda: ut heres, a quo legata sunt prædia, aut relicta per fideicommissum, non cogatur legatario, aut fideicommissario instrumentum præstare, originis prædiorum, quæ vere appelles *le tiltres*, instrumentum adquisitionis, quod instrumentum auctoritatis dicitur in *l. ult. de pig. act.* Et *tabellæ auctoritatis* apud Senecam *contro. 22.* Legatario igitur, aut fideicommissario heres non cogitur præstare instrumentum originis prædiorum legatorum, sive auctoritatis, quia prædia legata sunt, non instrumentum auctoritatis, quia alia res est, quæ scilicet non sequitur prædia: nec lex distinguit, ut Pileus fecit, prædia legata sint ex parte, an in totum: nam etiamsi sint legata in totum, ea tantum præstabit heres, non præstabit instrumentum auctoritatis, sed si quando opus eo fuerit legatario, vel fideicommissario, id compelletur proferre, exhibere, ostendere, non præstare. Aliud est exhibere, aliud præstare: quod exhibetur, datur, ut eo utaris temporis causa, quod præstatur, datur, ut utaris perpetuo, tibique habeas, & possideas pleno jure. Et ita etiam, nisi aliud actum sit, venditor prædii tenetur præstare prædium, non autem præstare instrumentum originis, sed exhibere tantum, si usus emptoris hoc postularit, *l. Titius, l. creditor, D. de act. empt.* Ergo & hic tit. pleraque habet communia, quæ sunt inter legata, & fideicommissa, sed tamen separati sunt tituli de legatis, & de fideicommissis, quia & multæ inter ea separationes, & differentiæ sunt, de quibus aliquantulum dicamus, quantum hujus tit. tenor patitur. Fideicommissum relinquitur etiam codicillis testamento non confirmatis, non legatum: fideicommissum relinquitur etiam in epistola fideicommissaria, vel libello fideicommissario, & nutu solo, sine verbo, aut scriptura, *l. 22. h. t.* legatum non item. Tacitum fideicommissum sæpius legas in jure nostro, nusquam taci-

A tum legatum: fideicom. nutu relinquitur, ut si quis interrogatus an Titio fundum suum dari velit, rejecto capite significet se velle, utile fideicom. est, dummodo is, qui annuit, fari sciat, ut ait *l. nutu, D. de legat. 3.* non necesse est eum fari, sed ut fandi impotens non sit necesse est, quia scilicet fideicom. relinquere tantum potest is, qui factionem testamenti habet, licet non faciat testamentum, *l. 1. D. de leg. 1.* mutus autem non potest facere testamentum, *l. 6. D. qui test. fac.* Ergo nec scriptura, vel nutu fideicom. relinquere, at merito in eo, qui fideicom. relinquit exigimus fandi facultatem. Et longe alia est ratio delegantis debitorem suum creditori suo in *l. 17. de novat.* qui recte delegatur nutu solo, etiamsi is, qui annuit, fari non possit, quia & mutus delegare debitorem suum potest. Illud etiam exigimus in eo, qui fideicomm. relinquit nutu, aut alio modo, ut adhibeat 5. testes, *d. l. 22. h. t.* Omnino 5. testes exiguntur in voluntate fideicom. sive precaria ut valeat, nec minus 5. sufficiunt: verum uno casu, qui maxime notandus est, etiamsi nullo teste adhibito relictum sit fideicom. præstandum est fideicommissario, ut si heres confiteatur fuisse relictum: Nam si recurrat ad subtilitatem juris, adjiciens fuisse relictum sine teste, atque ideo petitione ejus fideicom. non teneri, sive præstatione, non audietur: ubi heres confitetur se oneratum fuisse fideicom. non requirimus testes. Hoc ostenditur in fine titul. *de fideicommiss. hered. in Instit.* Imo etiamsi heres neget fideicommissum fuisse relictum, fideicommissarius hac via potest ad fideicommissum pervenire, si prius jurejurando purgarit se de calumnia, id est, juraverit se non calumniari scienter dolo malo, nec vexare heredem improbe: deinde heredi, vel ei, a quo fideicommissum relictum est, deferat jusjurandum de fideicom. nam si heres nolit jurare quicquam ea de re, omnino cogitur præstare fideicommissum, & recusatio jurisjurandi pro confessione habetur. Et hæc est sententia *l. ult. hoc tit.* quæ eleganter ait 5. testes esse necessarios in fideicommissis, cum fideicommissarius eligit fidem testium, id est, cum nititur probatione testium, non cum eligit fidem heredis, & 5. testes exiguntur, inquit, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, ubi quod sequitur verbum *testamentum*, obliterandum est: Nam & id subaudivit Accurs. quæ tamen subauditio non est necessaria, imo inepta est: nam sensus hic est, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, id est, ne quid falsi testes comminiscantur, & fabricent, quod utique duo testes ex compacto facilius facturi sunt, quam plures, ideo amplior numerus testium exigitur, ut ampliores homines rei veritatem communiant, *l. quidam, §. ult. D. de furt.* Testes & signatores dicuntur rem communire. Ceterum ubi fideicommissarius eligit fidem & religionem solius heredis, nihil opus est testibus. Et nisi heres juraverit a se fideicommissum relictum non esse, omnimodo fideicommissum præstare compellitur, licet sit relictum remotis testibus. Notandæ etiam sunt aliæ differentiæ ex hoc tit. Legata relinquuntur a solis heredibus, fideicommissa relinquuntur etiam a legatariis, & fideicommissariis, & donatariis mortis causa, *l. 9. & l. ult. hoc t.* relinquuntur & fideicommissa a patre heredis instituti in cujus potestate est heres, vel alii, vel ipsi, vel filio heredi instituto, ut in *l. 15. hoc t.* cujus species digna est, quæ proponatur. Quidam duos filiosfamil. heredes instituit simpliciter, ut ait, id est, pure: deinde in eodem testamento rogavit patrem eorum, in cujus potestate sunt, ut eos manumitteret, sive emanciparet: post mortem testatoris filii jussu patris adiverunt hereditatem, ac proinde eam patri acquisiverunt jure potestatis patriæ: debet pater eis eandem hereditatem restituere deducta Falcidia: quia qui eodem testamento rogavit patrem, ut filios emanciparet, & rogasse intelligitur, ut eis restitueret hereditatem: quo enim ut eos emanciparet, nisi ut filii haberent hereditatem, id est, dodrantem? Quod & confirmat *l. si cui legatum, §. ult. & l. seq. D. de cond. & demonst.* fideicom. etiam possunt relinqui ab herede here-

dis, vel legatarii, id est, post mortem heredis, vel post mortem legatarii, ut in *l.5.D.de leg.3. & l.12. hoc t.* quæ ostendit, quod notandum, fideicommissum relictum post mortem heredis, id est, ab herede heredis, posse ab ipso primo herede repræsentari dum vivit. Quidni? modo id faciat sine fraude substituti; cum fideicommissario datus est substitutus, & sine fraude creditorum, ut in *l.uxorem, §.Sejum, D.de leg.3. l.ait prætor, §.si cum in diem, D.quæ in frau.cred.* Possunt etiam fideicommissa relinqui a tutore pupilli heredis instituti, vel legato honorati, aut fideicommisso, licet ipsi tutori nihil relictum sit, qui a pupillo relinqui intelligitur. Et tutor est vice pupilli, vice domini in multis partibus juris, nec tamen a tutore relictum legatum, intelligetur relictum a pupillo: Nam rigor juris in legatis observatur, in fideicommissis latitudo voluntatis, τὸ πλάτος. Et huc pertinet l.20. hujus tit. quæ est portiuncula *l.5. sup.de reb.cred.* non tamen fideicommissum potest relinqui a filio præterito, licet per poss. contra tab. ad hereditatem patris pervenire possit, quia suo jure ad eam perveniet, non ex judicio patris, *l.pen. h.t.* Et etiam ab exheredato fideicommissum relinqui non potest, licet per querelam inoff.test. exheredatus possit pervenire ad bona patris, *l.cum quidam, sup.de leg.* Quod obtinet etiam in legato: sed in fideicommisso major erat dubitatio, quia in fideicommissis admittendis, quam in legatis proniores sumus. Et sequuntur aliæ differentiæ: in fideicommissis nuda voluntas spectatur, non desiderantur verba directa, sive imperativa, verbum *volo*, quod non est directum: Nam verbum *volo*, id est, desidero, cupio, opto, facit fideicommissum in *l.10. h.t.* non etiam legatum. In fideicommissis nulla desideratur verborum observatio, nec alia ulla solemnitas jure veteri, non exigimus ut rogati testes adsint, cum quis erogat fideicommissum, sed ex *l. ult. sup.de eod.* exigimus ut 5. testes adsint, etiam non rogati, qui casu supervenerint: & exigimus etiam, ut subscribant, scripto scilicet, quo fideicommissum relinquitur. Et ut adsint uno eodemque tempore & loco, cum fideicommissum relinquitur, nihil præterea ex solemnibus exigimus. Et illa quoque ante *d.leg.ult.* non erant necessaria, nec hodie sunt necessaria, si fideicommissarius rem permittat religioni heredis, id est, jurijurando heredis. Et huc pertinet *l.23. h.t.* Sciendum est ex testamento, vel codicillis, si veritas, aut juris solemnitas desit, ut ait *l.23.* nec legata præstari, nec fideicommissa, *l.29. h. t.* poterit tamen heres, si velit, ultro ea præstare sciens prudensque, licet sint data inutiliter, nec quæ præstiterit postea poterit repetere, sive condicere: & ita sæpe fit, ut heres ex conscientia sola relicti fideicom. pudore quodam ductus præstet fideicommissa, aut legata, quæ jure non debentur ex scriptura, vel nuncupatione sola testatoris, ut in *l.2. h.t.* imo ut & sæpe præstet quædam sine scriptura, aut nuncupatione testatoris: pietatis ergo, ut in elegantissima inscriptione urbis Narbonæ: *Neque jussa testamento, neque voce rogata, sed pia pro meritis sponte sua posuit*. Et similiter, ut licet heres rogatus sit restituere hereditatem præcepta certa quantitate, certa pecunia, vel re, evenit sæpe, ut nolit ea præceptione uti, sive deductione, & ut nolit etiam deducere Falcidiam, ut fungatur pleniore, & fideliore officio fidei præstandæ, ut fidum obsequium præbeat precibus defuncti, nullo deducto ex ea hereditate, ut ait *l.qui totam, D.ad Trebell. l.5. §.pen. D.de don. inter vir. l.debitorem, D.quæ in fraud. cred.* aliquando non præstat inutile fideicommiss. quod relictum est, sed sponte sua promittit se fideicommissum præstaturum, & obligatur cum effectu, ut in *l.fideicomm. D.de condit. instit.* Et multo magis obligatur si transactionis causa promisit, ut in hac *l.23.* alioquin invitus legata, aut fideicommissa non præstat, ut ait *d.l.23. si veritas, aut juris solemnitas desit, relicta non præstat: Relictorum* nomen est generale in jure, id est, continet legata, & fideicommissa: & verbum *veritas* in *l.23.* respicit ad fideicommissa, in quibus veritas sola spectatur, non formula juris. Verbum autem *solemnitas* respicit ad legata: nam in fideicommissis nulla desiderabatur solemnitas juris. Et ita est explicanda *l.23.* Placet valde *obsequii* verbum, quo utitur *d.l.qui totam, fidum obsequium defuncti precibus præbere desiderat:* Nam & ita Plinius 5. *epist. Illius hoc munus, illius liberalitas, nostrum tantum obsequium vocetur*: qui scilicet præstat prolixe & libenter, quod defunctus præstari voluit, missis subtilitatibus juris: est celeberrima & una ex omnibus præcipue nota differentia, quæ colligitur ex *l. cum virum, h.t.* Lex est singularis propter responsum Papiniani, quod in ea refertur, quod non extat alibi. Finge, heredem scriptum ex parte, cui res quasdam prælegavi, rogatum, ut quicquid ex hereditate mea ad eum perveniret, id restitueret Mævio sub conditione aliqua, aut in diem. Quæritur an non tantum debeat restituere partem hereditatis, sed etiam an prælegata restituere debeat? Et respondit Papinian. præstanda esse prælegata. Et confirmatur opinio, sive responsum Papiniani ex verbis testatoris, quæ duobus locis ponderat *l.cum virum*, quia testator dixit, *quicquid ex hereditate*, & legata, sive prælegata sunt ex hereditate, *l.2. §.ult. D.de dot. præleg.* donationes inter vivos non sunt ex hereditate, hæ non veniunt in fideicommissum, *l.cum quis, §.1. D.de leg.3.* ergo, ut dicamus prælegata venire in fideicommissum, movemur responsi Papinian. auctoritate, movemur & verbis testatoris. Sed tamen, quod maxime notandum, *l.cum virum* optat, ut fideicommissarius etiam quibusdam argumentis probet eam fuisse voluntatem testatoris, quasi verba non sufficiant. Et sane ita est, in fideicommissis, etiamsi verba sint perspicua, admitti quæstionem voluntatis. Et ideo non sufficit responsum Papinia. non sufficiunt verba, quæ satis aperta sunt, sed vult, ut doceat fideicommissarius etiam suffragari voluntatem. Et ita in *l.quisquis, D. de legat.3.* non satis habet probare fideicommissum ex verbis, sed adjicit etiam suffragari voluntatem, propterea quod etiamsi verba sint apertissima in fideicommissis, licet in scirpo nodum quærere, licet quærere de voluntate: in legatis si verba sint perspicua, non admittitur unquam quæstio voluntatis, non auditur is, qui dicit aliud voluisse testatorem, quam præseferant verba, *l.ille aut ille, §.1. D.de legat.3. l.si alii, D.de usuf.leg.* Quod autem ita definitur in hac *l.cum virum*, cum testator dixit, *quicquid ex hereditate pervenerit*, locum etiam habet, si testator rogaverit heredem restituere portionem suam, non portionem hereditatis, sed portionem suam, quia in portione simpliciter numerantur etiam prælegata, ut in *l. 3. §.quidam, D.ad Treb.* Ergo hoc casu in fideicommissum etiam prælegata veniunt. Sed huic definitioni *l. cum virum*, multa objiciuntur, quæ cras explicabimus. Ut in paucissima verba conferam definitionem *l.cum virum*: Qui heredem institutum ex parte rogavit restituere alii *quicquid ex hereditate, bonisve suis ad eum pervenisset*, & de prælegatis integris, quæ ei reliquit restituendis eum rogasse intelligitur, videlicet salva Falcidia: non distinguit lex, ut Accursius, utrum prælegata præcedant, an sequantur institutionem, quæ distinctio etiam inepta est: nam sive præcedant prælegata, sive sequantur, verum est ea esse semper ex hereditate, licet omnino non sint in hereditate, ut paulo post demonstrabitur. Aliud est rem esse ex bonis, aliud in bonis, *§.ult. Instit. de vi bono. rapt.* Et ita quoque aliud est esse ex hereditate, aliud esse in hereditate: huic autem definitioni *legis cum virum* objicitur *l.in fideicommissaria, §.ult. D.ad Treb.* quæ dicit ex decreto D.Marci, eum, qui rogatus est restituere hereditatem, aut hereditatis partem, nihil refert, non restituere integrum prælegatum, sed eam tantum partem prælegati, sive præceptionis, quam a semetipso jure hereditario capit. Aliam vero partem, quam a coherede capit jure legati non restituere fideicommissario: ergo non universum prælegatum restituere. Non ignoratis præceptionem, sive prælegatum vario jure capi, nimirum heredem, qui præcipere prædium jussus est, id est, cui prædium prælegatum

est,

est, partem prædii a semetipso capere, ut heredem jure hereditario pro portione hereditaria, ex qua institutus est, quia heredi a semetipso legatur inutiliter, partem autem cepere a coherede jure legati, quoniam a coherede ei recte legatur: denique eam prælegati partem possidere pro herede, partem pro legato, *l. in quartam, D. ad l. Falc. l. filium, sup. famil. ercisc. l. eum qui, §. ult. D. de iis, quæ ut ind.* Et ea quidem pars prælegati, quam capit jure hereditario, quia in hereditate est, venit in fideicommissariam hereditatis restitutionem: alia pars, quam capit jure legati non venit, quia non legatum restituere jussus est, sed hereditatem tantum, non quod haberet ut legatarius, sed quod haberet ut heres. Atque ita fit, ut pars prælegati retineatur, pars restituatur: ergo non integrum prælegatum restituitur, quod est contra definitionem *l. cum virum.* Sed hujus rei facilis est, promptaque responsio: quia si rogatus sit restituere quicquid ex hereditate perveniret, ut in hac *l. cum virum*, ea verba latissime patent, & complectuntur omnia, quæ ex hereditate proficiscuntur, vel derivantur, etiamsi jure hereditario non capiantur: Sed si rogatus sit restituere hereditatem, aut hereditatis portionem, ut in *d. l. in fideicommissaria, §. ult.* quæ objicitur, in restitutionem veniunt ea tantum, quæ revera sunt in hereditate, proinde prælegati ea tantum pars in restitutionem venit, quam heres cepit jure hereditario a semetipso. Varia formula fideicommissi, varium jus inducit: unde faciamus, si placet, positiones duas. Et prima hæc est: Rogato herede restituere quicquid ex hereditate pervenerit, in restitutione fideicommissi veniunt integra prælegata, salva Falcid. Et 2. hæc sit: Rogato herede restituere hereditatem, aut hereditatis partem, prælegata in restitutionem veniunt pro ea parte tantum, quam heres capit jure hereditario a semetipso, non a coherede. Et huic secundæ positioni rursus multa opponuntur. Primum opponitur *l. si Titius, D. de leg. 3.* In cujus specie heres rogatus est restituere hereditatem, & tamen nihil omnino restituit ex fideicommisso, quod a coherede accipit, sed id retinet integrum & illibatum. Et hujus quoque facilis est responsio, si dicamus *l. si Titius* non loqui de præceptione, sive prælegato, quod, ut dixi, duplici jure capitur, & possidetur, sed de fideicommisso a coherede relicto, quod totum a coherede capitur jure fideicommissi: & ideo retinetur etiam totum, nec ulla ejus pars venit in fideicommissariam hereditatis restitutionem, quia nec ulla pars est hereditaria: quod & de legato damnationis dici potest, cum quis heredi a coherede ita legavit: *heres meus damnas esto illi coheredi tuo dare illam rem, quæ tibi obcigerit in solidum ex divisione hereditatis.* At cum testator heredi legavit per præceptionem, quod *prælegatum* dicitur, hoc modo: *heres meus illam rem præcipito*, tota ea res non capitur a coherede, sed partim a seipso eam capit ut heres, partim a coherede: ideoque eam tantum partem retinet, quam a coherede capit, & aliam restituit, ut rem hereditariam. Deinde opponitur illi secundæ definitioni *l. Titia, D. ad leg. Falcid.* In qua ponitur heres rogatus restituere hereditatem, & tamen retinet integra prælegata. Sed ea imputat in Falcid. pro parte certa. Et quæso attendite ad speciem *l. Titia*, quæ omnium judicio non abs re existimatur difficilis. Species *l. Titia* hæc est: Testator Tit. heredem instituit ex parte 3. id est, ex triente, & eidem quædam prædia prælegavit, eumdemque rogavit restituere Cajo hereditatem, retenta 4. parte trientis, ex quo fuit scriptus, id est, retenta uncia quæ est 12. pars assis. Quæritur utrum Titius debeat etiam restituere prædiorum prælegatorum 3. partem, quam jure hereditario capit, retenta uncia, ut testator cavit, id est 12. parte prædiorum: an vero integra prælegata retinere debeat? Et Julian. in *d. l. Titia*, ait, eum integra prælegata retinere, sed in 4. partem, id est, in unciam hereditatis, quam retinere jussus est, eum imputare 12. partem prædiorum prælegatorum, id est 3. partis prædiorum, quam jure hereditario capit partem quartam. Et hoc ita, ut initio posui, si testator nominatim cavit, ut retineret 4. tertiæ partis hereditatis, ex qua institutus fuit, nam & tertia pars prædiorum prælegatorum est in 3. parte hereditatis. Et ut ceterarum rerum 3. partis retinet quartam, ita & 3. partis prædiorum prælegatorum ex jussu testatoris retinet 4. ut eam solam imputet in Falcid. id est 12. partem prædiorum, reliquam retineat, atque & hanc ipsam 12. partem prædiorum, & hanc solam imputet in Falcid. quia hanc solam retinere jussus est. Et placet eum, qui rogatus est restituere hereditatem, non id omne imputare in Falcid. quod ex hereditate habet, sed quod ex judicio defuncti, quatenus jussit voluitque defunctus, ex hereditate, jure hereditario habet, ut in *l. 3. l. quod autem, D. ad leg. Falcid. l. mulier, §. si heres, D. ad Treb.* hoc autem casu nominatim cavit ut haberet 4. tertiæ partis hereditatis .i. unciam. Quod si testator non cavit nominatim ut retineret quartam, sed simpliciter eum rogavit, ut restitueret hereditatem, vel hereditatis partem tertiam, ex qua fuit heres scriptus, hoc casu placet totam tertiam partem prædiorum prælegatorum, id est, uncias 4. eum imputare in Falcid. quia totam eam 3. partem prædiorum capit jure hereditario, juxta definitionem *l. in quartam, D. ad l. Falcid.* atque ita, ut subtiliter docet *l. Titia*, multum interest contra sententiam testatoris heres inducat Falcid. an ex sententia testatoris: nam si contra sententiam testatoris, qui totam partem tertiam eum restituere rogavit, non adjiciens, ut ejus 3. partis retineret quartam, nihilominus retinebit quartam, sed in eam imputabit totam 3. partem prædiorum prælegatorum, quam jure hereditario capit a semetipso. Sin autem ex voluntate testatoris inducat Falcid. qui nominatim cavit, ut retineret Falcid. in Falcidiam imputabit prædiorum prælegatorum 12. tantum partem, id est, quartam 3. partis prædiorum prælegatorum, nempe unciam: hæc est sententia *l. Titia*, ex qua intelligimus rogatum restituere hereditatem, integra prælegata retinere, sed in Falcid. imputare eorum prædiorum 3. partem, si simpliciter rogatus sit restituere 3. partem hereditatis, vel imputare in Falcidiam tantum eorum prædiorum 12. partem, si rogatus sit restituere 3. partem hereditatis, retenta quarta. Ergo prælegata non veniunt in restitutionem fideicommissi, sed imputantur in Falcid. modo pro 3. parte, modo pro 12. quod est contra superiorem positionem, quæ statuit prælegata venire in restitutionem hereditatis pro qua parte capiuntur jure hereditario; difficilius erat exponere *l. Titia*, quam respondere huic argumento: nam ita recte respondebis, utrumpue esse verum, prælegata venire in restitutionem hereditatis pro qua parte præcepta sunt jure hereditario, & imputari in Falcid. nempe imputari in Falcidiam, si locus sit Falcidiæ, venire in fideicommissum si locus non sit Falcidiæ, ut in testamento militis, & si coactus a fideicommissario adierit, quo casu amittit Falcid. vel etiam hodie ex *Nov. 1. Justiniani*, si testator prohibuerit Falcid. & venire in fideicommissum similiter in specie *l. Titia*, pro parte 3. si simpliciter rogatus sit restituere 3. partem hereditatis ei relictam, vel pro parte 12. tantum, si rogatus sit restituere tertiam, retenta 4. Et rectissime Accurs. in *d. l. Titia*, statuit venire in fideicommissum id, quod imputatur in Falcid. ac præterea objicitur etiam illi secundæ definitioni, sive positioni, quod didicimus, & tractavimus in *l. cum responso, sup. de legat.* eum, qui omisit hereditatem, integrum prælegatum retinere: ergo, inquiunt, in hereditate prælegata non numerantur ulla ex parte, cum omissa hereditate retineantur integra: etiam nihil est, quod tam facile expediri possit: nos loquimur de eo, qui adiit hereditatem, quo casu prælegata numerantur in hereditate pro qua parte heres extitit: illa *l. cum responso* loquitur de eo, qui omittit hereditatem, quo casu integra prælegata jure legati capiuntur a coherede, non diverso jure: his etiam addamus quandoquidem, & jam explicita quæstio est, interpretationem *l. 1. h. t.* quæ erit amænior. Quæstio *l. 1.* est de alimentis menstruis, & vestiario annuo relicto per fideicommissum: pono fuisse relicta per fideicommissum inutiliter: & hæc ita ut ponam, fecit vicinitas *l. 2. h. t.* quæ etiam

est

est de fideicommisso inutiliter relicto, quod tamen pius heres voluntatem defuncti ratam habens solvit, atque præstitit, ut non repetat, quod obtinere etiam in legatis inutiliter relictis, & ultro præstitis ab herede approbante judicium defuncti, nec disputante de jure, atque etiam in libertatibus, ostendit *l. non dubium*, *sup. de testa.* & *l. cum quasi*, *§. ult. D. de fideic. libert.* ubi autem relicta sunt alimenta annua, plura sunt fideicommissa, quot sunt anni, tot sunt fideicommissa, *l. 4. D. de ann. leg.* & si forte sunt relicta inutiliter, forte non adhibito justo testium numero, & heres præstiterit fideicommissum primi anni, non ideo cogitur & sequentium annorum fideicommissum præstare, vel etiamsi secundi anni fideicommissum præstiterit, non jure cogitur & tertii anni fideicommssum præstare, quod est inutile. Verum ex hac l. 1. si primis tribus annis præstiterit fideicommissum alimentorum, & sequentibus annis, quamdiu vixerit alimentarius, fideicommissa præstare compellitur, quia continua illa præstatione triennii videtur per omnia ratum habuisse judicium defuncti: approbatio heredis, sive ratihabitio, quæ colligitur ex præstatione triennii, non si anno tantum, aut biennio præstiterit, facit ut debeatur quod non deberetur, ut sit utile fideicommissum, quod erat inutile, sicut approbatio filii præteriti facit ut valeat testamentum patris, quod erat ipso jure nullum, *l. filio præterito*, *D. de in rupt. d. l. cum quasi*, *§. ult.* neque dicendum est hoc esse receptum favore ultimæ voluntatis, cum idem sit receptum in usuris indebitis, quæ longo tempore præstitæ sunt, ut in futurum etiam præstari debeant, *l. cum de in rem verso*, *D. de usur.* ubi etiam longum tempus recte finies esse triennium ex hoc loco: satis videtur longo tempore præstitisse, qui triennium perseveraverit in præstandis usuris singulis mensibus. Solebant enim solvi in menses; in calendas, & inde calendarii nomen: neque huic definitioni quicquam obstat *l. creditor*, *sup. de usuris*, quæ dicit eum, qui solvit sæpe usuras ex consensu, id est, ex pacto habito inter se, & creditorem, porro non compelli etiam usuras solvere si nolit. Ratio est aperta: quia ex pacto non nascitur obligatio, & usuras solvit ex pacto: non ut debitas igitur jure civili: at in hac specie, & in specie *l. cum de in rem verso*, solvit usuras, vel alimenta ut debita, ut obligatus, non ut ex pacto, quod non obligat. Et præterea ex judicio defuncti, & ratihabitione heredis constituitur obligatio. Ergo & in futurum præstanda sunt alimenta, quæ quis triennio præstitit. Sic etiam respondendum est ad *l. si certis annis*, *sup. de pact.* ubi qui ex pacto, ut ait nominatim, solvit reditus aliquantum temporis, deinceps etiam non cogetur solvere, quia solvit ut ex pacto, & ex pacto non est obligatio. Sic etiam respondemus ad *l. operis non impositis*, *de oper. libert.* Libertus, cui non erant impositæ operæ, id est, qui non debuit operas, eas tamen præstitit ex pactione, ex voluntate, an invitus cogetur præstare easdem operas? minime: quia eas præstitit ex voluntate nuda, animi gratia, quod neminem obligat, neque in futurum, neque in præteritum: non præstitit eas, ut obligatus, ut confitens se eas debere, sed animi gratia. Et ita dicimus eum, qui habet immunitatem ne gerat munera publica invitus, qui habet hoc privilegium non amittere privil. si voluntarie munus suscipiat, *pour son plaisir*, non ideo cogetur & in futurum quæcumque munera publica oblata suscipere: quod quis ultro, & liberaliter munus Reipub. suscipit, non labefactat privilegium ejus, *l. 2. ff. de privileg. veter. l. voluntariæ*, *sup. de excus. tut.* quod notandum. Et ita etiam, quod solvi ex mera liberalitate, aut ex causa inefficaci ad obligandum, non labefactat immunitatem meam, quia id præstare obligatus non sum, sed quid præsto ut obligatus, ita ut videar fateri esse obligatus, & perseverem præstare sat longo tempore, & maxime si approbo judicium defuncti sciens, quantumvis licet irritum sit, obligabor & idem præstare in posterum. Et hæc est hujus quæstionis definitio. Hic tit. non tantum est de fideicommissis specialibus, id

A est, singularum rerum, sed etiam de universalibus, id est, de fideicommissariis hereditatibus, ut patet ex *l. 3. §. 12. & 15. & ex l. cum virum*: cujus quæstiones heri absolvimus, & ex *l. eam quam*, *ex l. cum acutissimi*, & *ex l. ult.* nam & quod dicitur de universalibus fideicommissis, facile trahitur ad fideicommissa specialia, ut quod dicitur in *l. cum acutissimi*, de fideicommisso hereditatis, constat pertinere etiam ad fideicommissum speciale, & legatum, ex *l. generaliter*, *in fine*, *sup. de instit. & subst.* comprobatum autem in *d. l. cum acutissimi*, & *d. l. generaliter*, in utraque responsum Papinia. quod extat in *l. cum avus*, *ff. de cond. & demonst.* qui fideicommisso hereditatis relicto a filio, vel nepote, vel pronepote, primus respondit, semper fideicommisso inesse tacite hanc conditionem, *si filius*, *vel nepos*, *vel pronepos sine liberis* B *decesserit*, *ut tum hereditatem restituat*, ducta conjectura ex pietate parentis, quam admittit Justinian. in *d. l. generaliter*, etiamsi non justi, & legitimi liberi, sed naturales instituti proponantur, & onerati fideicommisso universali post mortem suam. Conditio tamen illa, quæ subintelligitur, *si sine liberis decesserit*, accipienda tantum est de justis liberis, non de naturalibus, si sine liberis justis decesserit, nisi alia fuerit mens testatoris, quia vix unquam quisquam alium invitat ad procreationem liberorum injustorum, sive naturalium, qui & nothi, & obliqui, & degeneres dicuntur. Extraneo autem herede instituto, & rogato restituere hereditatem, non subintelligimus eandem conditionem, quia in extraneo cessat pietatis conjectura, quæ Papinian. permovit. Et hac de re quidem satis. Veniamus ad *l. eam* C *quam*, cujus interpretatio finem adfert huic tit. Male fere omnes Doctores, ut notatur in ipso summario legis, sequuti Azonem, censent hanc esse sententiam *l. eam quam*, ut si institutio heredis nulla sit ob errorem testatoris, qui, puta, puellam heredem instituit, ut filiam adoptivam, cum jure non esset adoptata: Institutionem quidem nullam esse. Et ita si institutio nulla sit ob errorem illum testatoris, legata tamen, & fideicommissa conservari, & præstari a legitimo herede testatoris ab intestato. Primum, ut refutemus hanc communem interpretationem, *lex eam quam*, non ponit testatorem puellam instituisse ut filiam adoptivam, non instituturum, si non jure factam adoptionem fuisse nosset, quod exigitur, ut institutio nulla sit, *l. 4. & l. 7. sup. de hered. instit. l. neque*, *sup. de testam.* Sed lex ait simpliciter, *eam quam* D *frater tuus instituerat*, nec addit, *ut filiam*, & quod ait *eam quam*, &c. appellatur ea forma loquendi *Syllepsis*, & est similis in *l. filium quem*, *sup. famil. ercisc.* & in *l. filiusfamil. §. divid. de leg. 1. & l. qui Romæ*, *§. Flavius*, *ff. de verb. obl.* Et illo loco: *eunuchum*, *quem dedisti nobis*, *quas turbas dedit*. *Et populo, ut placerent, quas fecisset fabulas, & quas faciet de integro comœdias spectandæ, an negligendæ sint vobis prius*: non ponit, inquam, ea lex eam puellam fuisse institutam, ut filiam, imo vero cum ponat testatorem ei substituisse pupillariter per fideicommissum, ex eo apparet eum, ut extraneæ substituisse: nam ut filiæ jure adoptatæ, substituisset pupillariter verbis directis. Et præterea lex significat puellam posse adire hereditatem. Et si adierit, fideicommissum ab ejus heredibus præstari. Ergo institutionem non esse nullam. Denique E non fuisse institutam ut justam filiam, alioqui institutio esset nulla, nec posset ex ea adire, nec heredes ejus ex ea institutione relictum fideicommissum præstare compellerentur. Item lex non dicit fideicommissum deberi, puella non adeunte hereditatem, aliter quam si & ei relictum sit ab intestato a legitimis heredibus testatoris. Ac præterea de fideicommisso loquitur, non de legato: fideicommissum potest relinqui ab intestato, non legatum, *l. si Titio pecunia*, *§. 1. ff. de leg. 1. l. ult. ff. de leg. 3.* Et postremo quod statuunt ex hac una lege, ut ostendi, male accepta, vel contorta, si institutio fuerit nulla, quod ita statuunt ob errorem testatoris, cetera conservari, hoc nunquam mihi probabunt, nisi ex hoc uno loco male contorto, ut ostendi, quia repugnat ratio

juris

juris, cum inſtitutio ſit caput & fundamentum totius teſtamenti, qua deficiente omnis ſcriptura teſtamenti corruit, & collabitur, *l.9. ff. de teſtam. tut. l.3. §.1. ff. de legat. l.3. §. ult. ff. ut in poſſ. legat.* Itaque faceſſat iſta interpretatio Azonis, & amplectamur magis ſpeciem, quam priore loco ad hanc legem appoſuit Accurſ. noſter, quam vobis exponam latius & diligentius: nam hac ſpecie legis ſola bene poſita, velut aditu, januaque patefacta, facile perveniemus ad verum ſenſum legis. Species hæc eſt: Quidam puellam impuberem ſui juris arrogavit pro filia, ſed non rite, non jure; quia non arrogavit eam ſolemniter, & cauſa cognita apud principem, uti oportet, *§. cum autem, Inſtit. de adopt.* non eſt igitur filia. Deinde moriens eam heredem inſtituit, & ei ſubſtituit pupillariter in ſecundum caſum, non verbis directis, quia nec valuiſſet ſubſtitutio, ſed verbis precariis, & ſimpliciter, hoc modo: *Si filia heres mea intra pubertatem deceſſerit*, id eſt, ante impletum 12. annum ætatis, *bona mea ad Titium, & Sempron. pervenire volo: volo*, eſt verbum precarium, *ſimpliciter* ſubſtituit, ut ait lex, quia ſcilicet non deſignavit perſonam, a qua fideicommiſſum relinqueret, quamvis fideicommiſſo hereditatis oneraret. Quo genere videtur generaliter fideicommiſſum hereditatis reliquiſſe ab omnibus, qui & heredes extitiſſent, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato. *Simpliciter* ergo in hac lege in hac parte, id eſt, generaliter, non nominatim, ut in *l. ſi domus in pr. D. de leg.* 1. Poſtea mortua eſt puella intra pubertatem, atque ita dies fideicommiſſi ceſſit. Quæritur a quo præſtandum ſit fideicommiſſum Titio, & Sempronio. Et diſtinguimus: aut puella adiit hereditatem ex teſtamento, aut non: ſi adiit, fideicommiſſum ab ejus heredibus debetur, hoc eſt certiſſimum: dico ſi adiit, quia cum non fuerit jure adoptata, extranea heres fuit, non ſua. Extraneus non poteſt adquirere hereditatem ſine aditione, nec tranſmittere in heredes non aditam. Si eſſet jure adoptata, eſſet in familia, & poteſtate adoptatoris, ac proinde ei ſua heres eſſet, & ſtatim ei heres exiſteret ipſo jure, ſine aditione, *l. in ſuis, D. de ſuis, & legit. hered.* Et tranſmitteret hereditatem ad heredes ſuos, *l.5. ſup. de jure delib.* Et ſimiliter ab ejus heredibus deberetur fideicommiſſum. Sed quia non fuit ſua heres, id eſt, non fuit filiaf. ſed extranea heres, ideo lex aditionem deſiderat, ut ab ejus heredibus fideicommiſſum debeatur: nam ſi non adiit hereditatem ex teſtamento, fideicommiſſum debetur a legitimis heredibus teſtatoris ab inteſtato, non ab heredibus puellæ, quia qui ſimpliciter ſubſtituit, & generaliter verbis precariis videtur porrexiſſe preces ſuas ad omnes ſucceſſores ſuos, ſive jure teſtati venirent, ſive jure inteſtati. Et hoc eſt, quod ait illo loco, *nihil prohibet fideicommiſſum petere vel ab ipſius puellæ heredibus, vel qui bona inteſtati tenent*: & ſubjicit, nihil obſtare regulam juris, quæ vult, non adita hereditate ex teſtamento, nihil eorum valere, quæ in teſtamento ſcripta ſunt, *l. ſi nemo, D. de regul. jur.* Ergo ſi puella non adierit hereditatem ex teſtamento, non deberi fideicommiſſum hereditatis, hoc eſt non valere ſubſtitutionem pupillarem ei factam verbis precariis, non tantum, ut hoc interim admoneam, ſubſtitutio pupillaris facta precario, ſed quæcunque ſubſtitutio precaria appellatur hereditas fideicommiſſaria. Et retro omnis hereditas relicta per fideicommiſſum dicitur ſubſtitutio, precaria ſcilicet. Et hominis eſt non verſati in libris juris dicere, quod dixit Antonius, id tantum fideicommiſſum hereditatis appellari ſubſtitutionem precariam, quod relinquitur in caſum mortis pupillæ, ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis directæ. Ergo videbatur obſtare illa regula juris, id eſt, ex ea videbatur quis efficere poſſe, non adeunte puella hereditatem, non valere ſubſtitut. pupill. ei factam verbis fideicommiſſi. Et vero ſi facta eſſet ſubſtitutio pupillaris puellæ heredi inſtitutæ verbis directis, hoc modo, *ſi intra pubertatem deceſſerit, Ti-*

A *tius, & Sempron. heredes ſunto*, ea non adeunte hereditatem, evaneſceret ſubſtitutio pupill. *l.2. §. quiſquis, D. de vulg. ſubſt.* Denique herede impubere inſtituto non adeunte, vel eo adeunte, & ſubſtitutis non adeuntibus directo, ſibi delatam hereditatem pupilli ex ſubſtitutione pupillari, ſubſtitutio pupill. evaneſcit, ſi ipſe non adeat, quia nec ſubſtituti adire poſſunt. Si adeat, quia ſubſtituti non adierunt ea mortua intra pubertatem: hoc ita in ſubſtitutione pupillari directa. At in hac ſpecie fuit facta ſubſtitutio pupillaris per fideicommiſſum, & *ſimpliciter*, ut ait lex, adeo ut ſucceſſores ab inteſtato rogati intelligantur Titio & Sempronio hereditat. reſtituere. Quamobrem puella mortua intra pubertatem nondum adita hereditate, Titius & Sempronius non poſſunt quidem adire hereditatem, quia

B fideicommiſſarii dicuntur poſtulare, & recipere hereditatem, non adire, ſed poſtulare poſſunt eam hereditatem a legitimis heredibus teſtatoris, eoſque cogere, ut adeant ipſi hereditatem, ac deinde reſtituant ſibi, quod non tantum teſtamentaria heres, ſed & ipſi generaliter, ea omittente teſtamentum, videantur eodem fideicommiſſo onerati: & oppoſita hæc ſunt in hac *l. adire hereditatem, & poſtulare hereditatem*: aditur jure directo, poſtulatur jure fideicommiſſi, non aditur: in illo loco, qui notandus eſt, *cum verbis relicta directis adiri potuit hereditas; non cum illa ipſa ſic data eſt, ut eſſet ab inteſtato ſucceſſoribus poſtulanda*, ſic eſt legendum *cum verbis directis*. Et ne quæ reſideat difficultas, cum hereditas relicta eſt ſubſtitutis verbis directis, tunc valet regula, quæ objicitur, & cum potuit

C adiri hereditas. At non adeunte inſtituto, nec potuit adiri a ſubſtituto verbis directis, a ſubſtituto autem verbis precariis, nunquam aditur hereditas, ſed poſtulatur. Et jure poſtulatur etiam deſtituto teſtamento, cum proponitur teſtator generaliter eodem fideicommiſſo oneraſſe omnes ſucceſſores ſuos quoque jure ſuccederent teſtati, vel inteſtati. Et ita callemus pulchre ſenſum hujus l. ex quo breviter colligimus, fideicommiſſum teſtamento relictum non deberi ab herede heredis inſtituti, ſi heres inſtitutus ex teſtamento non adierit hereditatem, ut in *l.9. h.t.* quæ eſt conjungenda, ut inſcriptio, & ſubſcriptio docet cum *l.14. ſup. de teſtam.* in utraque ita poſita ſpecie communiter, ut voluerit quis facere teſtamentum, non codicillos, idque appareat ex inſtitutione, & exheredatione, quam

D in eo inſtrumento ſcripſit, quæ non ſcribitur in codicillis, quia codicillis directo, neque datur, neque adimitur hereditas, ut, inquam, appareat ex eo, eum voluiſſe facere teſtamentum, non codicillos, nec tamen teſtamentum jure perfeciſſe. Et ait nec fideicommiſſa quidem ex eo teſtamento deberi veluti ex codicillis, quia non codicillos, ſed teſtamentum facere voluit, ut in *l. ex ea ſcriptura, ff. qui teſtam.* Ex ea ſcriptura, quæ ad teſtamentum faciendum parabatur, id eſt, ut Græci breviter vertunt *ἀπὸ σχεδαρίου*, ex ea ſcriptura, ex eo libello, ex ea ſchedula: ſi nullo jure fuerit perfectum teſtamentum, neque fideicommiſſi verba valere debere. Merito igitur ita concludemus ex *l. eam quam*, fideicommiſſum teſtamento relictum non deberi ab herede heredis inſtituti, ſi ab herede inſtituto

E ex teſtamento adita hereditas non fuerit, ſed addendum ex eadem *l. & ex d. l.29.* deberi tamen fideicommiſſum a legitimis heredibus teſtatoris, ſi & ab inteſtato ſuccedentes rogati probentur, vel rogati intelligantur & generali, & ſimplici ſermone teſtatoris, ut in ſpecie hujus l. vel ex clauſula codicillari, vel ex aliis conjecturis, & breviter omnibus undecim caſibus, quos ſtudioſe collegit Accurſ. in hac l. in quibus perſcrutandis vos exerceatis, abrogato tamen caſu 12. & 13. quos etiam interpretes omnes rejiciunt jure meritoque.

AD

AD TITULUM XLIII.

COMMUNIA DE LEGATIS, ET FIDEICOMMISSIS.

IN superioribus tit. multa exposita sunt, quæ ubique notavi satis diligenter, quæ semper fuerunt, & sunt etiam hodie communia legatis, & fideicommissis: in hoc autem tit. proponuntur quæ cum ante non fuissent communia, Justinianus communia fecit: ac primum quidem in *l.1. h.t.* Justin. communes facit actiones leg. & fideicommissorum. Qua in re ante Justinianum magna erat differentia inter legata, & fideicommissa, atque etiam inter ipsa genera legatorum: nam legata petebantur per actionem, & per judicem datum specialiter in causa legati, *l.si quid ex Pamphila, D.de leg.2.* Et si erant relicta per vindicationem hoc modo, *Do, lego,* vel *capito, aut sumito, aut habeto*, legatum petebatur vel per actionem ex testamento, quæ est in personam, vel per actionem in rem, quia & hoc genere legati testator vindicandæ rei legatæ potestatem facit, cum ait, *capito tibi, aut tibi do, lego*. Et hoc ostenditur in *l.cum filius, §.penult. D.de leg.2. l.hujusmodi, §.ult. & l.seq. & l.si servus, §.cum homo, D. de leg.1. & l.3. sup. de leg.* vel etiam per actionem ad exhibendum, aut in factum, ut in *l.si heres rem legatam, D.de leg.2. l.quod legatum, D.de judic.* utra scilicet maluisset legatarius uti: nam plures actiones dantur, non ut omnibus legatarius utatur in solidum, vel pro parte legati: non in solidum, quia testator semel tantum dari voluit: non pro parte, quia legatum in partes scindi non potest, sed dantur plures actiones, quemadmodum ostenditur in *d. §.pen.* ut laxior sit agendi facultas, & ut ex multis, quæ suppetunt, legatarius eligat unam, cujus beneficio perveniat ad legatum. Legata autem per damnationem relicta, veluti *heres meus illi dare rem illam damnas esto*, & ita Græci interpretantur *καταδικάζω σε, damno te*, vel etiam legata relicta sinendi modo, ita scilicet, *heres meus sinito illam rem illum sumere, & sibi habere*, hæc petebantur tantum per actionem in personam, *Ajo te mihi dare oportere: aut quod damnavit testator ut mihi dares, id mihi dari oportere*. Legata autem relicta per præceptionem, quæ heredibus solis relinquuntur hoc modo, *heres meus illam rem præcipito, sive præcipuam habeto*, extra partem hereditatis scilicet, hæc veniebant in actionem famil. ercisc. *l.heredes, §.ult. l.rem, D.famil. ercisc.* fideicommissa autem non petebantur per actionem jure ordinario, non per formulam, ut ait Ulpia. *lib. reg. tit. de fideicommissis*. Non ergo per judicem specialiter datum in causa fideicommissi, sed per extraordinariam persecutionem, interventumque ipsorum magistratuum, veluti consulum, aut prætoris fideicommissarii in urbe, vel præsidum in provinciis, ut in *l.pecuniæ, §.persecutionis, ff.de verb.signif.* fideicommissa non erant ordinarii juris, ideoque de fideicommissis non dabatur judex specialis, qui ex formula ea de re cognosceret, & arbitraretur, sed ipsius magistratus cognitio erat, & omnis cognitio magistratus extraordinarium judicium est: nam jure ordinario magistratus non cognoscit de causis, sed dat judices, qui cognoscant speciales in quaque causa, judices pedaneos, judices delegatos. Sed & fideicommissorum nomine olim fiebat quædam solemnis in rem missio adversus extraneos possessores rerum per fideicommissum relictarum, vel rerum hereditariarum, herede scilicet non existente solvendo, ut ait Novella 39. *ἐξ ἀπορίας*, id est, herede non existente solvendo, quæ solemnis in rem missio non fiebat in legato vindicationis, ut recte Græci interpretes notant hoc loco: & longe diversa erat a missione in possess. rerum omnium hereditariarum, quæ fit communiter legatorum, aut fideicommissorum servandorum causa, herede non cavente legatorum, aut fideicommissorum nomine, quo genere pignus Prætorium

A constituitur, de quo est *inf. tit. 53.* Et hæc quidem ita se habuerunt ante Justinianum. At ex constit. Justinian. id est, ex *l.1. h.t.* quam in *Instit.* ait se fecisse cum magna lucubratione, & sane est plenissima juris, perfectissimaque constitutio, quæ nihil omittit, & in qua nihil possis jure desiderare, ut omnes constitut. Justiniani sunt eruditissimæ, utpote conditæ a maximo J.C. nempe Triboniano, qui fuit alter Papinianus studiosissimus juris veteris, & sine quo periissent omnes libri veterum J.C. quorum ille solus copia abundabat ætate Justiniani. Ex hac constitutione, inquam, de legatis omnibus cujuscumque generis, & fideicommissis tres competunt actiones ordinariæ: actio ex testamento, vel ex codicillis, actio ex ultima voluntate, quæ est in personam heredis: vel ejus, a quo fideicommissum re-
B lictum est, & actio in rem ad vindicandam rem, quæ relicta est, si res testatoris fuerit, non si aliena, non si heredis propria, quæ legata sit, cujus etiam testator vindicationem dare non potuit: & 3. actio hypothecaria ad persequendam possessionem rerum hereditariarum pro quantitate legati, aut fideicommissi: non etiam rerum heredis, vel ejus, a quo fideicommissorum nomine res omnes hereditariæ tacito jure legatariis, aut fideicommissariis pignori, hypothecæve obligatæ sunt: potuit testator ipse in testamento legatariis, aut fideicommissariis res hereditarias pignoris jure obligare, ut ait hoc loco Justinian. & probat *lex fundus, de ann. legat. & l.Lucius, de alim.legat. & l.non est, de pign.action.* Ergo, inquit, potuit & Imp. eisdem legatariis, vel fideicommissariis dare tacitam hypothecam in omnibus rebus he-
C reditariis, etiamsi de eo nihil caverit ipse testator, nihilve convenerit inter heredem, & legatarios, aut fideicommissarios, quasi ex tacita voluntate testatoris, vel ex tacita conventione. Igitur non possunt non pervenire ad legata, vel fideicommissa ii, quibus relicta sunt, cum omnis hereditas eo nomine eis tacite pignorata intelligatur. Et maxime, inquit, in hac *l. Si legata, aut fideicomm. piis actibus destinata sint*, in quibus tamen hoc non est præcipuum: Nam animus est Justinian. ut & aliorum legatorum nomine, quæ non sunt destinata piis actibus, vel usibus, competat actio hypothecaria. Id tamen esse præcipuum in legatis destinatis piis actibus, ut si per errorem solvantur, cum jure non debentur, repeti non possint condictione indebiti, *l.45.* quæ est Græca *sup.de epis. & cler.* cujus fit mentio in fine *tit.de obligat.*
D *quasi ex contractu, in Instit.* ergo de legatis omnibus, & fideicommissis hodie tres illæ actiones competunt: & sublata est illa solemnis in rem missio, quæ fiebat fideicommissorum nomine, quia sufficiunt illæ tres actiones. Et notandum est, huic constitutioni locum esse, ut legatorum, & fideicommissorum nomine omnes res hereditariæ pignori obligatæ sint, non tantum si ab herede legatum, aut fideicommissum relictum sit, sed etiamsi a legatario, vel fideicommissario, vel alio, a quo fideicommissum relinqui possit, ut ait, veluti a donatario mortis causa, a debitore ex constitutione D.Pii, a legitimo herede, ab herede heredis, vel legatarii, a patre, vel domino heredis instituti, quia ab iis personis relictum fideicommissum non valet, nisi ad eas aliquid pervenerit ex rebus defuncti, judicio defuncti, *l.6. in fi-*
E *ne, de leg.3.* Et hæ ipsæ res, quæ ad eos pervenerunt eo defuncto fideicommissi nomine, quod ab eis relinquitur, tacito intellectu hypothecæ obligatæ sunt, earumque persequutio est per actionem hypothecariam, & recte ait, & custodite in *hac l.1. fideicommissum*, quoniam a legatario, vel fideicommissario, vel ceteris, quos enumeravi, nondum potuit legatum relinqui. Sed postea placuit Justiniano, ut & ab iis legatum relinqui posset, ut fideicommissum in *l.2.* hujus tit. ad quam transeamus, quoniam satis abunde diximus de *l.1.* Lex prima fecit communes actiones legatorum, & fideicommissorum: lex secunda ejusdem Justiniani facit communia verba legatorum, & fideicommissorum, imo & communia jura legatorum, & fideicommissorum; communia

verba

verba facit, quia vult, ut legatum, vel fideicommissum faciat sola voluntas defuncti, non verba directa legatum, ut olim, & verba precaria fideicommissum: denique ex sententia Justiniani, legatum est, quod legatum defunctus esse voluit, quamvis reliquerit verbis precariis, & inflexis, qualia sunt, ut ait recte, *mando*, *rogo*, *volo*, *fideicommitto*. Et similiter fideicommissum est, quod defunctus fideicommissum esse voluit, quamvis defunctus id reliquerit verbis directis & civilibus, quale est, inquit, verbum *jubeo*, rectissime: nam tantum abest, ut Ulpianus in fragmentis scripserit verbum *jubeo*, esse precarium, ut nominatim scribat libertatem ita directo dari, *illum liberum esse jubeo*, & hereditatem similiter, *illum heredem esse jubeo*, & legatum quoque per damnationem hoc modo, *heredem meum dare jubeo*: Ergo *jubeo* est verbum directum Ulpiano, sed addidit Justinian. in hac *lege penult.* temperamentum veluti quoddam, *forte* scilicet, *jubeo* esse verbum directum: *forte:* nam videtur plerisque esse verbum commune legati, & fideicommissi. Sane fideicommisso aptatur in *l. Aurelius*, *§. ult. D. de liber. leg.* Ambiguitas verbi fecit ut adderet *forte*, quam ambiguitatem etiam refert Justinian. in hac *l.* 2. fuisse verbo Græco *ἐνορκῶ*: sic legit rectissime doctissimus Haloander, sic habent innumeri libri manuscripti, non divisim, ut Alciatus legit *ἐν ὅρκῳ in jurejurando*, quoniam manifeste lex agit de unico verbo, & ut ante de verbo *rogo*, *volo*, *mando*, *jubeo*, ita & mox de verbo *ἐνορκῶ*, quod est adjuro, sive jurejurando convenio, vel obtestor, ut des, vel facias, eadem forma composito, qua verbum *ἐνορκῶ*, quod est liquido juro: & est frequentissimum testatores cum jurisjurandi obtestatione heredes onerare legati, aut fideicommissi præstatione, ut in *l. 3. ff. de jur. fisc. per Deum rogo te heres mi, ut illi des fundum:* & in *§. 1. Institut. de fideicomm. heredit. Per salutem principis peto, ut illi des illam rem*, & in *l. cum pater*, *§. filius*, *ff. de leg.* 2. qui locus est summe notandus, ponitur testator cum jurisjurandi religione rogasse tabulis data fideicommissa præstare, quæ enixæ preces, ut ait lex, id est, omni nixu effusæ per omnes Deos adjurato herede effectum sunt habituræ, etiamsi ab intestato, non ex testamento heres rem obtineat, licet non sit adjecta clausula codicillaris, quia valde vult dari, & omnino dari id, de quo adjurat heredem, & obtestatur, sive obsecrat, valde cupiens, prægestiens animo id dari, quod obsecrat & obtestatur dari, ideo tale fideicommissum etiam ab intestato debetur: male Alciatus hoc loco, & Accurs. etiam hoc modo ponit exemplum: Si quis scripserit in testamento, *jure me daturum Titio* 100. nam ex hac scriptura neque legati, neque fideicommissi petitio est, *l. Titia*, *in princ. ff. de leg.* 2. male item Accurs. ponit exemplum in conditione jurisjurandi scripta hoc modo, *ille heres esto*, *si juraverit se daturum Cajo decem millia*, quia & conditio illa neque legatum facit, neque fideicommissum: sicut quem pono in conditione, ut dicunt nostri, non pono etiam in dispositione. Ac præterea etiam illa conditio jurisjurandi jure prætorio remittitur, ut & ipse Accurs. notavit in *l. quæ sub conditione*, *in princ. ff. de condit. instit.* communia etiam in hac *l.* 2. Justinian. facit jura legatorum, & fideicommissorum: quomodo? Ita scilicet, ut jura fideicommissorum, quæ fuerunt humaniora, ut ipse ait, & pinguiora, sive locupletiora communicentur legatis, puta ut hodie legatum possit relinqui non tantum ab herede instituto in testamento, sed etiam ab herede legitimo, & a legatario, & a fideicommissario, & ab herede heredis, ut fideicommissum, & ab aliis omnibus, quos enumeravimus in *l.* 1. Et consequenter, ut & hodie legatum nutu relinqui possit, ut fideicommissum, vel in libello, & in epistola fideicommissaria. Contra quoque ut quod amplius juris est in legatis, communicetur fideicommissis, puta, ut iisdem actionibus petantur fideicommissa, quibus legata, ut non tantum legata, sed etiam fideicommissa jure ordinario debeantur: & ut non tantum legatorum, sed etiam fideicommissorum dominium transferatur in accipientem. Et jam ut legata non censeantur ex rigore juris civilis, nec strictius accipiantur, sed ex sola voluntate defuncti, quæ legitima sit, ut hæc sola dominetur tum in legatis, tum in fideicommissis, denique ut per omnia & in omnibus exæquata sint legata fideicommissis, quod primus Justinian. introduxit in hac *l.* 2. Et qui putant idem Ulpian. scripsisse in *l.* 1. *ff. de leg.* 1. profecto maximo in errore versantur: Nam Ulpia. non dixit per omnia & in omnibus exæquata esse legata fideicommissis, ut in *l.* 2. *§. pen. D. de ju. codic.* dicitur per omnia & in omnibus furiosum absentis, & quiescentis loco haberi, sed Ulpian. tantum dixit, per omnia exæquata esse legata fideicommissis. Et quærendum nunc qua in re sint per omnia exæquata. Non enim tunc erant exæquata in omnibus. Et hoc inscriptio legis indicat, quæ sumpta est ex *lib. 67. Ulpiani ad edictum*, quo tractavit de lege Falcidia, & de interdicto *quod legatorum*, quod datur tantum propter retentionem Falcidiæ adversus legatarium, vel fideicommissarium, qui quod sibi relictum erat occupavit: & in hac parte juris, quæ est de lege Falcidia, per omnia exæquata sunt legata fideicommissis. Idque ex Senatusconsulto Pegasiano: nam ex lege Falcidia quadrans retinetur tantum ex legatis, sed ex Senatusconsulto Pegasiano, lex Falcidia porrigitur etiam ad fideicommissa, atque ita Falcidia detrahitur ex legatis, & ex fideicommissis specialibus, & universalibus, & interdictum quod legatorum ad retinendam Falcidiam datur, non tantum legatorum, sed etiam fideicommissorum nomine, *l.* 1. *ff. quod legat.* quæ est ex eodem libro Ulp. ut quæ imputantur in Falcid. legatorum, eadem etiam imputentur in Falcid. fideicommissorum, aut quæ non imputantur in legatis, non imputentur etiam in fideicomm. *l. in quartam*, *ff. ad l. Falcid.* ut plane Ulpian. non scripserit *in omnibus*, quod primus Justinian. introduxit, sed in l. Falcid. exæquata esse legata fideicommissis.

Ad L. ult. Si duobus, vel tribus *hominibus*, *vel pluribus forte optio servi*, *vel alterius rei fuerit relicta*, *vel si uni quidem legatario optio servi*, *vel alterius rei relicta est*, *ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes: dubitabatur inter veteres si inter legatarios*, *vel heredes legatarii fuerit certatum*, *& alter servum*, *vel alteram rem eligere velit*, *quid sit statuendum. Sancimus itaque in omnibus hujusmodi casibus rei judicem fortunam esse*, *& sortem inter altercantes adhibendam: ut quem sors prætulerit*, *is quidem habeat potestatem eligendi*, *ceteris autem æstimationem præstet contingentium eis partium: id est*, *servis quidem*, *& ancillis majoribus decem annis*, *si sine arte sint*, *viginti solidis æstimandis*, *minoribus vero decem annis*, *non amplius*, *quam in decem solidos computandis: sin autem artifices sint*, *usque ad triginta solidos æstimatione eorum procedente*, *sive masculi*, *sive feminæ sint: exceptis notariis*, *& medicis utriusque sexus: cum notarios quinquaginta solidis æstimari velimus*, *medicos autem*, *& obstetrices sexaginta. Eunuchis minoribus quidem decem annis*, *usque ad triginta solidos valentibus: majoribus vero usque ad quinquaginta: sin autem artifices sint*, *usque ad septuaginta.*

Ad §. Sed & si quis *optionem servi*, *vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario*, *sed quem Titius forte elegerit*, *Titius autem vel noluerit eligere*, *vel non potuerit*, *vel morte fuerit præventus: & in hac specie dubitabatur apud veteres quid statuendum sit: utrumne legatum exspiret*, *an aliquod ei inducatur adjutorium*, *& viri boni arbitratu procedat electio. Censemus itaque si intra annale tempus ille*, *qui eligere jussus est*, *hoc facere supersederit*, *vel minime potuerit*, *vel quandocunque decesserit: ipsi legatario videri esse delatam electionem: ita tamen ut non optimam ex servis*, *vel aliis rebus quidquam eligat*, *sed mediæ æstimationis: ne dum legatarium satis esse fovendum existimamus*, *heredis commoda defraudentur.*

Ad §. Sed quia nostra *majestas per multos casus*, *legatariis*, *& fideicommissariis prospexit*, *actionesque tam personales*, *quam in rem*, *& hypothecarias dedimus*, *& in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est*, *& ad hanc legem* per-

pervenimus. Nemo itaque heres ea, quæ per legatum, vel pure, vel sub certo die relicta sunt, vel quæ restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignoris, vel hypothecæ titulo adsignanda, vel mancipia manumittenda: sed sciat hoc, quod alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii existens, alieno juri applicare: quia satis absurdum est, & irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ, pignorisve nomine obligare, vel manumittere, & alienam spem decipere.

Ad §. Sin autem *sub conditione, vel sub incerta die fuerit relictum legatum, vel fideicommissum universitatis, vel speciale, vel substitutione, vel restitutione melius quidem faciet, si & in his casibus caveat ab omni venditione, vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat. Sin autem avaritiæ cupidine propter spem conditionis minime implendæ, ad venditionem, vel hypothecam prosiluerit, sciat, quod conditione impleta, ab initio causa in irritum devocetur: & sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata: ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat. Quod similiter obtinere censemus in hujusmodi legatis, sive pure, sive sub die certo, sive sub conditione, sive sub incerta die relicta sint. Sed in his omnibus casibus legatario quidem, vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare, & sibi adsignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.*

Ad §. Emptor autem sciens *rei gravamen, adversus venditionem actionem habeat tantum ad restitutionem pretii, neque duplæ stipulatione, neque melioratione locum habente: cum sufficiat ei saltem pro pretio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri. Creditori nihilominus pignoratitia contraria actione adversus debitorem competente: ut ex omni parte, omnique studio, id, quod semper properamus, ad effectum perducatur, & ultima elogia defunctorum legitimum finem sortiantur, bonæ fidei proculdubio emptoribus integra jura, & nullo modo ex hac constitutione deminuta, contra venditores habentibus. Dat. Calend. Sept. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.*

RESTAT *l.* 3. hujus tit. Constitutio Justin. est, quæ de tribus quæstionibus juris aliter statuit, quam fecerint veteres juris auctores: 1. quæstio est de optione legata servi, vel alterius rei, puta, ut ex multis suis, vel aliis rebus hereditariis, quam legatarius elegerit, eam uti capiat, & sibi habeat, quæ pertinet etiam ad optionis fideicommis. nam post l. quis dubitat, quæ Justinian. constituit de legatis, omnia pertinere etiam ad fideicommis. quasi æqualia? Et quæstio hæc est. Si pluribus sit legata optio servi, vel alterius rei hereditariæ, vel si uni sit legata, & is post diem legati cedentem, antequam eligeret, decesserit, relictis pluribus heredibus, & plures legatarii, vel plures heredes unius legatarii in eligendo servo non consentiant, alio alium servum, aliamve rem eligere cupiente: quæritur quemadmodum res dirimenda sit: nam plerique existimabant, eos, qui non consentiunt, invicem sibi obstare, id est, se invicem excludere petitione legati, denique legatum intercidere, quod erat inhumanum. Et ideo Justin. in hac *l.* 3. mavult hujus rei sortem judicem facere, id est, fortunam, ut ait recte: nam & fors & sors idem est, & in S.C. relato *l.* 2. *ff. de bon. eorum, qui ante sent. mort. sibi consc. cum damnatus nemo videri possit in hunc annum, antequam de eo forte judicium Romæ redditum & pronuntiatum esset: forte*, id est, *sorte*, ut in *l. Corn. ff. de sica. ut is prætor, judexve quæstionis, cui sorte obvenerit quæstio de sicariis, ejus, quod in urbe Roma prope mille passus factum sit, uti quærat cum judicibus, qui ei ex lege sorte obvenerint*. Et ita in proposita specie ex sententia Justiniani, cui sortis felicitas dederit electionem, in electione potior erit, & ceteris præstabit ejus rei, quam elegerit portionem contingentem: sic appellat, quod Græci τὸ ἐπιβάλλον μέρος, ut & *l. domino, ff. ad S.C. Syllanian. l.* 1. §. *quia autem, ff. quod legat. l. ult.*

A *sup. depos.* ergo ceteris collegatariis, vel coheredibus præstabit contingentis, sive ratæ portionis æstimationem, quoniam rem ipsam aspernantur, & is, qui elegit, munere, & beneficio sortis rem solidam retinebit. Æstimationem quoque taxat Justinian. hoc loco, scilicet si servi optio legata sit, pro ætate servorum, & qualitate majores decem annis pluris faciens, quam minores, & eunuchos, quam integros, quod olim servi pretium produceret excisio, viri, vel πίστεως ἕνεκα, id est, *fidei gratia*, ut ait Herodotus in οὐρανίᾳ, vel muliebrium libidinum causa. Et pluris peritos, quam imperitos. Notarios autem, & medicos supra omnes, ut & in *l.* 1. *inf. de comm. serv. man.* Sortem vero judicem facere, & fortunam in jure novum non est: nam & coheredes inter se sortiri licet apud quem remaneant cautiones heredita-
B riæ, *l.* 5. *ff. famil. ercisc.* & sortito hereditatem dividere in *l.* 2. *sup. quando, & quib. quarta pars, lib.* 10. Et in duplicibus judiciis, quæ scilicet redduntur inter coheredes, vel consocios, vel confines: cum se invicem provocant ad judicium divisionis, si quæratur litis ordinandæ gratia uter sit actor, uter reus, res sorte discernitur, *l. sed cum ambo, ff. de judic.* nec dicas, quod objicit Accurs. rem frustra permitti sorti, cum prætor viribus imperii sui possit eos, qui inter se dissentiunt compescere, & compellere ad consentiendum, quod ostendunt loci adnotati ab Accurs. Nam prætor ipse mavult sæpe rem sorti permittere, quam partes suas interponere, ne subeat suspicionem ambitionis, vel gratiæ, *de faveur*, ut eleganter ait *l. generaliter*, §. *quid ergo, ff. de fid. libert.* Et non solet etiam prætor nisi novissime, & ad extre-
C mum rem sorti committere. Quint. *lib.* 7. *cap.* 1. *Scio esse quæsitum utra pars deberet prior dicere, quod in foro vel ex atrocitate formularum, vel ex modo petitionum, vel novissime sorte dijudicatur*: est locus elegantissimus, nec sapientissimi etiam Hebræorum in judiciis, sive in causis dirimendis abstinuerunt judicio sortis, sive fortunæ, ut *Prov. cap.* 18. *Litis finis sors est, & controversias potentiorum dirimit*. Et valde placet etiam quæ illi proxima est sapientissimi viri sententia, *Justus accusator initio est sui*, inquit, *postea inquirit in alium: Nam qui alium incusat probri, eum ipsum prius se intueri oportet*: alioquin nec legibus auditur, *l. in arenam, sup. de inoff. test. l.* 7. *D. si quis omis.* Nam stultitiæ est proprium aliorum vitia cernere, oblivisci suorum. Et ex hac decisione Justiniani etiam intelligimus optionis legatum hodie non esse conditiona-
D le, quandoquidem si is, cui optio legata est servi, vel alterius rei, decesserit antequam eligeret, jus eligendi transmittitur ad heredem, vel ad heredes ejus ex hac l. quod non transmitteretur si conditionale esset legatum. Et vero in hoc valde est nova constitutio Justinian. nam olim optionis legatum pro conditionali habebatur, nec transmittebatur ad heredem, si legatarius decessisset ante electionem. Et longe est alia ratio servi legati generaliter: Nam etsi legatario competat optio servi, ut in *l. legato, D. de leg.* 2. tamen quia optio non est relicta nominatim, sed tacite, ideo legatum non habetur pro conditionali. Et si legatarius decesserit, antequam hominem elegerit, legatum transfertur in heredem ejus, *l. nec semel*, §. *penult. D. quand. di. leg. ced.* quia conditiones, quæ tacite insunt, id est, quæ non exprimuntur, sed ex-
E trinsecus, id est, extra testamentum, extra testamenti scripturam assumuntur, & expectantur, legatum, aut fideicommissum conditionale non faciunt, *l. conditiones, D. de cond. & dem. & l. cum illud, in fine, D. quand. di. leg. ced.* hoc ergo legatum, *lego Titio servum*, quamvis tacite Titio videatur data electio, ut ex universa familia defuncti eligat unum servum, tamen legatum non est conditionale, aliter quam si optio servi sit legata nominatim. Nam verbum *optionis* facit conditionem, ac si dixisset, *si optaveris*, & ideo veteres non immerito existimabant, mortuo legatario ante optionem, non transmitti legatum in heredes, quia verbum *optionis* satis exprimit conditionem. Denique ea conditio optionis expressa est, non tacita, unde apparet, quam ma-

le

le in §. *optionis*, *Instit. de leg.* quidam codices habeant legatum optionis in se habere conditionem tacitam, imo expressam, alioquin transmitteretur legatum mortuo legatario ante electionem: Et rectius abest ab aliis libris verbum *tacitam*, quod tamen miror Latinum interpretem Theophili Latino inseruisse, cum Theoph. scripserit simpliciter, *αἵρεσιν ἔχειν ἑαυτῷ*, id est, *conditionem in se habet legatum optionis*, non dixit, *σιωπηρὰν αἵρεσιν*. Verum ex hac Constit. jam optionis legatum non habetur pro conditionali, cum & ante electionem mortuo legatario, placeat Justin. transferri electionem ad heredes legatarii, abrogato jure veteri. Secunda quæstio hæc est: *Titio lego servum, quem Mævius eliget:* quid fiet si Mævius nolit eligere, vel non possit, vel decesserit antequam eligeret, an intercidit legatum? Sic videbatur veteribus, quasi defecta conditione. Nam & hoc legatum existimabant esse conditionale, *si Mævius elegerit*, & ideo non abs re in *l. nec semel*, §. *ult. ff. quan. di. leg. ced.* Si Titio legetur, quod Sejus elegerit, & Sejus post electionem decesserit, locus est vindicationi semel adquisitæ, quod certissimum est. Sed cur dixit si post electionem decesserit Sejus, nisi ut ex contrario, *ἐξ ἀντιδιαστολῆς* præstet argumentum, Sejo moriente ante electionem perire vindicationem legati, quod Justin. mutat in hac l. ita definiens: ut si Mævius ille, aut Sejus non elegerit intra annum, transferatur electio in ipsum legatarium: ita tamen ut in eligendo modum servet jure veteri præscriptum, ne scilicet optimum servum eligat, ut in *l. legato*, *D. de leg.* 1. puta ne eligat actorem, *qui fait toutes les affaires de la maison*, cujus damnum pertinet ad eversionem totius familiæ, ut ait eleganter *lex ult. D. de off. præsid.* Et Canon. Apostolorum 82. *εἰς οἴκου ἀνατροπήν*, *ad eversionem domus*, quoniam is est, qui tenet rationes totius domus. Item servandus est hic modus, si plurium servorum optio legata sit, hoc modo, *optato servos, quot volueris ex familia mea*, ut non possit plures, quam tres eligere, quod maxime notandum ex *l. 1. de opt. legat.* Frugalitas veterum fuit contenta tribus servis, nec incedebat magna comitante caterva: leges apud Valer. Maxim. lib. 4. Catonem seniorem Hispaniam rexisse tribus servis comitatum: leges apud Atheneum lib. 6. Cæsarem Britannica expeditione duxisse tantum tres servos, ut non sine causa d. l. 1. definiat, eum, cui data est optio plurium servorum, tribus debere esse contentum. Tertia quæstio & ultima hæc est, an res legatæ; aut relictæ per fideicommissum speciale, vel per fideicommissum universitatis possint alienari, vel pignerari, vel servi manumitti ab eis, a quibus relictæ, vel relicti sunt. Et observa in hac parte Justinian. dicere pro eodem, *substitutione*, *vel restitutione*, & alio loco, *quæ restitui*, aliis disposita sunt, *vel substitutioni supposita*, duobus nominibus nempe, *restitutionis*, *& substitutionis*, significat substitutionem precariam, sive fideicommissariam hereditatem, ut *sup. in tit. de instit. & substit. seu restitut.* & in l. ejusdem tit. *substitutioni*, *vel restitutioni*. Et in l. 7. ejusdem tit. quæ est Græca, *ὑποκατάστασιν ἢ ἀποκατάστασιν*, id est, *substitutionem*, *vel restitutionem*. Differentiam tamen facit Justinian. in hac parte inter *alienare*, *& manumittere*, ut *l. ex judiciorum*, *ff. de accusat. l. prospexit*, *ff. qui & a quibus manum.* nam manumissio non est alienatio. Alienare est alieno juri applicare. De hac autem quæstione ita statuit Justinian. ut si legatum, vel fideicommissum sit relictum pure, vel quod pro puro etiam habetur, in diem certum, nihil agat heres, vel is, a quo relictum est, quod relictum est vendendo, aut manumittendo, aut pignerando. Sed si legatum, vel fideicommissum relictum sit sub conditione, vel quod pro conditione etiam habetur, in diem incertum, videtur eum posse interim alienari, & pignori obligare res fideicom. subjectas, quia potest conditio non existere, aut non venire dies ille incertus. Sed melius fecerit, si neque vendiderit eas res interim, neque pignori obligaverit, quia si forte existat conditio, legatario, aut fideicommissario competit vindicatio rei, adeo ut venditio habeatur pro infecta, ita ut nec bonæ fidei emptori, id

A est, ignoranti fideicommissum, atque ita ementi, prodesse possit usucapio, vel præscriptio longi temporis: Qui locus est singularis, & hanc rationem habet, quia usucapio, & longi temporis præscriptio non procedit sine titulo: & hic titulus venditionis deficit, quia venditio pro infecta habetur. Constitutione fingente eum titulum, id est, venditionem non intervenisse. Ergo quod dicitur, *usucapio non procedit sine titulo*, sic intelligitur, si vel re ipsa deficiat titulus, vel lex fingat defecisse. Emptor autem, qui ignorans emit ab eo, qui fideicommisso oneratus erat, habet regressum adversus venditorem ex stipulatione duplæ, ut habeat duplum pretii, & habet etiam repetitionem meliorationum, si rem emptam meliorem fecerit. At si emerit, sciens quam emit esse obnoxiam fideicom. quia res fuit in incerto, & in suspenso, propterea quod potuit B conditio fideicommissi deficere, emptor malæ fidei aliquatenus excusatur: Namque datur ei regressus adversus venditorem, ut recipiat pretium, quod solvit. Regressus ergo in simplum tantum, non in duplum ex stipulatione duplæ: non datur etiam repetitio meliorationum, quia mala fide accessit ad emptionem, & melius fecisset ille si non vendidisset, & hic si non emisset sub incerto conditionis fideicommissi: verum casus est singularis in *l. ult.* §. *ult. ff. de legat.* 2. quo succurritur ignoranti venditori, & ignoranti emptori in hac specie: Quidam heredem scripsit testamento, & codicillos, quos reliquit obsignatos, vetuit heredem aperire dum viveret, ut aperirentur post mortem heredis: Ille heres ignarus eorum, quæ erant scripta in codicillis, fundum quendam hereditarium infructuosum, saxosum, pestilentem vendidit æque ignaro emptori. Post morC tem ejus, apertis codicillis, apparuit eum fundum fuisse Mævio relictum. An retractabitur venditio, aut vindicabitur fundus ab emptore? Minime, sed heres heredis damnabitur fideicommissario præstare æstimationem fundi. Quoties autem quis rem relictam sub conditione creditori suo pignori obligavit, vel scienti, vel ignoranti, in creditore non distinguimus: re ablata creditori a fideicommissario, proculdubio creditor habet in debitorem, qui pignori dedit rem subjectam restitutioni, contrariam actionem pigneratitiam in id quod interest: & hæc est sententia hujus const. ad quam velim vos addere quæ de hac quæstione latius pertentatis omnibus definitionibus exposuimus in Novella 39. ex illo loco sumes cetera, quæ transferes etiam in istum locum.

D

AD TITULUM XLIV.

DE FALSA CAUSA, &c.

Et TITULUM XLV.

DE IIS, QUÆ SUB MODO, &c.

LEGATIS, vel fideicommissis, quæ relinquuntur, aut causa adscribitur, aut modus, aut conditio: De causa est hic tit. 44. De modo 45. De conditione 46. Et in hoc tit. causa bifariam accipitur, pro ratione legandi collata in præteritum: *Titio 100. do, lego, quia negotia mea curavit:* & pro deE monstratione, id est, nota, sive designatione rei, aut quantitatis legatæ; *Lego Titio fundum Cornelianum, quem de Cajo emi, vel quem Cajus possidet.* Nam demonstratio, vel in præteritum confertur, vel in præsens. Et hic tit. ostendit neque hanc, neque illam causam, etiamsi falsa sit, perimere legatum. Primum falsa demonstratio rei certæ, aut quantitatis certæ legatæ non nocet legatario, aut fideicom. non perimit legatum: ut si Titio ita legetur, *Titio 100. aureos do, lego, quæ ei debeo*, debentur 100. aurei ex legati causa, etiamsi eos Titio non debeam, quia falsa demonstratio, vel etiam quæcumque demonstratio non cohæret legato. Et hæc sententia *l. 2. hoc tit.* vel etiamsi uxori ita legavit, *uxori mille aureos do, lego, quos mihi in dotem dedit*, etiamsi mulier

fuerit indotata, aut eos mille aureos non dederit in dotem, debentur mille aurei, non ut legatum dotis, ut recte ait *l. 3. hoc tit.* ex quo conſtat non deduci Falcid. *l. ſed uſusfructus* 81. *D. ad leg. Falc.* Sed debentur ut aliud legatum, ex quo poterit deduci Falcidia, ſi legatis, vel fideicomm. onerata, vel exhauſta ſit hereditas. Eſt etiam de falſa demonſtratione *l. 5. hoc tit.* uxori ita legavi, *quæ inſtrumento illo dotali conſcripta ſunt, ea uxori do, lego, vel dari volo.* Si in eo inſtrumento ſit expreſſa certa quantitas, præſtanda eſt uxori defuncti, licet inſtrumentum dotale non fuerit, vel etiamſi ea quantitas doti data non fuerit, ut in §. *ſed ſi uxori, Inſtit. de leg.* ex l. 2. 3. *&* 5. quæ eſt poſtrema lex hujus tit. apparet falſam demonſtrationem non nocere legato, aut fideicommiſſo. Et ratio hæc eſt, quia abundat id omne, quod rei ſatis demonſtratæ additur, *l. 1. §. ſi quis uxori, ff. de dot. præleg.* Et non ſolet quod abundat vitiare ſcripturam, *l. teſtamentum, ſup. de teſtam. l. ſi ſervo, ff. de adim. leg. l. 12. §. pen. ff. de inſtr. vel inſtr. leg.* Et ad illam regulam juris, *non ſolent quæ abundant vitiare ſcripturas*, poſſis pro interpretatione hæc ſubſcribere commodiſſime, ut falſa demonſtratio, falſa cauſa, falſus modus, falſa conditio non vitiant legatum, aut fideicommiſſum certæ quantitatis, certive corporis, quoniam omnes illæ cauſæ, quæ ſuperadduntur ſupervacuæ ſunt: Et ſupervacua prodeſſe poſſunt, nocere nunquam poſſunt: falſa quoque ratio legandi nihil nocet legato, quia hæc ratio legandi non cohæret legato, id eſt, ſine ea per ſe ſtat legatum, atque conſiſtit, *l. cum tale, §. falſam cauſam, ff. de condit. & demonſt.* Et ſupervacuum eſt addere rationem legandi: Ergo in falſa ratione legandi eadem ratio efficit ut noceat, quæ etiam efficit ne noceat falſa demonſtratio. Finge teſtatorem ita dixiſſe: *a Titio debitore meo quicquam exigi veto, quia mihi quod debuit, omne perſolvit:* Titio videtur legata liberatio, & valet legatum, etiamſi nihil ſolverit. Ideoque actione ex teſtamento hoc conſequetur, ut liberetur per acceptilationem, vel etiamſi ab eo heres petat pecuniam debitam, poterit ſe tueri exceptione doli mali, quod contra voluntatem defuncti petat, in *l. 17. & 19. ſup. de fideicomm.* Et huc pertinet *l. 1. & 4. hoc tit.* Sed placet exceptio, quam addit *l. 1.* atque etiam *d. §. falſam cauſam*: niſi heres liquido probet teſtatorem aliter legaturum non fuiſſe, quam ſi vera eſſet ratio legandi, quam adſcripſit, ut ſi lapſus per errorem exiſtimavit ſolutam eſſe pecuniam, & nominatim vetuit quicquam exigi a priſco debitore, adjecta cauſa, quia ſibi pecunia ſoluta eſſet: hoc caſu non tam falſa cauſa vitiat legatum, quam mens defuncti. Ergo ſive hoc, ſive illo modo cauſam accipias in hoc tit. verum eſt falſam cauſam non reprimere legatum, hoc eſt, falſam demonſtrationem, falſamve rationem legandi collatam in præteritum non vitiare legatum, niſi hoc ſuadeat voluntas defuncti, quæ liquido probetur: nam *l. 1.* exigit liquidas probationes. Neque huic definitioni quicquam obſtat *lex is qui in poteſtate, §. ei qui dotem, D. de leg. præſtand.* quam objicit Accurſ. quoniam ibi agitur de teſtamento reſciſſo per bon. cont. tab. Ex quo conſtat nec legata deberi, nec fideicommiſſa, quod reſcindatur in totum, exceptis tantum legatis relictis liberis, & parentibus, quæ prætor conſervat in edicto de leg. præſtand. Excepto etiam legato relicto uxori, vel nurui dotis nomine, ut æs alienum, ut res debita uxori, vel nurui: Nam non aliter conſervatur ei tale legatum, quam ſi vera fuerit cauſa dotis: Nam ſi ſub falſo prætextu dotis ei legetur, quæ dotem non habet, ut cetera legata infirmantur per bon. poſſ. cont. tab. ita & hoc legatum infirmabitur: Nam mens prætoris hæc eſt, ut conſervet tantum mulieribus dotes, quas habent non alia legata, ne relicta quidem ſub umbra, & imagine dotis falſa. Et hæc eſt etiam prima opinio Accurſii. Dixi cauſam in hoc tit. bifariam accipi: addamus cauſam legati in aliis locis quandoque aliter accipi non pro ratione legandi, nec pro demonſtratione rei legatæ, ſed pro legato ipſo, pro jure & ſubſtantia legati, ut in *l. ſi ſic le-*

A *gatum, §. 1. ff. de legat. 1.* ut cauſa dotis, id eſt, dos: cauſa peculii, id eſt, peculium: cauſa venditionis, id eſt, legatum ipſum, quæ & conditio dicitur in eodem loco, & in *l. ſi fundum, §. ſi libertus, eod. tit.* Finge: quidam ita legavit: *Titio 10. do, lego, quæ mihi Cajus debet.* Non eſt demonſtratio legati, ſed cauſa legati, id eſt, his verbis legatur obligatio, & nomen Caii, non quantitas: Itemque ſi ita dixerit, 10. *quæ mihi Titius debet, damnas eſto heres meus ea non petere, vel ei ea dare*, quod eſt condonare, & remittere, non quantitas legatur, ſed liberatio tantum: & illa verba: *quæ Titius mihi debet*, exprimunt rem ipſam, quæ legatur, quam vocat cauſam legati, nec pro demonſtratione accipiuntur, ut quantitas debeatur, etiamſi Titius nihil debeat, *l. legavi, l. ult. §. 1. D. de lib. leg.* quod valde notandum eſt:
B nam ut ſup. oſtendi ex *l. 2. hoc tit.* longe aliud eſt ſi quis ita legaverit, 10. *Titio do, lego, quæ ei debeo*, quoniam hoc genere quantitatem lego, non obligationem, quia nemo legat obligationem paſſivam, ſed activam. Ergo illa verba, *quæ illi debeo*, pro demonſtratione ſunt, non pro ſubſtantia legati, & conſequenter etiamſi nihil Titio debeam, 10. debentur: notandum eſt etiam alias cauſam accipi pro modo, & pro conditione, atque ita videtis, cauſæ nomen manare latiſſime, cum & modum comprehendat, & conditionem. Modum ſcilicet, qui contrahit legatum, & conditionem, quæ ſuſpendit legatum, ut *l. eas cauſas, ff. de cond. & demonſt.* quæ neceſſario eſt nobis explicanda, & explicatio cujus legis dabit finem huic tit. & initium tit. ſeq. *lex eas cauſas* facit duo genera cauſarum: alias, quæ protinus
C agentem, id eſt, eum, qui agit, ſtatim repellunt, quas ait obſervari pro conditionalibus, id eſt, eſſe conditiones. Nam ut & Accurſ. notavit, ita legendum eſt affirmate, non negate: *Eas cauſas, quæ protinus agentem repellunt*, in fideicommiſſis pro conditionalibus obſervari oportet: ne ſcribas, *non pro conditionalibus*, ut eſt Florentiæ ſcriptum perperam, quod *l.* ipſa in fine demonſtrat, dum ponit ita datum legatum, *ſi monumentum fecerit*, de quo ſi legatarius agat, protinus repelletur, quia nondum implevit conditionem, nondum monumentum fecit. Alias autem eſſe cauſas, quæ habent moram cum ſumptu, id eſt, quæ impleri non poſſunt ſine mora temporis, ſine ſpatio temporis aliquo, nec ſine ſumptu, ſine impendio, ut in *l. facta, §. ſi ſub, ff. ad Treb.* veluti ſi ita datum ſit legatum, *ut monumentum faciat*, id eſt, ſi
D datum ſit ſub modo. Hæ cauſæ, id eſt, modi, eum, qui protinus agit non repellunt: namque ſtatim poteſt petere legatum relictum ſub modo, ut monumentum faciat, qui non poteſt impleri ſine ſpatio temporis, & ſine ſumptu. Ergo ſtatim admittitur ad legati petitionem nondum inchoato monumento, oblata cautione, id eſt, ſi caverit ſe monumentum facturum, ut in *l. 19. ff. de leg. 3. & l. cum in teſtam. ff. de fid. lib.* vel etiam omiſſa cautione, a judice compelli poteſt, ut modum impleat, in *l. Mævia, ff. de man. teſtam.* quæ eſt ſententia *d. l. eas cauſas*. Ex qua apparet cauſæ nomen in ea bifariam accipi, pro modo ſcilicet, & pro conditione, & aliter quam bifariam accipiatur in hoc tit. & ſerva illud, eum, cui ſub modo legatum relictum eſt, admitti protinus ad legatum, ſi offerat cautionem, qua de cauſa in *l. 1. tit. 45.* dicitur,
E in legatis, & fideicommiſſis modum pro conditione obſervari, quia ſcilicet, vel implendus eſt ſicut conditio, vel eſt cavendum de eo implendo. Sed ſi non ſteterit per legatarium, quo minus impleatur modus, proculdubio capiet legatum: & ut ait, nihil tibi legatario oberit, quod non impleviſti modum, quo minus quod tibi relictum eſt, obtineas: Ubi noli mutare *retineas*, cum obtinere ſit etiam retinere, ut in *l. cum fratrem, ſup. de iis quibus ut indig. &c.* Finge mulieri relictum legatum ita, ut nubat Titio, & per Titium ſtat quo minus illa nubat, modus habetur pro impleto, & protinus admittitur mulier ad legatum, vel quod jam cepit, obtinebit. Modus eſt finis, propter quem legatur, vel modus eſt ratio legandi collata in futurum, qui, etiamſi ſit falſus, non

vitiat

vitiat legatum, sicut ratio legandi collata in præteritum, ut habuimus tit. sup. non vitiat legatum; & falsum modum dicimus modum impossibilem, *illi fundum do, lego si cœlum ascenderit*: quodcumque est impossibile, & falsum est: nec aliter potest modus dici falsus, quam si sit impossibilis, in *l. cum tale*, §. *cum falsam causam*, *ff. de cond. & dem.* quæ vitia omnia (sunt enim vitia, & menda testamentorum) nullam scripturam testamenti vitiant, vitia non vitiant, *l. 1. ff. de cond. inst.* sub impossibili conditione, inquit, quæ & ipsa falsa est, vel alio mendo, sic recte habent Florentini, puta sub falso modo, vel falsa demonstratione, vel falsa causa facta institutio valet, quia menda illa circumscribuntur. Et similiter legatum relictum sub conditione falsa, vel alio mendo, vel fideicommissum, vel libertas. Et observandum etiam ex l. ult. hoc tit. quam memini me alias explicasse, primum ex modo non nasci petitionem fideicom. in *l. cum hi*, §. *sed & si certa*, *de transact.* nisi in libertate ex constit. Severi, ut ait hæc l. 2. scilicet cum ita datum erat legatum, ut servum illum manumitteret, ex modo illo erat petitio fideicommissariæ libertatis, sed non petitio fideicommissi pecuniarii: *tibi fundum illum lego, ita ut des Cajo decem*, Cajo non est fideicom. petitio, sed ex Constit. Gordiani valde singulari, id est, ex hac l. 2. etiam ex modo est fideicom. pecuniarii petitio: unde existit magna differentia inter modum, & conditionem: Nam si legaverim sub conditione, *si dederit Cajo decem*, Cajo proculdubio non est fideicom. petitio, Cajus non est legatarius, neque fideicom. *l. 8. ff. si quis omiss. l. Mævius, ff. de cond. & dem.* Sed si legaverim sub modo, ut det Cajo decem, ex hac l. 2. hodie est fideicommissi petitio. Et ratio differentiæ optima: quoniam, qui legat, ita ut det Cajo, valde vult dari Cajo: qui legat, si det Cajo, non ita valde vult dari Cajo, sed hoc relinquit in arbitrio legatarii, nec admodum curat si dederit, vel non dederit: unde etiam placet hodie ex hac l. 2. etiam ex conditione esse petitionem fideicom. si conditio sit concepta verbis modalibus, quod notandum, hoc modo, *lego Titio fundum*, *ut det Cajo decem*, verba sunt modalia, ita est, sed accipientur pro conditione, si testator voluit conditionem facere, non modum, quoniam conditionem facit voluntas sola, non verba, *l. in conditionibus*, §. 1. *ff. de cond. & dem. l. 2. ff. de his quæ pœn.* Atque ita conditio concepta verbis modalibus facit fideicom. quia quæ ita concipitur conditio, plane indicat enixam voluntatem defuncti, qui omnino velit Cajo dari 10. Itaque Cajo competit actio, quod significat *l. 2.* in illo loco, *sive ad conditionem, sive ad modum respiciat*: id est, sive verbis modalibus usus modum facere voluerit sive conditionem, ex his verbis fideicom. petitio est statim, nisi quæ alia sit conditio adscripta, ut si ita legavit: *lego Titio fundum, ut Cajo det* 10. *si navis ex Asia venerit*, nec enim Cajo competit actio antequam navis ex Asia venerit. Et ita sunt accipienda illa verba *l. 2. videlicet in conditionibus post exitum earum*. Atque ita videtur perspicua l. 2.

AD TITULUM XLVI.

DE CONDITIONIBUS INSERTIS, &c.

LEGATIS, & fideicommissis vel causa inseritur, vel modus, vel conditio. De causa fuit tit. 44. de modo 45. de conditione est hic tit. Et additur in eo, & libertatibus, propter l. ult. quæ est de statulibertate, id est, de libertate data sub conditione. Conditio quid est? Conditio est casus collatus in futurum, qui evenire, vel non evenire, vel aliter evenire potest: vel conditio est causa apposita legato, qua existente, legatum debetur, deficiente, perimitur, suspensa, suspenditur. Et hoc distat a modo, sicut heri attigi, quod conditio repellat eum, qui statim agit de legato antequam ea extiterit, modus au-

A tem non repellat, sed admittat legatarium cautione oblata modum impletum iri, *l. eas causas*, *ff. de condit. & dem.* Ita tamen ut legatarius, qui admissus est, quique legatum cepit nondum modo impleto, id retinere non possit, nisi modum impleat, & cautioni satisfaciat l. 1. tit. sup. atque ita modus, ut Græci ajunt recte, habet τὰ τῆς αἱρέσεως ἀποτελέσματα, id est, effectus conditionis: non tamen per omnia modus pro conditione semper observatur, cum statim agentem non repellat, videlicet si modus ita sit conceptus, *illi fundum illum do, lego, ut det Cajo decem*. Sed si modus ita sit conceptus, *illi fundum illum do, lego, si Cajo dederit* 10. per omnia pro conditione observatur, *d. l. 1. tit. sup. & d. l. eas causas*? Et ex ea scriptura, *si Cajo dederit* 10. fideicommissi petitio non est Cajo; sive testator modum, sive B conditionem facere voluerit. At ex illa scriptura, *ut det Cajo* 10. Cajo est fideicommissi petitio, sive testator modum, sive conditionem facere voluerit, ex l. 2. tit. sup. quæ notatu dignissima est. Ergo modus aliquando per omnia pro conditione est, pro ratione concipiendi ejus, vel conscribendi, & inserendi legatis, aut fideicommissis. At sicut falsa causa, & falsus modus non perimit legatum, ut heri docuimus, ita etiam falsa conditio non perimit legatum. Et falsa ea conditio est, quæ impossibilis est, *l. cum tale*, §. *falsam conditionem*, *ff. de cond. & demonst.* Possibilis quoque conditio, etiamsi non eveniat, non existat, non impleatur, aliquando non perimit legatum, quia sunt quædam conditiones, quæ remittuntur, id est, pro nullis habentur, perinde atque si essent impossibiles, ut conditio viduitatis, de qua in C tit. 40. sup. & conditio jurisjurandi, & conditio turpis, *l. 8. ff. de condit. instit. l. non dubitamus*, *de cond. & demonst.* Et conditio divortii, *l. 6. sup. de inst. & subst. l. 8. ff. de usu, & hab. Titiæ lego illum fundum, si a marito diverterit*, etiamsi non divertat a marito, admittetur ad legatum, quia conditio divortii remittitur, propterea quod est contra bonos mores. Et quod est contra bonos mores pro impossibili habetur. Et huc pertinet species l. 2. hoc t. satis obscura, sed quæ expediri dilucide atque perspicue poterit hoc modo: Pater filiam heredem scripsit, quæ jam nupserat viro: & Cajo per fideicom. reliquit 10. millia in diem certam: & jussit ut filia ante diem eidem Cajo caveret fideicommissi nomine sua die pecuniam Cajo datuiri, adhibitis fidejussoribus, sub conditione scilicet, *si a marito non diverte-* D *rit*, voluit filiam subire onus cautionis, sive satisdationis, *si a marito non diverteret*, non subire *si diverteret*: atque ita in hunc casum, *si diverteret*, remisit ei cautionem fideic. quæ ex constit. D. Marci remittitur quocunq; judicio voluntatis defuncti, *l. 2. inf. ut in poss. leg. l. avia*, §. *ult. de cond. & dem.* Post mortem patris filia a marito non divertit, quæritur an debeat cavere Cajo fideicom. nomine? Et ait eam Cajo cautionem fideic. præstare debere, non tam ut pareat voluntati patris, quam ut pareat juri publico, id est, edicto Prætoris, ut legatorum, vel fideicommiss. nomine caveatur. Nam & si potuit non divertendo facere contra voluntatem patris, qui indixerat divortium contra bonos mores, non tamen potuit non cavendo facere contra edictum prætoris simul, & contra voluntatem patris: & longe est alia ratio, ne quis E hoc obiiciat, ut l. 2. ostendit, legati, aut fideicom. relicti mulieri sub conditione divortii; nam & quæ non divertit admittitur ad legatum: alia autem ratio est legati, aut fideicom. alii relicti, cujus cautio filiæ heredi remissa est sub conditione divortii, quia si non divertat, non liberatur onere cautionis, quoniam, ut ait l. absurdum est, id est, incongruum, & inconveniens eam non obtemperare edicto prætoris: quod etiam non obtemperet voluntati patris: utrumque enim negligere non potest, sed voluntatem patris solam. Et hæc est sententia l. 2. Et de conditionibus, quæ remittuntur hactenus. Conditiones, quæ non remittuntur, si per legatarium, aut fideicom. fiat quo minus impleantur, legati, aut fideic. petitio non est, in *l. 3. & 4. h. t.* Sed si per legatarium non fiat quo minus

implea-

impleatur conditio, sed per eum, in cujus persona implenda est, ut si talis sit conditio, *si cum matre sua moretur*, & mater nolit eum excipere hospitio: vel talis, *si L. Titio nubat*, & L. Titius nolit eam habere in uxorem, conditio pro impleta habetur, sicut modus legati, *ut nubat L. Titio*, pro impleto habetur, si stet per L. Titium, *l. 1. tit. sup. l. 1. sup. de instit. & substit.* vel etiam si sit talis conditio, *si Cajo decem dederit*, & Cajus oblata 10. congruo loco & tempore, noluerit accipere, conditio pro impleta habetur, *l. ult. D. hoc tit.* Et quod notandum, Cajo pœnitenti locus non est, id est etiamsi postea mutata voluntate paratus sit decem accipere, non erit necesse ei 10. dare, quia conditio pro impleta habetur, & conditio, quæ impleta est, vel impleta intelligitur, non resumitur, *l. 3. §. Stichus, D. de stat. lib. l. pater Severinam, §. ult. D. de cond. & dem. l. quidam, D. de fid. libert.* Et hoc est, quod ait *l. ult. hujus tit.* quod semel repudiatum est, id est enim, quod quis semel noluit accipere ab eo, qui offerebat conditionis implendæ causa, redintegrari non posse. Habetur etiam conditio pro impleta, si is, in cujus persona implenda est vivo testatore decesserit, cum testator eam impleri voluit post mortem suam: ut si talis sit conditio, *si Cajo 10. dederit*, mortuo Cajo vivo testatore, extitisse conditio intelligitur, & debetur legatum: Mortuo Cajo post mortem testatoris antequam legatarius ei daret 10. defecisse intelligitur, & legatum non debetur, *l. cum ita datur, §. diversa, D. de cond. & dem.* & simili modo hæc conditio, *si L. Titio nubat*, mortuo Titio vivo testatore debetur legatum, mortuo autem Titio post mortem testatoris, cum per eum non staret quo minus nuptiæ fierent, legatum non debetur, *l. qui ex fratribus, D. de cond. inst.* Et ita est accipienda *l. 4. hujus tit. ut l. in testam. 2. de cond. & dem.* Et simili modo hæc conditio, *si cum matre moretur*, mortua matre vivo testatore, quo tempore noluit testator conditionem impleri, legatum debetur, *l. annua in princ. D. de ann. leg.* Mortua autem matre post mortem testatoris, cum per eam non staret quo minus cum ea moraretur, legatum non debebitur, quia conditio deficit, *l. Stichus, §. ult. D. de alim. leg.* Eadem est ratio *l. turpia, §. 1. de leg. 1. & l. filiæ, de cond. & dem. Titiæ illam rem do, lego; si arbitratu L. Titii nupserit*, scilicet post mortem meam: mortuo Titio vivo testatore debetur legatum, etiamsi nubat suo arbitratu post mortem testatoris inconsulto Titio, qui objit vivo testatore: Mortuo autem Titio post mortem testatoris, cum nondum illa nupsisset consulto Titio, ipso jure legatum non debetur, sed sustinetur tamen, non quidem ex verbis, sed ex sententia L. Juliæ Miscellæ, quæ excludit omnem conditionem, atque remittit, quæ impedimentum adfert nuptiis. Et hæc si arbitratu Titii nupserit, videtur impedimentum aliquod adferre nuptiis, ut necessario impleri non debeat auctore Papiniano in *l. cum tale, §. si arbitratu, D. de cond. & demon.* Summa rei hæc est. Conditionem haberi pro impleta, si per eum, in cujus persona implenda est, fiat quo minus impleatur, vel si is, in cujus persona implenda est vivo testatore decesserit: Nam nondum implenda erat conditio. Quæro an etiam conditio habeatur pro impleta cui casus fortuitus impedimento fuit ne impleretur? Finge: hæc est conditio, *si Cajo dederit* 10. & cum proficisceretur ad Cajum cum pecunia, vi hostium, & latronum erepta ei pecunia est, an conditio habetur pro impleta? Minime: Imo Cajo 10. adnumerare oportet antequam possit admitti ad petitionem legati, cui relictum est sub conditione dandi 10. Cajo. Aliud tamen constituitur favore libertatis in *l. ult. hujus tit.* cui suffragatur etiam *l. libertate, D. de man. testam. liber esto, si heredi dederis* 10. potest dare ex peculio suo, in *l. 3. §. ult. D. de condict. caus. dat.* vel, *liber esto, si heredi dederis servum vicarium, qui peculiaris est, qui est in peculio*, vel, *si ei dederis aliam rem peculiarem*: hic cum proficisceretur ad heredem secum adferens pecuniam, vel rem, vel adducens servum vicarium, interceptus est a latronibus, & erepta est ei ea pecunia, vel ea res: nihilominus statim competit libertas, sed post libertatem cogitur eam pecuniam heredi sol-

A vere, aut eam rem, si extet, vel ejus æstimationem veram, vel servum vicarium, si extet, aut ejus æstimationem, quam taxat Justinianus ad aureos 15. minoris pretii sunt vicarii, quam ordinarii, & taxat æstimationem servi, quoniam plerumque difficilior est hominis æstimatio. Itaque receptum hoc est favore libertatis, alioquin non competit petitio legati ei, cui casus fortuitus impedimento fuit quo minus conditionem impleret, si nihil moræ fuerit per eum, in cujus persona implenda conditio erat. Et jam adest finis hujus tit. si modo notemus prius, ne quid prætermittamus ex l. 1. aliquid de hac conditione, *si sine liberis decesserit*: hæc conditio intelligitur de liberis procreatis ex justis nuptiis; non ex concubinatu, non ex stupro, ut in *l. generaliter, §. ult. sup. de instit. & substit.* & intelligitur de liberis justis igi-

B tur, non tantum qui sunt in familia, & in potestate nostra, ut filius, & nepos ex filio, sed etiam de his, qui non sunt in familia nostra, sed in familia aliena, ut nepos ex filia, qui non est in familia avi materni, sed patris sui: nam non videtur decessisse sine liberis, qui reliquit nepotem ex filia, quia reliquit justum nepotem, & legitimum, nec necesse est ut & in sua familia fuerit. Igitur deficit conditio fideicommissi relicti ab herede sub conditione, *si sine liberis decederet*, quia qui reliquit nepotem ex filia justum & legitimum, non decessit sine liberis. Et hæc est sententia *l. 1.* atque etiam *l. jubemus, §. ult. inf. ad Trebell.* Et postremo notandum ex *l. pen.* novam esse Constitutionem Justinian. quæ abrogat jus vetus: quæ quidem differentia erat inter conditionem faciendi, & conditionem dandi. Dicamus pri-

C mum de conditione faciendi. Pluribus fabris, finge, legatur aliquid sub conditione *si monumentum faciant*, vel pluribus pictoribus sub conditione, *si membrum ædium pingerent*, unus fecit monumentum, atque perfecit, altero cessante, quæritur, ille qui monumentum fecit, an solus admittatur ad legatum, excluso socio? an vero admittatur cum socio, ut quod fecit, & sibi, & socio prosit? an vero nullo modo admittatur? quia verum est plures non fecisse monumentum, atque ideo videtur defecisse conditio, cum unus fecerit, non plures. Et Ulpian. quem nominat in hac *l. pen.* non definit hanc quæstionem, sed scripsit esse quæstionem voluntatis, cujus disquisitio pertinet ad judicem, non ad J. C. hoc scripsit *l. 13. D. de man. test.* Imo alius J. C. abscisius scripsit in *l. pen. in pr. ff. de cond. & demon.* Conditionem illam *si illi*

D *fecerint monum.* defecisse videri, nisi omnes simul fecerint. Ergo & unum, qui fecit non admitti ad legatum, nisi appareat liquido eam fuisse voluntatem defuncti. Sed hoc omne mutat Justinian. in hac *l. pen.* & vult, ut is, qui perfecit monumentum solus admittatur ad legatum, exclusis sociis, & ut solidum legatum capiat: quod obtinuit etiam in conditione dandi hoc modo: legavi pluribus, *si heredi 10. dederint*: unus si dederit 10. capiet integrum legatum cessante altero, vel si dederit tantum 5. capiet partem legati, vel si plures servos liberos esse jussit sub conditione *si 10. dederint*: qui dederit 5. solus liber erit, & multo magis si dederit 10. in *l. si quis legata, §. ult. & l. qui fundus, ff. de cond. & demon. l. 11. §. 1. ff. de man. test.* Atque ita nihil interest inter conditionem dandi, & conditionem faciendi, nisi quod conditio fa-

E ciendi non potest dividi, id est, pars facti non potest præstari: non videtur fecisse, nisi qui perfecit: conditio dandi potest dividi, impleri, id est, pro parte.

AD TITULUM XLVII.

DE USURIS, ET FRUCTIBUS LEGAT. SEU FIDEICOMMISSI.

HIC tit. ostendit legata, & fid. iis, quibus relicta sunt, sine mora & frustratione esse præstanda, alioquin ex mora deberi relictarum pecuniarum usuras, & ceterarum rerum fructus, vel quæ fru-

fructuum vicem obtinent, ut operas servorum, aut mercedes operarum, & vecturas jumentorum, aut navium, & pensiones prædiorum rusticorum, & urbanorum, atque etiam ancillarum relictarum partus, licet ii in fructu non habeantur, & hoc ostenditur etiam in *l. 39. §. fructus, D. de leg.* 1. *l. generaliter, §. proinde, ff. de fid. libert.* Ac præterea ex tempore moræ periculum rei per legatum relictæ, aut per fideicommissum pertinet ad heredem, vel alium, a quo legatum, vel fideicommissum relictum est, sive res pereat, sive deterior fiat, *l. 3. hoc tit. & d. §. fructus, & l. cum res, §. ult. & l. si servus legatus, §. si servus legatus, ff. de leg.* 1. periculum non pertinet ad legatarium, cui & rei peremptæ integra petitio est, quia periit post moram heredis, post culpam heredis. Moram fieri non ex die mortis testatoris, quoniam non ita protinus sunt præstanda legata, aut fideicom. sed moram fieri ex die litis contestatæ, ajunt Constitutiones hujus tit. *l. 1. 2. & 4. & l. quæsitum, §. ult. ff. de legat.* 1. videlicet si is, a quo legatum relictum est litigare malit, quam præstare legatum, tum plane est in mora, ut ait *l. nemo, §. ult. ff. de verbor. obligat.* Neque enim quælibet interpellatio constituit debitorem in mora, sed repetendi debiti instantia, ut ait *l. mora, de usur.* sive repetitio, quæ fiat per judicem lite contestata cum adversario: Nam etsi vix unquam perveniatur ad judicem, & lis contestetur apud eum nulla mora præcedente, ut ait *l. 3. ff. de usur.* & illo loco Græci rectissime, *οὐκ εὐχερῶς πρὸ ὑπερθέσεως δίκη λέγεται .i. non facile lis movetur ante moram, constituiturve*, quum scilicet sit causa expostulandi adversus debitorem: tamen ratio moræ certius ducetur ex die litis contestatæ, & ideo hic potissimum dies notatur, quo certo reus sit in mora, qui judicium accipit, nec bonam fidem agnoscit in ingressu judicii. Non inficior tamen etiam ante litem contestatam moram fieri posse in præstando legato, aut fideicomm. ejusque rationem haberi si certo haberi possit, & ex eo die, quo certo argui mora potest, etiamsi nondum sit lis contestata, heredem obstringi necessitate præstandarum usurarum, & fructuum, veluti a mota controversia instanter, & continuo sine intermissione, etiamsi nondum sit perventum ad judicem: Et ita ut SC. Adrianum de petitione hereditatis, quod facit tantum mentionem litis contestatæ, tamen trahitur a JC. etiam ad motam controversiam, quæ præcedit litem, *l. sed & si lege, §. si ante litem, ff. de pet. her.* Ita quod est in Constitutionib. hujus tit. ex die litis contestatæ deberi usuras, & fructus legatorum, potest etiam porrigi ad diem motæ controversiæ instantis, atque continuæ, si ex eo non minus ratio moræ duci possit, atque coargui, quam ex lite contestata: & hoc ita, nisi is, a quo legatum, vel fideicommiss. relictum est, habeat justam causam controvertendi, vel litigandi. Hic enim moram facere non videtur, etiamsi litem contestetur, qui juste provocat ad judicium, *l. qui sine dolo, ff. de reg. jur. l. si quis solutioni, ff. de usur.* ut puta si juste dubitetur utrum lex Falcidia locum sit habitura, nec ne, quæ minuat legata, & fideicommissa, atque ideo an solidum legatum, quod petitur præstari debeat, forte quod nondum sit bene comperta quantitas bonorum defuncti, aut quantitas æris alieni, quod semper prius deducitur, quam satisfiat legatariis, aut fideicommissariis: hoc casu non videtur heres, qui litigat moram facere, qui bona fide litigat, & ratione justa in *l. 3. ff. de usur. l. qui solidum, in pr. D. de leg.* 2. Et ideo si ita juste litigavit cum nimium urgeretur a legatario, nondum explicatis rationibus hereditatis, & peregerit litem, etiamsi forte condemnatus fuerit, immunis erit a pendendis usuris, vel fructibus legatorum si sententiæ pareat. Sed si post dictam sententiam, & tempora judicati, quæ judicatis, & condemnatis dantur, id est, post justos dies, ut est in 12. tab. qui erant 30. dierum, hodie sunt 4. mensium judicato faciendo: Si, inquam, post tempora judicati moram fecerit in solvendo legato, aut fideicom. accedet onus usurarum, & fructuum a tempore litis contestatæ, licet ratio ei fuerit litigandi, quia post condemnationem recessit a bona fide: accedent, inquam, usuræ,

A & fructus a die litis contestatæ in diem dictæ sententiæ: nam tempora judicati, quæ dantur humanitatis gratia condemnatis, erunt immunia a dependendis usuris, & fructibus, quæ est sententia *d. l. 3. D. de usur.* & hoc cum bona fide litem suscepit, puta cum non esset certum an locum haberet Falcidia. At si heres moratur solutionem legati sub prætextu Falcidiæ, fingens nondum sibi liquere quantumcumque sit in bonis, quantum in ære alieno, dolo malo, inquam, morandæ solutionis causa, *lex* 2. hujus tit. quæ est elegantissima, docet hunc ordinem servari hoc casu, ut lite contestata legatarius, vel fideicommissarius caveat datis fidejussoribus, quod amplius quam per l. Falcid. liceat ceperit, reddi. Qua satisdatione præstita, mox prætor fideicommissarius compellet heredem ei præstare solidum legatum, vel fideicommis-
B sum. Quod si fideicommissarius non possit ea de re satisdato cavere, quod non inveniat fidejussorem, ut plerumque fidejussorum datio difficilis, & molesta est, *l. omnes, §. præterea, sup. de Episc. & cler.* tum Prætor fideicommissarius deficiente satisdandi facultate, sive copia, dabit arbitrum, non ad cognoscendum de fideicommisso, sed ad ineundam rationem bonorum defuncti, & æris alieni, ponendamque rationem l. Falcidiæ, ad excutienda hæc omnia, & certum diem præfiniet, intra quem veniat heres ad excutiendam rationem legis Falcidiæ, & eo præsente excutiet, tum relata re omni ad Prætorem fideicommissarium, de fideicommisso prætor pronuntiabit, vel si forte heres non venerit ad diem condictum, quod semper moretur solutionem, quod moras trahat, & frustretur, tum Prætor fideicommissarius
C condemnato herede, jubebit solidum fideicommissum præstare, sine deminutione cum onere usurarum, & fructuum propter moram heredis a die litis contestatæ in eum diem, quo fideicomm. solvetur, ne tempore quidem judicati faciendi immuni ab usuris, & fructibus, ut *d. l. 3. de usuris.* Atque ita eveniet, ut satisdatio remittatur legatario, vel fideicommissario, & ut ea non præstita, cum ambigitur de lege Falcidia, solidum legatum capiat, cum ei difficile est invenire fidejussores, & cum paret, sive liquet judici heredem exigere satisdationem morandæ solutionis causa scientem legatarium vix reperturum fidejussorem: Nam hoc casu satis erit si legatarium probet se per quam sollicite egisse, ut inveniret fidejussorem, & daret, ut dicitur hodie in foro, *s'il faict paroistre de ses diligences*, atque ita remittitur
D ei satisdatio, *quod amplius, quam per*, &c. in *l. 6. D. si cui plus quam per l. Falcid.* ac simili ratione in *l. 2. inf. ad l. Cornel. de fal.* si agente creditore ex chirographo, debitor morandæ solutionis gratia, obiiciat falsum esse chirographum, nihilominus cogetur statim solvere solidam pecuniam, quæ chirographo comprehenditur, dilata quæstione criminis falsi, ne negotium trahentibus pateat aditus ad cunctationes istas, & frustrationes. Et ita explicanda *l. [illegible] h. t.* & observandum in ea *l. 2.* ut jam attigi supra, a Prætore fideicommissario non fuisse datum arbitrum ad rem judicandam, sed ad ineundam rationem Falcidiæ, *pour compter*, qui dicitur arbiter, & judex l. Falcidiæ, *l. 2. §. cum dicitur, D. si cui plus quam per l. Falcid. l. si debitor, & l. cum Titio, D. ad l. Falcid.* quia nondum potuit dari arbiter, vel judex in
E causa fideicom. ad rem judicandam, sed judicium, sive cognitio fuit extra ordinem solius Prætoris, qui fideicommissarius dicitur, cujus meminit *l. 2. hoc tit.* atque etiam *l. 2. inf. qui pot. in pign. hab. l. is cui legatum, de cond. & dem. l. quæsitum, §. pen. de leg.* 3. Et postremo notandum est ex eo, quod diximus, quodque totus hic tit. demonstrat, legatis, & fideicomm. usuras, & fructus accedere ex mora: ex eo, inquam, non esse generaliter colligendum, actionibus bonæ fidei, in quibus constat usuras venire ex mora, comparari per omnia actionem legatorum, vel fideicommissorum, quæ non est bonæ fidei, sed stricta, si agatur in personam: Nam actio ex testamento est stricta, *l. 6. D. de in lit. jur.* vel est arbitraria, si agatur in rem: nam omnis actio in rem est arbitraria,

bitraria, *l. qui restituere, D. de rei vindic.* hoc ergo dico, quacumque actione agatur de legato, aut fideicommisso, neque eam esse bonæ fidei, neque generaliter similem esse actioni bonæ fidei: similis tantum est, quatenus & actionibus legatorum usuræ veniunt ex mora. Quo respectu etiam comparantur actionibus bonæ fidei in *l. 34. D. de usur.* neque hoc novum est, ut actio stricta recipiat usuras ex mora: nam & actio ex pollicitatione, quæ competit Reip. cui quis quid pollicitus est ob honorem decernendum, vel decretum, recipit usuras ex mora, licet sit stricta actio, *l. 1. D. de pollicit.* Et similiter actio judicati, ut constat ex *tit. de usur. rei jud.* Similis est etiam actio legatorum actioni bonæ fidei in eo, quod si is, cui debetur sit minor 25. annis ex decreto, & Constit. Severi Imp. ei fit mora in rem, etiamsi non interpellet debitorem: minori fit mora reipsa sine interpellatione debitoris, id est, ex solo tempore tardioris solutionis. Et hoc est commune omnium actionum, *l. 3. sup. in quibus caus. in integr. restit. l. Titio, §. 1. de leg. 2. l. cum vero, §. apparet, ff. de fid. lib.* Dissimilis autem est actio legatorum ab actionibus bonæ fidei, quod attinet ad fructus: Nam actiones bonæ fidei etiam ante moram recipiunt fructus, *l. videamus, §. pen. ff. de usur.* dum ait, in actionibus bonæ fidei omnimodo fructus venire, id est, sive percepti sint, aut percipiendi fuerint ante moram, vel post moram, quia ex bona fide agitur, & id solum petitur, quod ex bona fide præstari æquum est. Et bonæ fidei nomen manat latissime, ut Q. Scævola dicebat, id est, comprehendit etiam fructus rei, & omnem causam, imo & usuras, quas præstari æquum est. Ceterum non est æquum usuras præstari nisi post moram mulctandæ moræ gratia. At fructus non ex mora tantum veniunt in actionibus bonæ fidei, sed & præteriti temporis: at ut didicimus in actionibus legatorum, aut fideicommissorum fructus tantum veniunt ex mora. Atque ita non est per omnia similis actio legatorum actioni bonæ fidei.

AD TITULUM XLVIII.

DE INCERTIS PERSONIS.

SEQUITUR tit. 48. de incertis personis, id est, de legatis, aut fideicommissis, aut hereditatibus, aut libertatibus, aut tutelis datis incertis personis. Et incertas personas vocat, quas testator ignorat quales futuræ sint, ut si heredem instituerit eum, qui primus ad funus suum veniret, vel eum, qui prior Consul designaretur, & si ei legaverit. Agitur etiam sub hoc tit. de postumis, quoniam & hi incertis personis adnumerantur, ob id ipsum, quia non sunt. Agitur etiam in hoc tit. de incertis corporibus, qualia sunt civitates, municipia, collegia. Horum enim nullum est certum corpus, ut nec civitas, aut collegium sub aspectum cadat, sed intellectu abstrahatur, & comprehendatur. Sed periit Constit. Justiniani, quæ fuit Græca posita sub hoc tit. de incertis personis: certe nondum venit in manus meas, si venisset, & venisset in omnium utraque lingua, ut pleræque aliæ. Jure autem veteri, quæ relicta erant incertis personis, vel incertis corporibus, ut intelligere licet ex Institutionibus, non velebant, nisi relicta essent sub certa demonstratione: incertis personis, ut hoc modo, sicut tradit Ulp. *lib. regularum, Ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, illi illum fundum do, lego*, incerta est persona, cui legamus, quia ignoramus quis primus venturus sit ad exequias, & solemnia mortis, sed certa demonstratio, nempe illa, *ex cognatis meis, qui nunc sunt*, facit, ut consistat legatum, quod non ita vagetur sub incerto, ut vagaretur omissa certa demonstratione. Et recte Ulp. adjicit, *ex cognatis, qui nunc sunt*: Nam postumis cognatis non potuit legari, ut infra ostendam, quia sunt alieni postumi. Item notandum nihil quidem relinqui posse utiliter incertis personis, nec libertatem, sed tamen conditionis implendæ causa etiam incertis personis dari oportere, ut si quis ita dixerit: *heres esto, si ei qui primus ad funus meum venerit, dederis* 10. Observare debet heres, quis veniet primus, ut in eo impleat conditionem dandi, alioquin non erit heres, *l. 4. ff. de reb. dub.* quia scilicet is, cui datur conditionis implendæ causa neque est legatarius, neque fideicommissarius, *l. 8. ff. si quis omiss.* Denique hoc genere incertæ personæ non legatur mortis causa capio, puta quod datur conditionis implendæ causa, neque legatum est, neque fideicommissum: notandum etiam, quod & si legatum relictum incertæ personæ peti non possit, retineri tamen potest, si sit solutum per errorem, nec soluti repetitio est, *§. incertis autem personis, Instit. de legat.* Denique legatum incertæ personæ relictum, fuit in retentione, non in petitione. Et huc pertinere opinor *l. ex quibus causis, ff. de condict. indeb. Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus.* Causæ hujusmodi sunt complures. Qui vicit ex injusta sententia retentionem habet, non petitionem, *l. 3. §. ult. ff. de pign.* Item possessor, qui juravit rem petitoris non esse, ex illo jurejurando habet retentionem, non petitionem, *l. & non tantum, §. veniunt, ff. de petit. hered.* Item, qui in alieno solo ædificant, habent sumptuum nomine retentionem, non petitionem, *l. Paulus, ff. de doli except. l. 14. ff. comm. divid.* Et olim quoque Falcidiæ fuit retentio, non petitio, ut dicemus in *l. ult. inf. ad l. Falc.* Et constat naturale debitum esse in retentione, non in petitione. Itemque divortio facto sextas propter liberos esse in retentione, non in petitione, ut diserte scribit Ulpian. *lib. Reg. tit. de dot.* Et ita legata quoque relicta incertis personis sunt in retentione, si forte solvantur, non in petitione, quia ab initio jure civili inutilia sunt, & ut ait illa *l. ex quibus, ex quibus causis retentionem habemus, non petitionem, ea si solverimus, repetere non possumus.* Prima fronte illius regulæ hic videtur esse sensus, ut mihi debita, quæ retinere possum, non petere, si solvam, repetere non possum: quo sensu, si solvam, id est, si ea non retineam, nec enim proprie solvo, quod mihi debetur, sed quod ego debeo. Itaque improprie dixit si solvam, vel si solverimus, & confirmatur ille sensus *l. si in area, de cond. ind.* Sed ut nulla sit improprietas, & ne verbum, solvo, nove usurpetur, & inusitate, quasi solvam, quod mihi debetur, cum id non retineo, propius vero esse videtur, ut eam regulam sic accipiamus. Mihi debita, quæ retinere possum, non petere, si mihi solvantur per errorem, ut is, qui solvit ea repetere non possit, quia utar jure meo, si ea mihi solverit, id est, jure retentionis, quod solum mihi competit. Et ita interpretemur verba hujus regulæ. Ex quibus causis retentionem habemus, petit. non habemus, videlicet si alii ea nobis debeant, ex iis causis ea si nos aliis debeamus, & solverimus, repetere non possumus, ut si legatum relictum incertæ personæ solvamus, puta ei, qui primus ad funus venit, licet per errorem solvamus, id repetere non possumus, quia etsi non habuit legati petitionem, tamen habet retentionem, *d. §. incertis*. Ergo incertæ personæ legatum relictum non est in petitione: Idemque est in hereditate: nam incerta persona heres institui non potuit; quia certum esse debet consilium testantis. Et sunt hujus juris vestigia etiam in Pand. *l. 9. §. heres, ff. de hered. instit. l. sciendum, de verb. sig.* Postumo quoque non semper legari potuit, aut non omni jure. Postumus aut est suus, aut alienus, sive extraneus. Suus est, qui natus nobis est futurus inter suos heredes, veluti filius. Alienus, qui natus non est nobis futurus suus heres, licet sit agnatus, vel cognatus. Et postumo quidem suo legari potuit, idemque heres institui potuit jure civili, aut *l. Julia Velleja*. Postumo autem alieno legari non potuit, quasi incertæ personæ: fideic. tamen relinqui potuit, *l. 5. §. ult. ff. de reb. dub. l. 2. in prin. ff. de jure cod.* Postumus quoque alienus jure civili institui non potuit, jure Prætorio institui potuit, & admitti ad

bon.

bon.poss.secundum tab. non etiam adire hered. jure civili, *l.postum.ff.de inoff.test. l.1.§.si filius in adopt. & l. extraneo, ff.de vent.in poss.l.3.ff.de bon.poss. sec.tab.* §.1. *Instit.de bon.poss.& §.postum.de leg.* Ergo postumus nec jure veteri per omnia fuit habitus pro incerta persona, quamvis nondum sit, & nesciatur an futurus sit, aut quis futurus sit, an homo, an monstrum, & paulatim etiam postea discessum est a veteri jure in quibusdam: Nam Senatusc.concessum est, ut civitas posset heres institui a libertis civitatis, *l.1. ff.de lib.univ.* Et alio Senatusc. ut civitatibus omnib. quæ essent sub imperio pop.Romani fideicom.hereditas relinqui posset, *l.omnib.ad Treb.* Et alio Senatusconsulto, ut & collegiis licitis, & corporib. legatum, aut fideicommiss. speciale, aut universitatis relinqui possit, *l.cum Senatus, de reb.dub. l.3.tit.seq.* Et certatim deinde Constit. principum Christianorum, ut & Ecclesiæ relinqui possit, & pauperib. id est corpori pauperum civitatis, & captivis, ut redimantur ab hostibus, *l.1.& l.generali, sup.de sacros. Eccles. l.id quod, l. nulli, l. si quis ad declinandum, sup. de Episc. & Cler. & Nov.131.* Et tandem generaliter Constit. hujus tit. Justinian. decrevit valere legata relicta quibuscunque incertis personis, aut corporibus licitis, & collegiis licitis, & postumo alieno, quin & postumum alienum heredem institutum, non tantum jure prætorio ad bona venire posse, ut olim, sed etiam sine auxilio prætoris hereditatem adire posse jure civili. Et excepit Justinian. tantum tutorem: nec enim voluit incertam personam recte tutorem dari, quia certo consilio debet quisque de tutela posteritati suæ consulere, & ita in *l. tutor incertus, ff. de test. tut.* Et hæc satis erit adnotasse ad hunc tit.

AD TITULUM XLIX.

AD SENATUSCONS. TREBELLIANUM.

HIC tit.proprie pertinet ad hereditates fideicommissarias, de quibus jam actum est supra multis locis, in tit. de fideicommissis, quia non est tantum de fideicommissis specialibus, sed etiam de fideicommissis hereditatum. Et de iis duo fuerunt Senatusconsulta, Trebellianum & Pegasianum, quorum differentia luculenter explicatur in Instit. & in *Reg.*Ulp.*tit. de fideicommissis*, & *in Sent.*Pauli *tit. de Senatusc. Pegas.* Prius fuit Senatusc. Trebel. cum nondum lex Falcidia pertineret ad fideicommissa, sed ad legata tantum. Posterius fuit Senatusc. Pegasian. ex quo l. Falcid.porrecta est etiam ad fideicommissa, vel specialia, vel hereditatem, *§.sed quia heredes, Instit. de fid. hered.* quod significat articulus *hodie* in *l.1. §. hodie, ff. si cui plus qu. per l.Falcid.*Trebel. Senatusc. fuit de transferendis omnibus actionibus ab herede rogato restituere hereditatem, licet jure ipso heres permaneat in fideicommissarium; omnibus actionibus tam activis, quam passivis, id est, quas heres habet, vel quibus obstrictus est. Et placet ratio Senatusconf. quæ proponitur in *l. 1. ff. ad Treb. cum esset æquissimum*, inquit, *in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus, fructusque transferretur potius, quam cuiquam periculosam esse fidem suam.* Ubi primum in initio Senat. dum ait, *cum æquissimum esset in omnibus fideicommissariis hereditatibus*, illud, *fideicommissariis*, est irreptitium, quoniam intelligit de omnibus hereditatibus, sive directo nobis obveniant, sive restituantur nobis, sive cedantur in jure. Nam & hereditas in jure cedi potest, ut Servius *lib. 3. Æneid.* Cedere, inquit, est verbum juris, nam cedi hereditas dicitur, & Ulp. *lib. reg. tit. de dominiis.* Itaque primum ajo, verbum *fideicommissariis*, abundare: deinde quæro, quid sit in illo Senatusc. *ex iis eos subire*: quid hoc est *ex iis*, & opinor legendum, *ex 12. tabul.* vel, *ex 12.* simpliciter, ut alias ostendi 1. *de legibus* circa finem, *nec Mamilia lege singuli, sed iis tres arbitri fines regemus*: ita esse legendum *ex 12.tres arbitri fines regemus sacratisque legibus*, esse legendum, ut in veteribus 12. Et sic etiam opinor in *l.2. §.omnium, de orig. jur. omnium tamen harum, esse scribendum, omnium tamen 12. tabu.* & conflatus est error ex notis: qua ratione sit conflatus, ore non possum exprimere, manu facile possim: & cuique cupienti ostendam. Auctoritate Justinian. Senatusc. Pegas. transfusum est in Trebell. adeo ut, quæ fiebant olim ex Pegasiano, veluti deductio Falcidiæ, hodie fiant, & fieri dicantur, & venire ex Senatusconf. Treb. atque ita dicimus hodie ex Senatusconf. Treb. ex fideicommisso detrahi quadrantem, id est, Falcid. si heres sponte adierit, & onera creditorum hereditariorum dividi inter heredem, & fideicommissarium pro quadrante, quem retinet, & dodrante, quem restituit. Ita ut heres, quod solverit creditoribus pro dodrante, id a fideicommissario repetere possit, *l.1.hoc t.* vel si heres non retineat quadrantem, sed restituat totam hereditatem, omnia onera creditorum transferuntur in fideicommissarium, onera autem legatorum, vel fideicommissorum specialium semper pertinent ad fideicommissarium, quia ex quadrante, id est, ex Falcidia non delibantur legata, sed quadrans delibatur ex legatis & fideicommissis, *l. ult. hoc t. l.1. §. ult. ff. eod.tit.* Et hoc si dodrans restituatur, vel as ex fideicommisso: nam si minor pars hereditatis restituatur, puta, semis, non tantum onera creditorum, sed etiam onera legatorum dividuntur pro rata inter heredem ex asse, & fideicommissarium semissarium, quæ est sententia *l.2.hujus tit. & l.1.§.qui minorem, l.etiam, §.1.ff.ut legat.no.cau. & l.1.§.pen.ff.ad Treb.* Et ad hæc notandum ex *l.3.*Senatusc. Treb. locum esse, & l. Falcidiæ non tantum si fideicommissaria hereditas relinquatur ab herede testamentario, sed etiam si relinquatur ab intestato ab herede legitimo, ut in *l.3.& 5. hujus tit.l.1.§. hoc autem, & l.recusare, §.1.ff.eod. l.ult. inf. quand. dies leg.ced. Il y à en vostre glose, l.fideicommissum, il ne faut rien que, fi.c'est à dire finali, l. ult.§.fin.D.ad l.Falcid.* Et proponit *l.3.*heredem legitimum ex asse rogatum restituere hereditatem Reip.& utile fideicommissum esse, licet sit relictum ab intestato. Et ex Senatusconf.Trebel. olim Pegas. heredi, inquit, vel heredibus legitimis oneratis illo fideicommisso quartæ partis, id est, Falcidiæ, & fructus ejus restitutio competit, quoniam heres retinet non tantum Falcidiam, sed etiam Falcidiæ fructus semper, *l. mulier, §.si heres, ff. ad Treb.* Sed quid est quod ait *l. 3. quartæ partis, & fructus ejus heredibus legitimis restitutio competit*, debuisset dicere *retentio competit*, & sane spuria est vox illa *restitutio*. Et rectius legitur in aliis libris, *quartæ partis; & fructus ejus institutio competit*, nisi mavis *retentio*, quandoquidem non proponuntur instituti heredes, sed legitimi heredes, qui rogati sunt Reipub. restituere hereditatem. Etiam mendum est in *l.5*, in fine, in qua lege etiam ostenditur fideicommissum hereditatis recte relinqui ab intestato, & conventos legitimos heredes de fideicommisso nihil obtinere posse ex SC. ultra quartam, deducto ære alieno, inquit: nam primum deducitur æs alienum, deinde ponitur ratio legis Falcidiæ, & deducitur Falcid. si locus ei sit, *l.6. tit. seq.* & ultra hanc quartam, inquit, ut legendum est in fine, nihil obtinere posse præstiterit, Senatusc. scilicet, id est, Senatusc. non præstitit legitimo heredi, ut ultra quartam quicquam aliud obtinere possit, ubi *obtinere*, est *retinere*, ut in *l.1. sup. de iis, quæ sub modo*, & *l.cum fratrem, sup.de iis quib. ut indig.* Et postremum hoc est ut admoneamus, ex SC. Pegasiano hoc quoque esse transfusum in Treb. ut heres, qui suspectam hereditatem dicit, coactus adire hereditatem fideicommissariam periculo fideicommissarii, ne intercidat fideicommissum, non retineat Falcidiam, sed assem restituat, & omnes actiones transferat in fideicommissarium, & ita in *l. cogi, §. idem Mæcianus, & l.si heres, D. eod. t.* articulo *hodie* significatur hoc caput Senatus. Pegasiani, quod etiam, ut dixi, Justin. transtulit in Treb. ut unum esset tantum Senatusc. de fideicommis-

sariis heredit. & huc pertinet *l.4. hoc t.* cujus species est elegantissima. Nepos aviam, & fratrem heredes instituit ex parte, & aviam rogavit, ut partem suam restitueret Quintianæ: avia repudiavit partem institutionis suæ, ut scilicet adcresceret alii nepoti, eidemque coheredi defuncti, nec perveniret ad Quintianam: ac deinde avia coactam a prætore, postulante Quintiana, hereditatem adivit, & priusquam pro herede gereret, inquit, id est, priusquam ex hereditate quicquam attingeret, eamque restitueret Quintianæ (aditionem sequitur pro herede gestio, quod notandum maxime ex hac *l.4.*) Si inquam, priusquam attingeret hereditatem, quam adivit coacta, eamque restitueret, vita decesserit, an intercidit fideicommissum, quod viva non restituit Quintianæ? lex ait consistere fideicommissum, & a coherede, cui adcrescit esse præstandum, maxime post Constitut. Severi & Antonini quæ vult, ut legata relicta ab instituto, videantur relicta a substituto, licet ab eo nominatim repetita non sint, vel etiam fideicommissa qualiacumque: Nam consequens est huic constitutioni, ut coheres quoque quasi substitutus, vel exemplo substituti consequatur adcrescentem portionem coheredis cum onere fideicommissi, quasi legata relicta a coherede videantur repetita ab alio coherede, cui adcrevit portio prioris, licet a posteriori non sint nominatim repetita, ut in *l.16. §.1. D.de leg.1. l.mortuo 49. §.1. l.si Titio 61. §.ult. D.de leg.2.* Ex quo intelligitur verum esse, quod Azo dixit, Constitutione illa Severi & Antonini abrogari quod vetustiores juris auctores existimaverunt, puta Julianus & Celsus in *l.Celsus, §.ult. ff.eod.* videlicet adcrescere portionem coheredis sine onere fideicommissi, si ab eo quoque nominatim relictum non sit. Ita existimaverunt Julia. & Celsus, cum nondum prodiisset illa Constit. Sed hodie sententia Constitut. sequenda est, & observa diligenter in specie hujus *l.4.* coheredi adcrescere portionem coheredis, quia eam repudiavit, & adcrescere statim a repudiatione, nec ei auferri, licet coheres postea coactus adeat, non auferri scilicet ab herede coheredis, qui postea coactus adiit, non auferri jure transmissionis, sed auferri jure fideicommissi a fideicommissario sine deductione Falcidiæ, quia coheres, cujus portio ei adscrescit, coactus adiit, & qui coactus adiit, amittit Falcidiam. Et ita exposuimus quinque priores leges hujus tit. atque etiam *l. ult.* Cum dixi onera omnia legatorum pertinere ad fideicommissarium, cui dodrans restituitur, quod quadrantem illibatum apud heredem remanere oporteat, & multo magis onera legatorum, vel fideicommissorum pertinere ad fideicommissarium, cui as restituitur, id est, tota hereditas, ut in specie hujus *l.ult.* ex præcepto testatoris, qui totam hereditatem restitui jussit, tota restituitur: ubi observandum est diligenter jam a tempore editæ illius legis ult. Justin. parturiisse id, quod palam biennio post edidit *Novel.* 1. scripta ad eundem PP. ad quem scripta est hæc *l.ult.* ne scilicet heres detraheret Falcidiam vetante testatore, nec contra voluntatem testatoris. Nam satis vetat Falcidiam detrahi, qui jubet totam hereditatem restitui, ut *l.pœnales, §.ult. D.ad l.Falcid.* Breviter hoc dico, eam *l.ult.* esse certissimum indicium parturitionis, id est, Novellæ, quæ biennio post edita fuit, ut Falcidia prohiberi possit: & nunc restat tantum ex hoc tit. *l.jubemus, & l.pen.* Sunt duæ ll. celeberrimæ, & in usu frequentissimæ. Ad *l.jubemus*, sciendum est in primis, fructus medio tempore ab herede perceptos ex legato, aut fideicommisso relicto in diem, vel sub conditione, quia jure hereditario, & ex judicio defuncti percipiuntur, qui interim fructum omnem heredis esse voluit, & omnia, quæ ex judicio defuncti percipiuntur in quartam imputantur: & fructus igitur medio tempore perceptos in Falcidiam imputari, quæ detrahitur ex legatis, vel fideicommissis quibuscunque. Et consequenter eos fructus Falcidiam submovere, & excludere, si tantum efficiant fructus, quantum quarta pars hereditatis efficit, & fructus quartæ, quod ostenditur in *l. mulier, §. si heres, l.in fideicommissarium, & l.deducta, §. ante diem, D. eod. t. l.Pap. §.unde si quis, D.de inoff.test. l.quod de bonis, §.fructus, & l.filiusfam. in fi. & l. qui quadringenta, §. qui ducenta, D. ad l.Falcid.* Et est certissima regula juris, quæ locum habet in omnibus heredibus oneratis legatis, aut fideicommissis relictis in diem, vel in conditionem, ut fructus medii temporis, quos capiunt, sibi imputent in Falcidiam: & si non sufficiant Falcidiæ, ut id tantum, quod deest, detrahant, & ut si superent Falcidiam fructus medii temporis, ut superfluum quod est sibi habeant, quoniam ita voluit defunctus, ut ante diem, vel conditionem fideicommissi omnia commoda perciperent, & tenerent: locum, inquam, hæc regula habet in omnibus heredibus, exceptis filiis: Nam Zeno Imp. in hac *l.jubemus*, excipit filios solos heredes institutos. Itaque in filiis jus hoc singulare est, ut si onerati sint fideicommisso hereditatis, vel pecuniario, vel speciali relicto in diem, vel sub conditione in quartam Pegasianam, ut dixere veteres JC. ut corriguntur a Justinian. in quartam Trebellianam, quæ & generali nomine dicitur Falcidia, non imputent fructus medio tempore perceptos, etiamsi specialiter rogati, jussive fuerint a patre, vel matre eos fructus imputare in quartam: non omni præcepto parentis obtemperandum est, maxime dante lege licentiam non obtemperandi, & minuente potestatem patris, sed ut filii retineant omnes fructus medii temporis, & hoc amplius detrahant quartam ex rebus ipsis, vel corporibus hereditariis, si hereditatem rogati sint restituere in diem, vel sub conditione, vel si rogati sint præstare fideicommissum speciale, ut lucrifaciant fructus medii temporis: & præterea ex rebus ipsis fideicommissi specialis ferant quartam, si fideicommissum oneret hereditatem, aut si fideicommissa multa sint specialia, quæ onerent, vel exhauriant hereditatem. Et additur in hac l. idem juris esse, si filii heredes instituti onerati sint legatis, ut scilicet in quartam, quæ proprie dicitur Falcidia, cum deducitur ex legatis, non imputent fructus medii temporis. Denique in nullam quartam filii heredes instituti imputant fructus medii temporis. Quod procedit non tantum si a filiis legata, vel fideicommissa extraneis relicta sint, sed etiam si ipsi filii heredes instituti ex partibus, invicem substituti sint per fideicommissum, id est, si rogati sint, ut qui diem suum obiret sine liberis, partem suam superstitibus fratribus restitueret. Quam conditionem *si sine liberis diem suum obierit*, etiam Zeno in hac *l. §.pen.* docet deficere, vel uno relicto filio, aut postumo, vel uno nepote ex filio, vel filia, vel uno pronepote ex nepote, vel ex nepte, quod confirmat etiam *l.1. sup. de condit. insert. & l. pater, §. 1. D. de cond. & demon. l.non est sine liberis, D.de verb. sign.* Aug. *lib.16. de civit. Dei, cap.* 40. *in latinæ linguæ consuetudine*, inquit, *liberi dicuntur filii, etiamsi non sint uno amplius.* Idem quoque juris, ut scilicet filii non imputent in Falcid. fructus medii temporis, vel quæcumque sunt fructuum vice, vel usuras pecuniarum, non tantum si, ut dixi, invicem sint substituti per fideicommissum, sed etiam si separatim quibusdam, vel cuidam ex filiis, si sine liberis moreretur, superstes, vel superstites fratres per fideicommissum substituti sint. Et quod dico, si separatim, lex dicit simpliciter, si simpliciter rogati sint, id est, separatim, non invicem, non vicissim, non mutuo: vox *simpliciter* varie accipitur in libris nostris, hoc loco, id est, sine reciprocatione, sine mutua substitutione, in *l.15. sup.de fideicommissis*, id est, pure, sine conditione ulla, in *l.5. §.nunc videamus, D. jud.solvi*, id est, sine satisdatione, in *l.15. sup. de fideicom.* id est, generaliter, non nominatim, ut in *l. si domus, de leg.1. & l.hinc quæritur, D.de pecul.* & in *l.1. sup. de ædilit.action.* Simpliciter, id est, bona fide, ut in oratione Demosthenis in Timocratem Ulp. interpretatur *ἁπλῶς*, quod est simpliciter, *ἀντὶ τοῦ σαφῶς καὶ μὴ πανοῦργος*, id est, *bona fide, non mala:* & in *l.6. §.si quis ita, D.de neg.gest.* Id est, supine, & *εὐήθως*, puta cum quis suum negotium in suis bonis gerit quasi alienum, id est, existimans esse alienum, quæ est summa supinitas, & simplicitas nescire sua bona, suaque negotia,

& ea

& ea accipere pro alienis, quo ex gestu non est actio negotiorum gestorum, quamvis animum habuerit gerendi negotia aliena. Verum hæc mittamus, & pergamus explicare cetera, quæ continentur in hac l. Quod dat filiis, ut in Falcid. non imputent fructus medii temporis, docet obtinere, etiamsi filii rogati sint restituere hereditatem nepotibus defuncti, id est, filiis suis, vel pronepotibus, id est, nepotibus suis, vel deinceps ceteris liberis. Et ita principium hujus legis divido in 3. partes contra quam faciat Accurs. ut prima pars sit de quarta Trebell. ne in eam imputentur fructus intermedii temporis. Secunda autem pars sit de quarta Falcid. quæ ducitur ex legatis, ut in eam similiter a filiis non imputentur fructus medii temporis. Et notandum hanc secundam partem his verbis contineri, *idemque in retinenda legis Falcid. portione obtinere jubemus*: nam post verbum *jubemus*, punctum apponi oportet, ut tertia pars incipiat ab his verbis, *etsi pater*, &c. quæ est de nepotibus, ut si filii heredes instituti rogati sint nepotibus, id est, filiis suis restituere hereditatem, etiam non imputent in Falcidiam fructus medii temporis. Et notandum hoc jus tantum dari filiis heredibus institutis, non etiam nepotibus heredibus institutis, vel aliis liberis, in §. *ult. hujus l.* filii hoc habent præcipuum supra omnes liberos. Nec omittendum est ex *cap. Raynutius, extra, de testam.* hoc jus singulare datum esse filiis in fructibus perceptis ante litem contestatam: nam æquissimum est, ut fructus perceptos post moram, id est, post lit. contest. imputent in Falcid. Omnis mora dispendiosa est, aut esse debet: & sequitur in §. *in supradictis*, aliud jus singulare, quod datur filiis solis heredibus institutis, ut scilicet, si filii heredes instituti rogati sint hereditatem restituere, non dico jam fratribus, sed nepotibus, id est, filiis suis, non cogantur nepotibus, id est, filiis suis præstare cautionem de fideicommisso, quæ ex edicto jure desideratur a fideicommissario: nam filio fides patris satis esse debet, nec desideranda est fides alterius. Excipiuntur tantum duo casus, quibus pater a patre suo heres institutus, & rogatus nepoti hereditatem restituere, debet nepoti præstare cautionem fideicommissi. Prior casus hic est, qui proponitur in hoc §. si testator jusserit caveri nepoti de fideicommisso pendente conditione fideicommissi, vel die, quoniam testator hoc non jubet sine aliqua providentia & notitia morum filii heredis instituti, ut æquum sit huic voluntati testatoris obtemperare. Secundus casus hic est, si filius heres institutus, & rogatus restituere hereditatem filio, aut filiis suis ex priore matrimonio susceptis, soluto eo matrimonio, transeat ad secundas nuptias: Nam quia secundæ nuptiæ plerumque alienant animos parentum a liberis primarum, ideo ut in tutum redigatur fideicommissum hereditatis, & hoc casu debet pater præstare filio cautionem fideicommissi, sed non qualem præstari oportet aliis fideicommissariis, quibus præstatur satisdatio fidejussorum, *en baillant respondant*, ut loquitur *l. necnon, ff. ex quib. caus. majo.* Sed pater filio fideicommissario non præstabit satisdationem fidejussorum, præstabit nudam cautionem tantum, nudam repromissionem, ut *l. filio, ff. ut leg. nomine*, quoniam pater non est acerbe exigendus, non avare, & sufficere ubique debet filio fides patris, quam habere debet pro bono viro, & revereri, & inverecundum est a patre desiderare alienam fidem. Et ita licet in hoc §. utatur verbo *satisdationis*, ut illis duobus casibus pater præstet satisdationem filio de fideicommisso, licet, inquam, utatur verbo *satisdationis*, tamen satisdationem accipere oportet pro nuda cautione, non pro satisdatione fidejussorum: & ita sæpissime accipitur in jure, & hoc loco esse ita accipiendam hanc vocem ostendit *Nov.* 22. in qua refertur sententia hujus §. & pro satisdatione vertit ἀσφάλειαν, quo nomine nuda cautio significatur in *l. 3. sup. de verb. sig.* Ergo illis duobus casibus filius jure desiderat a matre primum cautionem fideicommissi pendente causa fideicommissi, & a patre, etiamsi filius sit sui juris, non si sit in potestate patris, quoniam nunquam restituitur fideicommissum filiof. nisi emancipetur, vel nisi dilapidet pater bona, quæ filiofamil. suo forte post mortem restituere jussus est: Nam ob dissolutos mores patris, etiam filiofamil. repræsentatur fideicommissum, quam in rem est elegantissima *l. Imperator, ad Senatusc. Trebell.* & hæc est interpretatio *l. jubemus*. Ex *l. penult.* primum notandum est, pupillo relictam hereditatem fideicommissariam, ipsi pupillo esse restituendam tutore auctore, quoniam restitutio fideicommissi potest esse damnosa, propterea quod transferuntur onera in fideicommissarium ex Senatusc. Trebelliano: idcirco interponi auctoritatem tutoris oportet, non tutori restitui, sed pupillo tutore auctore, videlicet si pupillus sit præsens, & si fari possit: nam & vox fideicommissarii desideratur, ut desideret adire hereditatem suo periculo, si heres suspectam eam dicat, & recuset adire: Sed quid fiet si pupillus sit absens, vel si fari non possit? Et hoc constituit Justin. in hac *l. pen.* ut recte fiat restitutio hereditatis tutori soli, non ut procuratori pupilli, sicut Accurs. ait: quia si fieret ei ut procuratori, pupillum non obligaret oneribus hereditariis, antequam ratum haberet, vel ab eo bona recepisset, sed fit restitutio tutori ut tutori ex Senatusc. Trebell. quæ pupillum obligabit. Et ita quoque si furioso sit relicta fideicommissaria hereditas, restitutio potest fieri ex Senatusc. Trebell. ita ut obligetur furiosus soli curatori ejus, quia furiosus habetur pro absente, & pro infante. Et hæc Constit. Justiniani confirmatur *l. restituta, §. ult. & ll.* quæ sequuntur duabus, & *l. servo invito, §. si pupillo, D. ad Treb.* Et notandum quod ait *d. §. si pupillo*, per tutorem fideicommissarii heredis heredem testamento scriptum posse compelli adire & restituere exemplo juris civilis, & juris prætorii. Exemplo juris prætorii, quia & per tutorem potest peti bon. possessio delata pupillo, *l. tutor, ff. de bon. poss.* Exemplo juris civilis, quia & tutor potest pro herede gerere nomine pupilli, videlicet eodem caso quum pupillus est infans, vel absens, ut in *l. si infanti, sup. de jure delib.* Et ita legendum in *d. §. si pupillo*, ut pro herede tutor gerere possit, non ut pupillus pro herede gerere possit tutore auctore si sit infans: Nam hoc est falsum, *l. pupillus, de adqu. hered. l. 1. inf. ad Senatusc. Tert.* Secunda definitio Justin. quæ proponitur in hac *l. pen.* hæc est. Heres institutus, qui rogatus est restituere hereditatem, latitat, aut evocatus a Prætore, ut restituat hereditatem, venire contemnit: quid fiet? fideicommissarius potest quidem vindicare hereditatem fideicommissaria hereditatis petitione, de qua est tit. in Dig. Sed quomodo transferuntur in eum actiones ex Senatusc. Trebell. quia non transferuntur in eum sine restitutione heredis, & heres latitat, & non restituit. Eadem quæstio intervenit, si idem heres, antequam restitueret, diem suum obierit nullo herede relicto: nam & hic quemadmodum transferentur actiones in fideicommiss. nullo existente, qui restituat fideicommissum. Eadem quæstio etiam intervenit, si primus fideicommissarius, cui heres restituit hereditatem ex Senatusc. Trebell. rogatus sit alii restituere eandem hereditatem, quia Senatusc. Trebell. loquitur de herede, ut ab herede transferantur actiones in fideicommissarium. Sed ut ait *l. quamvis, §. 1. D. eod. tit.* hoc jure utimur, ut etiam heres heredis oneratus fideicommisso restituat ex Senatusc. Treb. id est, transferat actiones, ut bonor. possessor, aut pater, vel dominus, sed eodem jure non utimur in primo fideicommissario, ut & hic secundo fideicommissario restituat ex Senatusc. Trebell. id est, ut transferat actiones de herede heredis, aut patre, vel domino. Non dubitatur de primo fideicommissario rogato restituere secundo: dubitatur, ut ait *l. 1. §. de illo dubitatur, D. eod. tit.* quemadmodum scilicet in secundum fideicommissarium actiones transferantur, & ut refert Justinianus hoc loco, Ulpian. dicebat hac de re esse constituendum, a principibus scilicet, & quod eo jure non uterentur, non posse se introducere, aut definire: opus esse constitutione principis, & ita sæpissime in jure in ἀμηχανίᾳ, in loco præcipiti, ut loquitur *l. cum quidam,*

ſup. de adminiſt.tut. implorandum eſt principis auxilium, conſulendus eſt princeps, ut in *l. itaque*, *D.de fid.lib.& l. ſi cui legatum*, *D. de cond. & demonſt.*ubi extra ordinem conſtitui oportere, inquit Juriſc. in quæſtione quadam dubia, a principe ſcilicet, non a Prætore, quæ ibi proponitur, *l.2.in fine*, *D. de reb.eorum*, *qui ſub tut. ſunt*. Et Juſtin.in quæſtione propoſita ſuſcipit has partes in *l. pen.* *§. ult.* ut ſuperioribus tribus caſibus ipſo jure transferantur actiones in fideicommiſſarium, quod duobus prioribus caſibus ſane verum eſt ſine reſtitutione ulla. Sed tertio caſu omnino deſideratur reſtitutio primi fideicommiſſarii, ut *d.§. de illo*, *& §.ſeq.*ut mirer huic *l. pen.* opponi §. *de illo*, cum ſecundum illum §.ſit accipienda *l.pen.* ut tertio caſu ipſo jure transferantur actiones in ſecundum fideicommiſſarium, reſtituta hereditate a primo, perinde ac ſi primus eſſet heres teſtamento ſcriptus, Senatuſc. Treb.porrecto etiam ad hunc caſum: nec tamen exiſtimandum eſt primum fideicomm.deducere Falcidiam: nam hoc certum eſt in jure ſolum heredem directo inſtitutum detrahere Falcid.aut ſolum legitimum, cui directa hereditas lege defertur, non fideicommiſſarium: fideicommiſſarius primus ſecundo ſolidum reſtituit, in *l.cogi*, *§. Mæcianus*, *l.ſi patronus*, *§.qui fideicom.D.ad Trebell. l.lex Falcid. §.ult. D.ad l.Falcid.* niſi ſcilicet fideicomm.primus eam deducat ex perſona heredis, qui forte noluit eam deducere, & totam reſtituit primo fideicommiſſario, ut ipſe eam deduceret a ſecundo, ut in *l.1.§.inde Neratius*, *D.ad Treb.*

AD TITULUM L.

AD LEGEM FALCIDIAM.

Vide Appendicem in fine Tomi VII.

AD TITULUM LI.

DE CADUCIS TOLLENDIS.

Ad L. Et nomen, & materiam *caducorum ex bellis ortam, & auctam civilibus, quæ in ſe populus Romanus movebat, neceſſarium duximus, Patres conſcripti, in pacificis noſtri imperii temporibus ab orbe Romano recludere: ut quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas ſopiret. Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab interioribus principibus emendata fuit, & per deſuetudinem abolita: ita & a nobis circa caducorum obſervationem invidioſum ſuum amittat vigorem, qui & ipſis prudentiſſimis viris diſplicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum non fieret. Sed & ipſis teſtamentorum conditoribus ſic graviſſima caducorum obſervatio viſa eſt, ut & ſubſtitutiones introducerent ne fiant caduca: & ſi facta ſint, ad certas perſonas recurrere diſponerent, vias recludentes, quas lex Papia poſuit in caducis: quod & nos fieri concedimus. Et cum lex Papia jus antiquum, quod ante eam in omnibus ſimpliciter verſabatur, ſuis machinationibus, & anguſtiis circumcludens, ſolis parentibus, & liberis teſtatoris uſque ad tertium gradum, ſi ſcripti fuerant heredes, ſuum imponere jugum erubuit, jus antiquum intactum eis conſervans, nos omnibus noſtris ſubjectis ſine differentia perſonarum hoc concedimus.*

UT lex Falcidia de modo legatorum fuit lata Auguſti temporibus: ita Papia Popœa lex de caducis hereditatibus & legatis: & lex Falcidia a Juſtiniano non quidem ſublata, ſed valde reſciſſa, ſive reſtricta eſt *Novell. de heredibus*; *& Falcidia*, ut docui ſuper. titulo. Lex autem Papia ab eodem Juſtiniano oratione miſſa ad Senatum, quam poſuit ſub hoc tit. penitus ſublata eſt. Caduca vero ex Ulpian. *lib. regul. tit. de Caducis*, ita definiuntur: *Quæ jure relicta capaci, aliqua ex cauſa poſt mortem teſtatoris ab eo in fiſcum cadunt*. Dico *capaci*: Nam quæ incapaci relinquuntur, non ſunt caduca, ſed pro non ſcriptis, pro non datis, vel relictis habentur, *l.1.ſup.de hered. inſtit.* Dico *poſt mortem teſtatoris*: nam ea tantum proprie dicuntur caduca directo nomine, aperta voce, ut ait in *§.& cum triplici*, *hoc tit.* quæ deficiunt poſt mortem teſtatoris; quæ autem deficiunt vivo teſtatore, ut ſi legatarius moriatur vivo teſtatore, vel ſi conditio legati vivo teſtatore deficiat, ea in lege Papia dicuntur eſſe in cauſa caduci, quia eodem jure ſunt, eademque conditione, qua ſunt caduca: nimirum ut recidant in fiſcum, *d.§.& cum triplici*. Dixi *aliqua ex cauſa*, cauſam accipiens pro caſu. Sunt autem caducorum quinque caſus. Primus hic eſt, ſi poſt mortem teſtatoris ex parte heres ſcriptus, vel legatarius vita deceſſerit ante apertas tabulas, quod eſt antequam cederet dies legati, vel dies adeundæ hereditatis: nam ex lege Julia & Papia is dies incipit ab apertis tabulis, & recte ait Ulp. in ſupradicto loco, *ex parte heres ſcriptus*, quoniam hic non potuit adire hereditatem ante apertas tabulas: at heres ſcriptus ex aſſe potuit adire hereditatem clauſis tabulis teſtamenti, *l. mulieri*, *l.multum*, *ff. de cond.& demonſtr. l.1.§.ult.de jur. & fact. ignor.* Secundus caſus: Si poſt mortem teſtatoris ex parte heres ſcriptus, vel legatarius ante apertas tabulas, ut Ulpianus loquitur ſupradicto loco, *pereger factus fuerit*, id eſt, ſi peregrinus factus fuerit amiſſa civitate Romana: ut ſi deportatus ſit in inſulam, quæ peregrinitas pro morte habetur, *l.1.§.filium*, *ff.de bonor.poſſeſſ.contra tabul. l.verum*, *§.ult. ff. pro ſoc.* & peregrinus incapacibus annumeratur. Dixit autem Ulpianus *pereger*, pro *peregrinus*, non male; cum & veteres dixerint *peregris*, Auſonius *epiſt.* 17. *Nedum me peregrem exiſtimes, compoſita fabulari.* Tertius autem caſus hic eſt, ut conſtat ex eodem Ulpiano, ſi legatum, aut hereditas relicta fuerit cœlibi; & is intra diem 100.id eſt, intra diem cretionis, & aditionis a morte teſtatoris legi Papiæ non paruerit, id eſt, uxorem non duxerit: Nam & hoc caſu, quod ei relictum eſt, caducum fit. Cœlebs proprie dicitur de viro, qui uxorem non duxit, vel qui ductam amiſit, quaſi κοίλιψ, κοίλην λείπον, ut αἰγίλιψ dicitur petra prærupta, & inacceſſa, quæ non admittit capram, quaſi αἶγας λείπων: femina autem, ſive virgo ſit, ſive mulier, vidua dicitur, non cœlebs, quod concubitum faciat vir, non mulier, *l.ult. ſup.de indict. viduit.tol.* Quartus caſus eſt: Si legatum, vel hereditas relicta fuerit Latino, & is intra diem centeſimum, id eſt, intra diem cretionis a morte teſtatoris, jus Quiritum, id eſt, civitatem Romanam conſecutus non fuerit: Qui duo poſteriores caſus etiam ab Ulpiano repetuntur eodem libro in *tit. qui heredes inſtitui poſſunt*. Addamus quintum caſum: ſi poſt mortem teſtatoris conditio hereditatis, aut legati defecerit; quia ejus dies non ceſſit, & qui initio fuit capax hereditatis, aut legati, ex accidenti, id eſt, deficiente conditione factus eſt incapax, quo caſu etiam fiſcus vocatur ex lege Papia. Ne addas ſextum caſum ex Accurſio in *d.§. & cum triplici*. Si poſt mortem teſtatoris legatarius repudiaverit legatum, quoniam ea tantum fiunt caduca, quæ poſtea legatarius cœpit capere non poſſe. Atqui quod repudiavit, cepiſſet ſi voluiſſet. Igitur repudiatum legatum non fit caducum, ſed remanet apud heredem, *l.16.§.1.de leg.1.l.ſi Titio*, *§.ult.de leg.2.l.9.de uſufr.leg.* Ex his quinque cauſis, quas expoſui, hereditates, vel legata fiunt caduca, & quod dixi in definitione, caduca ab eo, cui relicta ſunt cadere in fiſcum, rationem nominis demonſtrat ſimul, & cauſam introducendorum caducorum. Introducta enim ſunt caduca tempore Auguſti fiſci, ſive ærarii augendi, & replendi cauſa, quod bella civilia exhauſerant, ſuſcepta inter Pompejum & Cæſarem, inter Antonium & Lepidum, & Brutos, *ce fut un moyen pour trouuer de l'argent*, & hanc cauſam legis Papiæ introducendorum caducorum ita proponit Juſtin. initio Conſtitutionis, & *l.2. §.ſolum*, *ſup.de vet.jure enucl.* & Cornelius Tacitus 3. Annal. *Relatum*, inquit, *de moderanda Papia Popœa, quam ſenior Auguſtus poſt Julias rogationes*

tiones incitandorum cœlibum pœnis : & augendi ærarii, cauſa ſcilicet (*car il parle touſiours ainſi*) *ſanxerat*. Atque eadem quoque ratione augendi ærarii per bella civilia exhauſti viceſima hereditatum, de qua diximus *tit.* 23. lege Julia introducta eſt, ut Fiſcus hereditatis, quæ inexpectato obveniret extraneo, ferret viceſimam partem. Hoc de viceſima ait Plinius in Panegyrico, *Onera*, inquit, *Imperii pleraque vectigalia inſtitui, ut pro utilitate communi, ita ſingulorum injuriis coegerunt, iis viceſima reperta eſt*. At Cornelius Tacitus ſupradicto loco aliam quoque notavit cauſam legis Papiæ, & introducendorum caducorum: ut ſcilicet per bella civilia amiſſo incredibili, & ingenti numero civium Romanorum, qui ſupererant ſoboli propagandæ darent operam, & ampliando Imperio civium adjectione: ideo propoſitas fuiſſe pœnas iis, qui cœlibes eſſent, puta, ne hereditates, aut legata caperent iis relicta, niſi intra centum dies a morte teſtatoris uxores ducerent: Propoſitas etiam eſſe pœnas orbis, id eſt, liberos non habentibus, ne ſolidum caperent ex aliorum teſtamentis, qui non eſſent proletarii, qui eſſent improles, ut loquebantur veteres: & contra fuiſſe propoſita præmia patribus, quod & paulo poſt idem Cornelius ſignificat his verbis: *Lege Papia Popœa inducti præmiis, ut ſi a parentum privilegiis ceſſaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret*, id eſt, ut orborum bona redigerentur in fiſcum magna ex parte, quæ ſcilicet iis deferentur ex aliorum teſtamentis: & maxime obſervandum, quod Dio ſcribit *lib.* 56. tempore latæ legis Papiæ Popœæ tantam fuiſſe penuriam civium Romanorum, ut ipſi conſules Papius, & Popœus cœlibes, & orbi eſſent non inventis maritis, & patribus, qui eis anteponerentur: Nam ut idem ſignificat *lib.* 53: in adipiſcendis honoribus patres præferuntur orbis, & mariti cœlibibus, & ita hic locus explicatur. Hæc autem ſecunda cauſa legis Papiæ, & introducendorum caducorum, ut videtis, pertinet proprie ad tertium caſum. Ad eundem etiam tertium caſum, atque etiam ad quartum pertinet, quod Ulpianus ſcribit *titulo de Latinis*: Latinum conſequi jus Quiritium, id eſt, civitatem Romanam, *ſi navem fabricaverit decem millium modiorum capacem, quæ Romam ſex annis frumentum portaverit, ex edicto D. Claudii*. Ex quo loco Ulpiani emendandus, & interpretandus eſt hic locus elegantiſſimus Suetonii in Claudio: *Naves*, inquit, *mercaturæ cauſa frabricantibus magna commoda conſtituit pro conditione cujuſque: civibus vacationem legis Papiæ Popœæ*, id eſt, ut cœlibatus, & orbitatis pœnas non ſuſtinerent, *Latinis jus Quiritium*, ut ſcilicet ſine cunctatione hereditates, & legata omnia caperent; *& feminis* (*quæ naves fabricaſſent ſuis ſumptibus*) *jus quatuor liberorum*. Ad hæc notandum eſt, quod quemadmodum viceſima hereditatum remittitur liberis, & parentibus heredibus inſtitutis, auctore eodem Plinio in Panegyrico, & ut *l. ultima, ſup. de codic.* electo jure teſtamenti liberis, & parentibus remittitur, id eſt, permittitur mutare conſilium, & tranſire ad jus codicillorum: ita quæ legata, aut portiones hereditatis deficiunt, noluit lex Papia recidere in fiſcum, liberis, aut parentibus inſtitutis heredibus, ſed remanere apud heredes inſtitutos, qui ſunt ex liberis, vel parentibus teſtatoris, uſque ad tertium gradum, id eſt, uſque ad pronepotem, & proavum: ubi *Uſque* includit etiam tertium gradum. Poſſent multa dici de illo articulo *uſque*, includat, an excludat, valde utilia, quæ ſuo loco reſervamus. Et ita liberis, aut parentibus heredibus inſtitutis, quæ deficiunt legata, aut hereditates, non fiunt caduca, vel caducæ, ſed remanent apud liberos, vel parentes uſque ad tertium gradum. Et hoc eſt, quod ait Ulpianus *eod. lib. tit.* 1. 17. & 18. & Juſtinianus §. 1. *hoc tit.* liberis, & parentibus heredibus inſtitutis jus antiquum ſervari, quod obtinuit ante legem Papiam, ita jubente ipſa lege Papia, ne his perſonis heredibus inſtitutis locum habeant caduca, id eſt, ne locum habeat fiſcus, aut ærarium, aut vocetur in ea, quæ deficiunt ex quinque ſuperioribus cauſis. Et hoc eſt etiam, quod ait *l.* 29. §. *ult. De de leg.* 2. filium heredem inſtitutum, cui pars coheredis, a quo nominatim legatum extero relictum eſt, adcreſcit, eam partem, legatumque capere jure antiquo, id eſt locum non eſſe caduco; ſed a filio retineri, & legatum illud non præſtari: quoniam non a ſe relictum eſt, ſed a coherede nominatim, quod tamen hodie non ſequimur, poſt reſcriptum Severi & Antonini, quo legata relicta ab inſtituto, etiam nominatim videntur repetita a ſubſtituto: & conſequenter a coherede, tanquam a ſubſtituto, *l. ſi Titio*, §. *ult. D. eod.* Et ita Azo recte ſenſit, reſcripto Severi corrigi ſententiam Celſi atque Juliani: quibus tamen fuit ratio ita ſcribendi, reſcripto nondum edito Severi. Et ad hoc quoque pertinet *lex* 5. *in fine, D. de vulg. ſubſt.* cum ait: nihil intereſſe, coheres coheredis partem capiat, & vindicet jure ſubſtitutionis, an per legem, id eſt, per Juliam & Papiam, quæ eſt inſcriptio iſtius legis quintæ: puta, ſi heres ſit ex liberis, vel parentibus: quo caſu partem vacantem coheredis per legem Papiam occupat, excluſo fiſco. Juſtinianus autem in hac conſtitutione, quod lex Papia ſolis liberis, aut parentibus dedit ad tertium gradum uſque, dat omnibus heredibus inſtitutis, reſtituto jure antiquo, & abolita penitus lege Papia caducaria, cui cum originem dederint bella civilia, ut diximus ſupra, conſequens eſſe ait, ut pacatis rebus civilibus, & in priſtinam dignitatem, amplitudinem, & opulentiam reſtaurata Republica, ceſſent etiam viæ conficiendæ pecuniæ publicæ, ceſſent commoda fiſcalia. Et ideo, ut ceſſat viceſima hereditatum, etiam ceſſent caduca, quæ fiſci exiguitas, rerumque neceſſitas extorſerat: & ita pereleganter L. Valerius apud Titum Livium libro trigeſimo quarto. *Quas tempora aliqua* (inquit) *deſideravirunt leges, mortales, & temporibus ipſis mutabiles eſſe video, quæ in pace latæ ſunt, plerumque bellum abrogat: quæ in bello, pax*. Et ita lex caducaria, quæ in bello fuit lata civili, vel ejus occaſione, cum eſſet exhauſtum ærarium, merito ea abrogatur pace reverſa. Expoſui definitionem caducorum, & ſententiam pene omnem legis Papiæ caducariæ, & cauſam ferendæ ejus: & cur Juſtinianus tandem eam abrogare neceſſarium eſſe duxerit: nomenque, ut ait, & materiam caducorum a ſuo Imperio ſecludere: & jus antiquum reſtituere omnibus heredibus inſtitutis, quod lex Papia conſervarat ſolis liberis, & parentibus uſque ad tertium gradum, ut deinceps quæcunque deficerent legata poſt mortem teſtatoris, aut vivo teſtatore, ex quatuor, aut quinque cauſis, quas expoſui nudius quartus, ea omnia etiam penes heredes extraneos, qui ſcripti eſſent, remanerent, & portiones ſimiliter hereditatum, quæ deficerent ex iiſdem cauſis coheredibus adcreſcerent, qui hereditatem aut bonorum poſſeſſionem admiſiſſent. Conſummavit Juſtinianus, quod alii ante eum principes inchoaverant: Nam ut ait, & alii principes, qui ante eum rerum potiti ſunt, quædam emendaverant capita legis Papiæ Popœæ. Septimius Severus emendavit caput legis Papiæ Popœæ, quo præſcripta erat ætas, qua liberos habere oporteret. Tertullianus in Apologetico: *Nonne vaniſſimas leges Papias*, inquit, *quæ ante liberos ſuſcipi cogunt, quam Juliæ matrimonium contrahi, poſt tantæ auctoritatis ſenectutem, heri Severus conſtantiſſimus principum excluſit?* & nota quod ait, *cogunt matrimonium contrahi: cogunt liberos ſuſcipi*: quoniam hoc maxime facit ad intelligendam *l.* 21. *ff. de rit. nupt.* cujus inſcriptio etiam eſt ad legem Juliam & Papiam, & ait, *non cogitur filiusfamilias uxorem ducere*, non cogitur ſcilicet legibus Juliis, aut Papiis, quoniam iis legibus ad uxorem ducendam, liberoſque procreandos coacti, & compulſi ſunt tantum patresfamilias, qui ſuæ familiæ principes eſſent, non etiam filiifamilias, qui in aliena poteſtate, & familia eſſent, qui nondum haberent ſuam familiam propriam. Ætas autem, qua lex Papia liberos exigebat, fuit in mare viginti quinque annorum, in femina viginti. Ulpianus *libro regul. tit.* 16. *Aliquando*, inquit, *vir & uxor ſolidum inter ſe capere poſſunt, veluti ſi uterque, aut alteruter nondum ejus ætatis ſunt, qua lex*, id eſt Papia, *liberos exi-*

git;

git; sic est in originali, id est, ut subjicit, si vir sit minor vigintiquinque annorum, & femina minor annonorum viginti, id est, qui hac ætate matrimonio conjuncti non susceperunt liberos, incidunt in pœnas orbitatis; & illam quoque ætatem vigintiquinque annorum notavit Hermias *Ecclesiast. hist.* 1, *cap.* 9. Sed hanc ætatis præscriptionem, hoc legis Papiæ caput, ut dixi ante, Severus exclusit. Deinde vero Constantinus Imperator prorsus sustulit pœnas cœlibatus, & orbitatis, *l.1. inf. de infir. pœn.cœlib. & orbit.* Ubi sunt suaves, qui orbitatem interpretantur, carentiam uxoris, sive viduitatem, cum sit ἀπαιδία, non ἀγαμία, cœlibatus est ἀγαμία. Et pœnas dicit cœlibatus, vel orbitatis, ut Domitius Ulpianus supradicto loco, Tacitus 3. Annal. & *l.si is qui heres, D.de vulg.subst.* Cujus inscriptio etiam est ad legem Juliam & Papiam: Nam ita puniuntur cœlibes, ut nihil omnino capiant ex testamentis extraneorum, non legata, non hereditates, quæ solvendo sunt, *la ou il y a dequoy*. Nam legata, hereditates, quæ solvendo non sunt, capere non prohibentur: quia lex Papia voluit minuere commoda eorum, non incommoda, non onera *l.si quis solidum, D.de hered.instit.* Cujus inscriptio etiam est ad eandem legem Papiam, & ita vero puniuntur cœlibes, nisi post mortem testatoris legi Papiæ paruerint, id est, nisi intra dies centum contraxerint veras, non simulatas nuptias: Nam simulatæ non sufficiunt: & ita ex inscriptione etiam *lex simulatæ, de rit. nupt.* est referenda ad legem Papiam: nec quod eadem lex jussit, ut intra dies centum nuptias faceret, relictum est sine interpretatione: propterea quod, ut articulus *usque*, ita articulus *intra* est ambiguus: quandoquidem ambigitur, utrum includat, an excludat: sed hoc facta interpretatione ad eandem legem Papiam declarat *lex si quis sic dixerit, ff. de verb. signif.* Ut hoc sermone, intra dies centum, etiam ipse dies centesimus comprehendatur, ut vox intra includat, non excludat. Dixi cœlibes, nisi hoc ita fecerint, nihil posse capere ex testamentis extraneorum: Nam a propinquorum bonis non repellebantur, ut Hermias scribit eodem loco. In quo vertendo perperam Epiphanius interpres omisit negationem contra fidem Græci exemplaris, & scripsit, *cœlibes ad alia bona, quam propinquorum admitti*; cum lex dixerit, eos non admitti ad alia bona, quam propinquorum. Orbi autem ex lege Papia, eorum, quæ relinquuntur, semisse mulctantur, id est, semis relictorum caducus fit. Hermias in supradicto loco, νόμος ἦν τοὺς ἄπαιδας ζημιοῦν τῷ ἡμίσει τῶν καταλελειμμένων: id est, *lex orbos relictorum mulctat dimidia parte*. Et ita D. Ambrosius *Lucæ 3. cap. Erat*, inquit, *deforme liberos non habere, quod etiam legum civilium fuit auctoritate mulctatum*. Unde ad eas leges, quæ loquuntur de iis, qui partem tantum capere possunt ex testamento, id est, dimidiam (nam cum partem dicimus simpliciter, intelligimus dimidiam) ex alienis testamentis maxime, quæ sunt inscriptæ ad legem Juliam & Papiam, ut *l.42. & 55. §.ult. D. de leg.2.* ad eas conveniens exemplum apponi potest de orbis, sive de iis, qui sunt improles, ut veteres loquuntur, simul & ad eas, qui sunt inscriptæ ad easdem leges, & loquuntur de modo capiendi lege concesso, vel de statuta legi portione, id est, legi Papiæ, *l.sed si hoc specialiter, ff.de condit. & demonstr. l. quoties, ff. ad leg.Falcid.* Unde emendanda est proculdubio *lex quod conditionis, §.1.D.de mort.caus.donat.* Ubi habent etiam Florentini, *modo legati concesso*, cum, ut in supradictis legibus sit scribendum, *modo legi concesso*, id est, legi Papiæ, de qua est etiam inscriptio illius legis. Fuerunt hæ pœnæ tum cœlibatus, tum orbitatis veteribus Romanis in commendatione; prima quasi fundamenta Reipublicæ, ut intelligere licet ex Panegyrico dicto Maximiano & Constantino in illo loco: *leges eæ, quæ mulcta cœlibes notavere, parentes præmiis honorarunt, vere dicuntur esse fundamenta Reipublicæ, quia seminarium juventutis, & quasi fontem humani corporis semper Romanis exercitibus ministrarunt*: Sed ut dixi in *d.l.1.* Constantinus eas pœnas omnino sustulit, motus rationibus, quas refert Eusebius *4. de vita Constantini*: quod non sit æquum puniri eos, qui nihil dolo malo deliquerunt; sed qui vel vitio, & imbecillitate naturæ operam liberis dare non possunt, liberos procreare non possunt, quod præstat, inquit, ἐλεεῖσθαι, ἀλλ' οὐ τιμωρεῖσθαι, qui sunt miseratione potius, quam pœna digni. Vel etiam qui studio religionis, & castitatis, abhorrentes a contactu feminarum, se dant; vel ut Tertullianus loquitur, se adsignant spadonatui, quos etiam præstat, ut ait, ὑπερθαυμάζειν, ἀλλ' οὐ κολάζειν, qui sunt admiratione potius digni, quam pœna: & hæc retuli, ut ostenderem, quod ait Justinianus initio hujus Constitutionis: *Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit*: ut ostenderem id referri debere ad Severum & Constantinum; non ad leges, quas Accursius adducit, quæ sunt Justiniani ipsius, non anteriorum principum. Et hoc demonstrato, addit Justinianus etiam pleraque capita legis Papiæ per insuetudinem fuisse abolita, quo genere leges abrogantur, non minus quam decreto, jussoque populi, *l. de quibus, in fi. ff.de legib.* Non decreto tantum, jussoque, sed etiam tacito, illiteratoque consensu populi. Denique legum jussa, tacito consensu populi obliterari. Addit præterea Justinianus, ut magis atque magis ostendat paulatim fuisse imminutam potestatem legis Papiæ: atque adeo fuisse sibi causam ejus tollendæ penitus, jus caducorum, & adeo legem Papiam caducariam displicuisse Jurisconf. ut interpretationibus suis, quoad ejus fieri potest, semper caduca coerceant, ut in causis odiosis plerunque versari solent, ut eas impugnent scilicet, & conterant potius, quam adjuvent interpretatione. Idque apparet primum ex *l.intercidit ff. de condit. & demonst.* quæ lex docet legatum fieri caducum, non tantum quod relictum est pure, sed etiam quod relictum est sub conditione, si legatarius decesserit ante apertas tabulas, vel antequam conditio legati extiterit: deinde docet, non idem esse, si legatarius peregrinus factus fuerit post mortem testatoris: Nam hoc casu purum quidem legatum caducum fit, at conditionale non fit caducum: quia potest restitui in civitatem Romanam adhuc pendente conditione. Spes restitutionis excludit fiscum: cum tamen alias ad spem restitutionis non soleant animum attendere juris auctores, ut §. *cum autem, Instit. quib. mod. jus patr. potest. sol.* cum ait, *Deportatione patris, vel filii non suspendi patriam potestatem, sed amitti penitus, nec in considerationem venire spem restitutionis*. Sed in considerationem venit in *d.l. intercidit* odium caducorum. Idem apparet ex *l. quæro, D. de verb. signific.* quæ lex ostendit, non videri orbam esse eam mulierem, quæ partum edidit monstrosum, vel prodigiosum: ne quod fato contingit, ei injungat multam orbitatis: & ut nihil imputetur mulieri, quæ qualiter qualiter legi Papiæ obtemperavit, cum tamen alias, id est, in aliis partibus juris, non videatur peperisse, quæ monstrum edidit, aut prodigium, aut portentum, *l.non sunt liberi, D. de stat. hom.* eadem ratione licet princeps teneatur lege Falcidia, cui quid legatum est, & aliis plerisque legibus, solutus tamen est lege Papia caducaria, *l. princeps, D. de legib.* Princeps solutus est legibus, non omnibus, sed caducariis, secundum inscriptionem: hoc etiam ostendit *l. quod principi, D.de leg.* 2. quod apparet etiam magis ex specie *l. ult. in fine, D. de his, quæ ut indign. aufer.* Sed primum sciendum, legatum relictum incapaci esse pro non scripto, & quod est pro non scripto, remanere apud heredem, nec fieri caducum: hoc ita semper obtinuit. Item sciendum, legatum, quod deficit vivo testatore mortuo legatario, esse in causa caduci, & pertinere ad fiscum. Nunc finge, utrumque intervenisse, id est, & relictum esse legatum incapaci, & legatarium decessisse vivo testatore, quid fiet? utrum fiscus admittetur, quasi legatum sit in causa caduci: an heres, quasi legatum sit pro non scripto: & lex heredem præfert fisco, juxta legem *non puto, D. de jur. fisc.* non puto eum delinquere, id est, non puto eum ineleganter dicere, qui in dubiis causis respondet contra fis-

cum

cum: nam ut eleganter ait optimus Conſtantinus *l.2. C. Theod. de advocat. fiſci. Potior eſt apud me privatorum cauſa, quam fiſci tutela*, & ita de Marco Philoſopho Capitolinus ſcribit, eum judicantem nunquam faviſſe fiſco ſuo in cauſis compendii, quem imitatus eſt etiam Antoninus in ſpecie *l. Paula*, §. 1. *ff. de legat.* 3. Imitatus eſt bonum principem, *ſub quo*, ut ait Plinius in Panegyrico, *fiſci ſæpe mala cauſa eſt*: & hoc idem ſtuduiſſe, ſcilicet juris auctores coercendis caducis demonſtrat *lex Divi*, §. *ult. ff. de jur. codicil.* Sciendum eſt, legatum relictum mortuo, eſſe pro non ſcripto: ergo remanere apud heredes. Repetendum etiam illud, quod diximus ante, legatum eſſe in cauſa caduci, quod deficit mortuo legatario, relicto teſtatore ſuperſtite: nunc finge: Ego in codicillis mortuo aliquid legavi, quem exiſtimabam vivere poſt factum teſtamentum, qui vixerat tempore teſtamenti, quia mortuo legavi, videtur eſſe pro non ſcripto, ſed quia vixit tempore teſtamenti, & ſcripta in codicillis, maxime teſtamento confirmatis, intelliguntur ſcripta in teſtamento, & ex teſtamento vires accipiunt ſecundum regulam *l.2.* §.1.*ff. eod. tit.* Ideo videor legaſſe vivo, qui poſtea mortuus ſit ſuperſtite teſtatore: ex eo ſequitur, legatum eſſe in cauſa caduci: unde oritur lis inter heredem, & fiſcum, ſed lis datur in dubia cauſa ſtatim ſecundum heredem, excluſo fiſco, *d. l. Divi*, §. *ult.* Id etiam oſtendam, tantum alia propoſita ſpecie, ut ita conſtet multis exemplis quam verum ſit, juris auctores omni conatu, omnique via imminuiſſe jus caducorum, ex *l. 2. D. de aur. & arg. leg.* Cujus ſpecies hæc eſt: legavi uxori, quæ ejus cauſa empta parata eſſent, qui antea mandaveram Titio, ut emeret ornamenta quædam in uſum uxoris: deinde me vivo mortua eſt uxor, atque ita legatum videtur eſſe in cauſa caduci: & poſt mortem uxoris Titius emit, quod emere juſſerat eum teſtator. Quæritur, an id quoque ſit in cauſa caduci? & ait non delinquere, non ineleganter dicere eum, qui non admittit fiſcum ad id, quod fuit emptum poſt mortem uxoris, quod non videatur ejus cauſa emptum, quod emptum eſt poſt mortem ejus. Igitur fiſcus tantum admittetur ad cetera, quæ uxoris cauſa empta erant antequam moreretur. Poſtremo docet Juſtinianus, non tantum anteriores Principes, non tantum juriſperitos quantum potuere imminuiſſe caduca, ſed & ipſos teſtatores id ſollicite plerumque agere, ſuadentibus ſcilicet Juriſperitis, & dictantibus (neque enim ſolebant teſtamenta fieri ſine juriſperito) ne caduca fierent, facere ſubſtitutiones. Quid hoc eſt? quaſi ſubſtitutiones inventæ ſint poſt caduca ad ea tollenda: ſubſtitutiones ſunt antiquiores caducis, nempe ex XII. Tabul. ex illa lege *Paterf. uti legaſſit, &c.* Sed ſignificat teſtatores repellendi fiſci cauſa pluribus heredibus inſtitutis ipſos ſubſtituiſſe invicem, vel uni ſubſtituiſſe omnes coheredes: vel unum omnibus, ut in *l. 5. de vulg. ſubſt.* ne locus pateret fiſco, id eſt, ut ſubſtitutus excluderet fiſcum, maxime facta reciproca ſubſtitutione, ut dixi, nullique heredi non dato ſubſtituto coherede ſuo, vel coheredibus ſuis: ut non abs re in *l. miles*, §. *ult. ff. de leg.* 2. ponatur, heredi datos ſubſtitutos coheredes, non alios. Unde ita concludamus, hodie Juſtinianum, poſteaquam docuit anteriores principes ſatis egiſſe, ut aboleretur lex Papia, & jureconſultos quoque, ac teſtatores ipſos imbutos a JC. idem ſollicitius egiſſe, ne caduca fierent, ut paulatim jus decreſcit, quod diu invaluit, tandem cenſuit ipſe, penitus eſſe abolendam legem Papiam caducariam, & retinendam tantum (quod notandum) l. Juliam caducariam, quæ ſcilicet ultimum tantum locum dat fiſco, videlicet ſi nemo ſit, qui ad hereditatem, vel legatum, vel fideicommiſſum pervenire poſſit, neque ſcriptus heres, neque legitimus, aut bonor. poſſeſſor, neque conjux: vel ſi ſit quidem, ſed omittat delatam hereditatem, legatumve: ut iis omnibus demum deficientibus, veniat ultimo loco fiſcus, vel populus, ut olim, velut parens omnium (ut ait Cornelius Tacitus) ad bona vacantia, Strabo 17. *ἀδέσποτα πίπτειν εἰς Καίσαρα, vacantia cadere in Cæſarem,*

A quod eſſe ex lege Julia caducaria ſcribit Ulpian. *libro regul. tit. de poſſ. dandis, & l. quidam*, §. *quoties, ff. de legat.* 1. unde in *l. ergo*, §. *eadem, ff. de fid. libert.* ego jam olim probavi, & vero vici in illo loco, ſi bona vacantia delata ſint *caducis legionibus*, eſſe ſcribendum, *caducis legibus*, vel *caducariis legibus*, quales ſunt Juliæ leges, quæ plurativo numero dicuntur *Juliæ leges*: & a Tacito *Juliæ rogationes*, quod multa contineant capita: licet una tantum fuerit lex, ut ſingula capita legum non male appellantur leges, ſicut leges Papiæ dicuntur eadem ratione, quamvis una fuerit lex. Et hanc legem Juliam caducariam, quæ ultimum locum reſervat fiſco, hanc, inquam, ſolam ſe ait retinere Juſtinianus in §. *cum autem*, & §. *ult. h. legis*: abolita tantum lege Papia caducaria. Atque ita gloriatur Juſtinianus, ſe fiſco ſuo non parcere, non favere in compendii, & lucri cauſis: exemplo D. Marci & Antonini bonorum principum, cum fiſco tantum det ultimum locum. Et hæc uſque ad §. *& cum lege Papia*.

Ad §. Cum igitur materiam, *& exordium caducorum lex Papia ab aditionibus, quæ circa defunctorum hereditates procedebant ſumpſit, & ideo non a morte teſtatoris, ſed ab apertura tabularum dies cedere legatorum Senatuſconſulta, quæ circa legem Papiam introducta ſunt, cenſuerunt, ut quod in medio deficiat, hoc caducum fiat; primum hoc corrigentes, & antiquum ſtatum renovantes, ſancimus, omnes habere licentiam a morte teſtatoris adire hereditatem ſimilique modo legatorum, vel fideicommiſſorum pure, vel in diem certam relictorum diem a morte teſtatoris cedere.*

C SEquitur in §. *cum igitur*, legem Papiam caducorum materiam, & originem ſumpſiſſe ex aditione hereditatis teſtatoris, quam ex parte heredes ſcripti nolunt adire ante apertas tabulas teſtamenti: ut quidquid medio tempore deficeret, puta ſi ante apertas tabulas is, cui quid teſtamento relictum eſt, capere non poſſet, id omne caducum fieret: cum tamen jure antiquo etiam ex parte heres ſcriptus adire hereditatem poſſet ſtatim a morte teſtatoris, etiam clauſis tabulis teſtamenti. Et ſimiliter lex Papia noluit legatorum pure, vel in diem certum relictorum diem cedere a tempore mortis teſtatoris, quod tamen jure antiquo obtinuit, ſed voluit, diem eorum legatorum cedere ex apertis tabulis teſtamenti. Et ita Ulpian. *lib. Reg. tit. de legat. legatorum*, inquit, *quæ pure, vel in diem relicta ſunt*: quo modo loquitur etiam Juſtinianus in hoc §. *antiquo quidem jure dies cedit ex tempore mortis teſtatoris: per legem autem Papiam Popœam*, inquit, *ex apertis tabulis teſtamenti*, id eſt, ab eo demum die, quo apertæ ſunt tabulæ teſtamenti, & palam recitatæ: ſi moriantur legatarii, legata tranſmittunt ad heredes ſuos: non ſi ante eum diem moriantur: nam cedere diem legati, eſt competere legatum: *competere*, eſt compotem fieri legati, ut Apul. *lib. 9. Metam. dies me maximi voti competeret*, dies aperturæ tabularum legatarium legati competit, id eſt, compotem facit, ut id ipſe capere poſſit, vel tranſmittere ad heredem ſuum. Cui competit legatum, quive ejus compos factus eſt, tranſmittit legatum, *l. 3. ſup. qui admit. ad bonor. poſſeſſ. poſſ.* licet nondum adquiſierit, nondum fuerit conſecutus legatum, *l. 3. inf. quando dies leg. ced.* Cum compos quiſque ſit ejus, quo potiri poteſt, licet nondum potitus ſit. Denique competit mihi, quod conſequi poſſum, licet nondum conſecutus ſim: & effectus iſtius rei, quod quid nobis competere cœperit, eſt tranſmiſſio in heredem. Et recte Theophilitzes definit, ceſſionem eſſe legatorum, quæ nondum percepta ſunt, in heredes tranſmiſſionem: definit ab effectu ceſſionem. Aliud eſt igitur competere legatum, cedereve diem legati, aliud adquiri legatum: itemque aliud deferri legatum. Competunt legata, ceditve dies legatorum jure antiquo a morte teſtatoris, jure novo, id eſt, ex caducariis legibus, ab apertis tabulis. Et effectus ceſſionis tranſmiſſio eſt. Deferuntur autem legata, ſive pertinent: nam & pertinere proprie dicitur, quod delatum eſt, *l. ſi ita ſcriptum*, §. 1. *ff. de legat.*

legat. 2. *l.* 14. *ff. de liber. & postum.* deferuntur, inquam, legata, sive pertinent a die aditæ hereditatis: & delationis effectus hic est: ut exinde peti, vel repudiari possint, *l.* 1. §. *decretalis*, *ff. de success. edic.* Nam ante delationem frustra agnoscuntur, vel repudiantur. Adquiruntur autem legata agnitione legatarii, & præstatione heredis: Nam ut omnia legata relinquuntur ab herede, quod est certissimum: & ut omnia legata ab herede peti possunt actione in personam, cujuscunque generis sint, sive formulæ, aut modi: cujus quidem actionis in personam formula hæc est: *dare*, vel *facere*, vel *præstare oportere*: & *præstare*, quod est ultimum, generale nomen est, quod ambitu suo complectitur duo priora verba, ut solent auctores, ubi posuerunt species, subjicere genus: ubi posuere specialia verba quædam, subjicere generale verbum: ita etiam omnia legata præstantur ab herede: & præstare non est dare, aut facere simpliciter, sed aliud quoddam, quod jam puto me dixisse, quod leges, & formulæ antiquæ demonstrant, in quibus hæc tria verba feruntur eodem gressu, *dare*, *facere*, *præstare*, *l. qui libertinus*, *ff. de oper. liber. l.* 3. *ff. de oblig. & act.* Quod si legatarii moriantur ante apertas tabulas, ex lege Papia legata non transmittunt ad heredes suos, sed caduca fiunt, quod ut ait Justinianus in hoc §. *Senatusconsulta facta circa legem Papiam censuerunt* (scribendum *concesserunt*) de quo etiam in ora liberi nos admonuit dominus Contius, ne si legas *Senatusconsulta censuerunt*, ut legatorum dies cedat ex apertis tabulis, hoc non videatur effecisse lex Papia, sed Senatusconsulta facta circa legem Papiam, quod tamen falsum est, ut locus supra relatus ex Ulpiano ostendit, per legem Papiam diem legatorum cedere ex apertis tabulis, ut quæ deficerent, medio tempore, cederent lucro fisci. Ergo rectius *concesserunt Senatusconsulta*, ut etiam fere omnes libri antiqui habent, non *censuerunt*. Ideoque & post illa verba, (*sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum*) est ponenda subdistinctio, *qua vous appellez une virgule*, ut sequatur, *Senatusconsulta*, *&c.* Sunt autem facta plura Senatusconsulta circa legem Papiam Popœam, vel interpretandæ, vel ampliandæ legis gratia, aut quæstionum dirimendarum, quæ oriebantur ex dispositione illius legis: unum proponitur in *l. senatus*, *ff. de donat. caus. mort.* quæ est etiam ex libris ad legem Juliam & Papiam, ut scilicet cœlibes, & orbi, quos lex Papia censuit esse incapaces legatorum, sint etiam incapaces fideicommissorum, & donationum causa mortis. Qua de causa in *l. & fideicommissorum*, *de legat.* 3. quæ est etiam ad easdem leges, dicitur legati appellatione, in lege Papia scilicet, contineri etiam fideicommissum, & donationem causa mortis, videlicet in illo capite legis Papiæ, quo certæ personæ ex testamento capere prohibentur, ut declarat *d. lex Senatus*. Neque enim idem dici potest de alio capite legis Papiæ, ex quo dies legati cedit ab apertis tabulis: neque enim legati nomen in eo capite producemus ad donationem mortis causa, vel fideicommissum, quia deficit Senatusconf. vel constitutio, quæ hoc produxerit, & odiosas leges sine legibus ampliare non possumus, aut debemus. Et vero certum est ex *l. ult. ff. de donati. causa mortis*: donationes causa mortis cedere a morte testatoris, nec expectare aperturam tabularum. Ergo & idem vere dici potest de fideicommissis, ut & post legem Papiam fideicommissa cedant a morte testatoris: quia lex Papia de legatis tantum loquitur, quæ odiosa est lex: & odiosæ leges non sunt adjuvandæ interpretatione, ut in *l. cum quidam*, *ff. de liber. & postum.* contra favorabiles sunt adjuvandæ interpretatione, *l. hoc modo*, *ff. de cond. & demon.* Aliud Senatusconf. quod factum est etiam circa legem Papiam, ponitur in *l. idque & in legato*, *ff. de hered. instit.* Si ita legatum sit, *Titio, & Sejo, utrive eorum vivet, heres meus dare illam rem damnas esto*: Altero mortuo ante apertas tabulas, is, qui supererit, totum legatum obtinebit, nec pars deficiens caduca fiet: quia tacite invicem substituti videntur, & substitutio præfertur caduco, non tantum expressa, ut

A heri dixi, sed & tacita ex Senatusconsul. de quo in *d. l. idque & in legato*: quæ est coaptanda cum præcedentibus: & non tantum directa substitutio præfertur caduco, sed etiam precaria, cui solebat injici ea conditio: *si sine liberis decesserit*, quæ frequenter occurrit in libris nostris: cur vero? nisi ne orbitatis causa bona venirent ad fiscum ulla ex parte, sed ad substitutum potius pertinerent directis, aut precariis verbis. Est etiam aliud Senatusconsultum in *l. Julianus*, *D. de legat.* 2. quod pertinere ad legem Papiam etiam ejus legis inscriptio demonstrat: & sententia Senatusconsulti illo loco relati hæc est; ut fideicommissum relictum a legatario, moriente fideicommissario ante diem fideicommissi cedentem, non pertineat ad heredem scriptum: nec si sit ex liberis, vel parentibus, ut ibi proponitur, qui jus antiB quum habent, sed remaneat apud legatarium, a quo relictum est, ut potior sit causa ejus, cujus fides electa est, vacuefacto fideicommisso. Caducum etiam fideicommissum constat non fieri: quia lex Papia (quod maxime notandum) voluit minuere commoda heredum, non legatariorum: res legi fuit cum heredibus, ut scilicet quod alioqui apud eos remaneret, potius cederet fisco, locupletandi ærarii gratia, & hoc idem, quod proponitur in *d. l. Julianus*, comprobat *l.* 17. *eod. tit. & l. pater*, *ff. de leg.* 3. & *lex in fraudem*, §. 1. *ff. de iis quæ ut indig. aufer.* hæc tantum tria Senatusconsulta invenio, quæ facta fuerint circa legem Papiam: & secundo quidem, ac tertio etiam hodie utemur: non etiam primo, non etiam eo, vel eis, quæ concesserunt, ut jussit lex Papia, diem legatorum cedere demum ex apertis tabulis testamenti. C Nam ex hac constitutione Justiniani, quæ proponitur *in hoc §. cum igitur*, jus antiquum valet, quo cuilibet heredi permittitur adire hereditatem statim a morte testatoris, etiam clausis tabulis testamenti, & quo etiam dies legatorum, aut fideicommissorum, pure, vel in diem certum relictorum, cedit statim a morte testatoris, ut transmitti possint in heredes, & si nondum sint apertæ tabulæ testamenti, nondum omnibus palam innotuerit quidquam eorum, quæ relicta sunt. Excipiuntur tamen legata quædam, quorum dies cedit ab aditione hereditatis, de quibus tractabitur *infra* in §. *libertatibus*, eorum autem legatorum, quæ sub conditione relicta sunt, vel in diem incertum, dies cedit cum conditio extiterit, quod semper obtinuit: pura legata, vel in diem certum relicta alium diem habent, D quo cedant jure antiquo: alium jure novo: Sed Justinianus restituit jus antiquum: ex quo sequitur, regulam Catonianam, quæ spectat tempus mortis testatoris, pertinere ad jus antiquum, quo dies puri legati cedit a morte testatoris: dum Cato ita constituit, legatum, quod inutile foret, si eo ipso tempore mortuus fuisset testator, quo testamentum fecit, in ipso articulo, ex post facto non convalescere, notat tempus mortis testatoris, id est, diem cessionis legati, secundum jus antiquum: & hoc est, quod dico, regulam Catonianam pertinere ad jus antiquum: non autem ad jus novum, id est, ad legem Juliam & Papiam, qua dies legati puri non cedit a morte testatoris, sed ab apertura tabularum: quod tempus aperturæ tabularum, cum non notet, nec observet regula Catoniana, sequitur eam non pertineE re ad legem Juliam & Papiam: & hoc est, quod ait *lex ult. de regula Caton.* quam nostri nunquam interpretari potuerunt, regulam Catonianam non pertinere *ad novas leges*, id est, Juliam & Papiam, sed pertinere ad jus antiquum, ut conceptio illius declarat. Et hoc etiam belle confirmat *lex* 42. *ff. de hered. instit.* quæ pertinet ad leges novas Juliam & Papiam. Sciendum est eum, qui non est solvendo, in fraudem creditorum non posse servos manumittere in testamento, si manumiserit, ipso jure nullam esse libertatem ex lege Ælia Sentia, quæ tamen ei permittit, qui solvendo non est, unum tantum servum ex suis liberum, & heredem scribere, ut ejus servuli nomine potius, quam a defuncti creditoribus bona distrahantur, & veneant; quod erat ignominio-

sum

ſum ei, cujus nomine diſtractio fiebat. Quod ſi teſtator, qui ſolvendo non eſt, duos, vel plures ſervos liberos, & heredes faciat, is tantum erit liber, & heres, qui prior ſcriptus, vel nuncupatus fuerit: hoc cognito, finge non apparere, duobus inſtitutis ſervis heredibus, uter ſit prior, uter poſterior: quoniam ſcripſit hoc modo: *duos Apollonios ſervos meos liberos, & heredes eſſe jubeo:* duo ſervi erant ejus nominis: quid fiet? ſtatim ab initio utriuſque inſtitutio, & manumiſſio nulla eſt: quia non apparet, quis ſit prior, & unius tantum manumiſſio permiſſa eſt. Verum ſi alter ex iis Apolloniis mortuus ſit ante apertas tabulas, quæ verba pertinent ad novas leges, convaleſcit inſtitutio ſuperſtitis: Atque ita eo caſu ceſſat regula Catoniana, quæ paucis hoc vult: ea, quæ ab initio non valent, ex poſt facto non convaleſcere: & pertinet tam ad hereditates, quam ad legata, ſed refertur tantum ad jus antiquum, non ad legem Juliam & Papiam, quæ leges quamdiu valuerunt, ceſſavit regula Catoniana, ut apparet ex *l.42. ff. de hered. inſtit.*

Ad §. Et cum triplici modo *ea, quæ in ultimis elogiis relinquuntur contingebat deficere: conſentaneum eſt & tempora eorum, & nomina manifeſte exponere: ut quod vel tollitur, vel reformatur, non ſit incognitum: ea etenim, vel iis relinquebantur, qui in rerum natura tunc temporis, cum condebantur ultima elogia, non fuerant, forte hoc ignorantibus teſtatoribus; & ea* pro non ſcriptis *eſſe leges exiſtimabant. Vel vivo teſtatore is, qui aliquid ex teſtamento habuit, poſt teſtamentum ab hac luce ſubtrahebatur: vel ipſum relictum expirabat, forte quadam conditione, ſub qua relictum fuerat, deficiente: quod veteres appellabant* in cauſa caduci. *Vel mortuo jam teſtatore hoc, quod relictum erat, deficiebat, quod aperta voce* caducum *nuncupabatur.*

DOcuit Juſtinianus initio hujus legis, cur materiam caducorum, quam lex Papia introduxit, tollendam eſſe duxerit, reſtituto jure antiquo omnibus heredibus inſtitutis, quod lex Papia conſervabat ſolis liberis, & parentibus uſque ad tertium gradum: & materiam ipſam caducorum ſtatim, cauſamque, & fundamentum eorum ſuſtulit *in §. cum igitur*, quem heri expoſui, ne deinceps caderent in fiſcum, quæ relicta teſtamento, vel codicillis aliqua ex cauſa expirarent, & deficerent. Et nunc in *§. & cum triplici*, ea, quæ deficiunt ex temporibus, quibus deficiunt, trifariam diſpertitur: vel enim deficiunt ſtatim initio teſtamenti, vel poſt factum teſtamentum vivo teſtatore, vel poſt mortem teſtatoris. Ea quoque nominibus ita diſtinguit, ſecutus veteres leges: ut quæ deficiunt ab initio, *pro non ſcriptis* eſſe dicat: quæ poſt teſtamentum vivo teſtatore, *in cauſa eſſe caduci:* quæ poſt mortem teſtatoris, directo nomine *eſſe caduca:* etiam eadem diſtinguit & ſeparat ex jure, quod proprie in quoque genere ſervatur. Denique ea, quæ deficiunt diſtinguit & ſeparat ex tempore, quo deficiunt, & ex nomine, jureque vario. Primum igitur dicamus de iis, quæ pro non ſcriptis ſunt, id eſt, quæ perinde habentur, atque ſi ſcripta & inſerta teſtamento non eſſent, quæ & inutilia dicuntur, nullius eſſe momenti: hujus generis ſunt, quæ jam mortuo forte ignorans teſtator reliquit, in *l. pen. D. de iis quæ pro non ſcriptis habent. l. 2. paulo poſt princ. l. divi, §. ult. l. quidam, §. 1. ff. de jure codicil. l. quo loco, in fi. D. de hered. inſtit.* & in hoc *§. qui in rerum natura non fuerant*, id eſt, qui jam mortui fuerant, iis quod relinquitur ſit pro non ſcripto: nam & qui nondum nati, vel concepti ſunt, non ſunt in rerum natura. Sed non tamen omnia, quæ iis relinquuntur pro non ſcriptis habentur, *l. placet, D. de liber. & poſt. l. 2. in princ. D. de jure cod. l. 6. §. ult. D. de reb. dub.* Item quod quis relinquit iis, qui capti ſunt ab hoſtibus, pro non ſcripto eſt, ſi ibi moriantur, nec poſtliminio redeant, *d. l. pen. & l. ſi ſervo meo, §. 1. ff. de leg. 1.* quia eo ipſo tempore, quo capti ſunt, mortui intelliguntur, id eſt, mors, quæ ſecuta eſt, jungitur captivitati, vel primo momento captivitatis, *l. juſto, in fi. D. de uſurp. & uſuc.*

Item pro non ſcripto eſt, quod quis dictante teſtatore ſibi adſcribit ex Senatuſconſulto Liboniano, ſive hereditatem adſcribat, ſive legatum, & ex alio quoque Senatuſconſulto omnis ſcriptura captatoria pro non ſcripta eſt, id eſt, quod quis alii reliquit in hamo, hamata ſcriptura, ut ab eo, cui quid relinquit, eliciat tantumdem, vel amplius, veluti hoc modo: *Quantum mihi Lucius Titius legaverit, tantum illi heres meus dato*, legatum eſt captatorium, & ideo ex Senatuſconſulto habetur pro non ſcripto, *l. 1. D. de his quæ pro non ſcript. hab.* Item quod relinquitur peregrino, *a un aubain*, qui non eſt civis Romanus, veluti deportato, pro non ſcripto eſt, *l. 1. ſup. de hered. inſtit.* Et multo magis, quod relinquitur damnato in metallum, qui fit ſervus pœnæ, excepta tamen in utroque cauſa alimentorum: nam hujus legati incapaces non ſunt, *l. 3. de his quæ pro non ſcriptis hab. l. 16. D. de interd. & releg.* Damnatus in metallum eſt ſervus pœnæ, id eſt, ſervus ſine domino: ideoque quod ei relinquitur pro nullo eſt, pro non ſcripto; quia non habet dominum, ex cujus perſona ſit cum eo teſtamenti factio. At ſi ſit ſervus fiſci, vel Cæſaris, vel privati, ſi modo cum domino ejus ſit teſtamenti factio, legatum, quod ei relinquitur, utile eſt, & per eum domino adquiritur. Et quæſo, videte quantum intervallum ſit interjectum inter peregrinitatem, & ſervitutem, & mortem naturalem, & inter genera ſervitutum: ſi legatarius ante apertas tabulas moriatur, vel ſi peregrinus factus ſit, ut ſi deportatus ſit, purum legatum caducum fit. Conditionale autem legatum, ſi legatarius peregrinus fiat antequam conditio extiterit, caducum non fit: quia civitatem Romanam recipere poteſt, nondum defecta conditione, *l. intercidit, D. de cond. & dem.* Atque ita hoc caſu peregrinitas morti non comparatur: quod evenit etiam in caſu *l. ex facto, §. ſi quis rogatus, D. ad Treb. & l. 7. ſed ſi mors, D. de donat. inter virum, & uxor.* Nec mirum, ſi tot caſibus peregrinitas, vel deportatio morti non comparetur: cum & non quælibet ſervitus utique ſemper morti comparetur, non ſervitus, quam quis ſervit privato, vel fiſco, vel Cæſari, ut *l. cum hic ſtatus, §. ſi donator, D. de donat. inter vir. & uxor.* Nam & ita ſi legatarius fiat ſervus fiſci, vel Cæſaris, vel privati hominis ante apertas tabulas, vel quocunque alio tempore, legatum neque caducum fit, neque in cauſa caduci, ſed novo domino adquiritur. Atque ita contingens ſervitus non comparatur morti naturali: ſed ſi contingat ſervitus pœnæ, quæ alium non agnoſcit dominum, quam cruciatum, & pœnam, & fodinam metalli: ſi, inquam, legatarius fiat ſervus pœnæ ante apertas tabulas, ſive purum ſit legatum, ſive conditionale, omnino caducum fiet. Nam hæc ſervitus pœnæ ea eſt, quæ per omnia morti comparatur ex lege Papia, *d. l. intercidit:* quæ eſt ſcripta ad legem Papiam, ſecundum quam etiam eſt accipienda *lex antepenult. de reg. jur.* cum ſit etiam ſcripta ad legem Papiam, dum ait, *ſervitutem mortalitati comparari*, in lege Papia ſcilicet: non quamlibet, ſic velim accipiatis, ſed ſervitutem pœnæ, veluti damnationem in metallum, vel ad gladium, vel ad beſtias: ſi quis fiat metallicus, vel beſtiarius, vel gladiatorius ex ſententia judicis hic nullius eſt ſervus, niſi pœnæ, & per omnia pro mortuo habetur: & licet *d. l. antepenult.* adjiciat temperamentum illud *fere*, non eo articulo ſignificat, aliquando ſervitutem pœnæ non comparari mortalitati, ſed eum, qui ſubit hanc ſervitutem, propemodum mori naturaliter. Nam mortalitatem non accipit pro commortali natura noſtra, ſed pro naturali morte cujuſque. Sed ut perſequar, quod eſt in *d. l. 3. ff. de his quæ pro non ſcript. habent.* nam eſt ſatis difficilis: lex addit, quod incredibile poſſet videri: non tantum ea, quæ ab initio inutilia ſunt pro non ſcriptis haberi, quod eſt certiſſimum, ſed etiam ea, quæ ab initio utilia ſunt, ſi poſtea in eam cauſam reciderint, a qua incipere non poterant: quaſi ſcilicet in ea ipſa cauſa retro fuiſſe fingantur tempore teſtamenti: exempli gratia. Si quis legaverit ſervo alieno: deinde ejus ſervi do-

minium acquisierit, legatum pro non scripto est, quia in eam causam recidit, a qua incipere non poterat. Et ut quod quis legat servo suo sine libertate, pro non scripto est: ita quod legat servo alieno, si is post testamentum suus effectus est. Idem est, si quis legaverit civi Romano, & post testamentum factum, is, cui legatur, peregrinus factus sit, puta per deportationem: vel servus pœnæ, puta per damnationem in metallum, vivo scilicet testatore: sic enim est *d. lex* 3. accipienda: ut in priore casu est manifestius de legato relicto servo alieno, qui postea factus sit suus vivo testatore. Sic etiam accipienda *lex in metallum*, *ff. de jur. fisc.* Nam si post mortem testatoris, ante apertas tabulas legatarius peregrinus fiat, aut servus pœnæ, legatum non est pro non scripto, sed per legem Papiam caducum fit. Objicies primo: imo in causa caduci est legatum, si vivo testatore legatarius peregrinus factus sit, aut servus pœnæ, id est, si deportatus sit, vel datus in metallum, nec est pro non scripto, ut dixi, sed in causa caduci, qui vivo testatore deficit: hoc ego negabo: quia ut apparet ex hoc §. id tantum legatum constituitur esse in causa caduci, quod vivo testatore deficit, mortuo legatario naturaliter, vel legati conditione defecta, ut est in hoc paragrapho, non etiam si legatarius peregrinus fiat, aut servus pœnæ. Sed his casibus legatum pro non scripto est, secundum jus antiquum, quod ii casus non sint comprehensi lege Papia. Rursus objicies, etiam pro non scripto esse legatum, quod deficit vivo testatore morte naturali legatarii, quod nos diximus esse in causa caduci, & vero ita est. Sed posset quis tentare esse pro non scripto, non in causa caduci, quia scilicet in eam causam venit, a qua incipere non potest: Nam legatum mortuo relictum in causa caduci non est, sed pro non scripto est. Ergo & relictum vivo, si is moriatur vivo testatore, secundum definitionem *d. l.* 3. ut etiam ea pro non scriptis habeantur, quæ in eam causam incidunt, a qua incipere non poterant. Et respondeo, ita quidem esse, ut dicis, jure antiquo. Sed hunc casum esse exceptum lege Papia ab eo, quod dicitur, ea, quæ in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis haberi: Nam & alio capite legis Papiæ, huic sententiæ derogatum est, hoc casu scilicet, si post mortem testatoris ante apertas tabulas legatarius moriatur, vel peregrinus factus sit, aut servus pœnæ: Nam ex lege Papia legatum caducum fit, quod jure antiquo haberetur pro non scripto, quia in eam causam recidit, a qua incipere non poterat. Igitur illa sententia, sive regula *leg.* 3. non est porrigenda ultra casus in ea lege comprehensos: quod maxime notandum: nam vitiatur casibus legis Papiæ. Imo & plerisque aliis casibus quæ in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, non ideo minus utilia sunt, ut in *§. ex contrario*, *Instit. de legat. l. si a filio*, *l. plane*, *§. inde dicitur*, *ff. de legat.* 1. *l. penult. §. ult. ff. de verb. oblig. l.* 3. *sup. de interd. matr.* ut in jure nulla sit debilior regula, sive sententia, id est, quæ tot patiatur vitia, ut ex ea, quæ ducitur argumentatio, periculosissima sit.

Ad §. In primo itaque ordine, *ubi* pro non scriptis *efficiebantur ea, quæ personis jam ante testamentum mortuis testator donasset: statutum fuerat, ut ea omnia bona manerent apud eos, a quibus fuerant derelicta: nisi vacuatis, vel substitutus suppositus, vel conjunctus fuerat aggregatus: tunc enim non deficiebant, sed ad illos perveniebant, nullo gravamine (nisi perraro) in hoc* pro non scripto *superveniente: quod & nostra majestas, quasi antiquæ benevolentiæ consentaneum, & naturali ratione subnixum, intactum, atque illibatum præcepit custodiri in omne ævum valiturum.*

Dixi quæ pro non scriptis habeantur, dicam breviter, ut finiam hunc articulum, quo jure ea censeantur, quæ pro non scriptis habentur: idem jus est hodie, quod fuit olim, quod fuit semper, ut quæ habentur pro non scriptis, non recidant in fiscum: Nec enim ad ea

A pertinent leges Papiæ caducariæ. Eleganter Plinius *lib.* 2. *Epistol. In codicillis*, inquit, *quæ pro non scriptis habentur, delatori locum non esse: sed quæ pro non scriptis sunt, pertinent ab substitutum*, ut ostenditur in §. sequenti, & in *l.* 2. *§.* 1. *ff. de iis quæ pro non scriptis habentur:* vel si non sit substitutus, pertinent ad conjunctum, id est, ad collegatarium, vel coheredem: & quomodo pertineant, & an semper pertineant ad conjunctum hoc in §. *in primo* Accursius præmature tractavit, cum sit differendum in partem, sive tractatum de conjunctis: quem Justinianus inferius nobis exhibet. Ergo satis habeamus dicere, ea, quæ habentur pro non scriptis, pertinere ad substitutum, vel conjunctum: vel si nullus sit, remanere apud heredem scriptum, vel legitimum, ut in *l.* 55. *sup. §. ult. ff. de legat.* 2. vel ne obstet *lex si*

B *quis eum*, *ff. de condit. & demonst. & lex pen. §. Scævola, D. de legat.* 2. quas objicit Accursius, utque apertius respondeamus ad eas leges, quam ille faciat: concedimus ea, quæ pro non scriptis habentur, deficiente substituto, vel conjuncto, remanere apud heredem, si ab herede relicta sint: alioquin apud legatarium remanere, a quo relicta sunt. Ut si a legitimo relictum sit fideicommissum, quod habeatur pro non scripto, æquius est, ut in eo retinendo (dico retinendo, non petendo) potior sit causa legatarii, cujus fides electa est, ut in supradictis legibus, quas objicit Accursius, & *l. si quis quos*, *de legat.* 2. Ergo remanent apud heredem, vel apud eum, a quo relicta sunt, quæ sunt pro non scriptis: & remanent quidem sine onere, ut definit in hoc §. *in primo*, ut si ab herede, cujus portio habetur pro

C non scripta, vel si a legatario, cui quid relictum est, habetur pro non scripto, relictum est, id ab eo alii legatum, aut fideicommissum, heres non præstat, apud quem remanet id, quod pro non scripto est: quia cum principale relictum pro non scripto sit; consequens est, ut & onus legati, vel fideicommissi ei injectum, pro non scripto sit, tanquam a nemine relictum. Itaque concludit merito Justinianus, quæ pro non scriptis habentur, apud heredem, vel apud legatarium, si ab eo relicta sint, ut dixi, retentionis jure remanere, deficiente substituto, vel conjuncto, & remanere sine onere. Sed addit Justinianus: *nisi perraro*, quod & apertius explicat in §. *hoc videlicet infra*: Nam aliquando apud eos remanet cum onere: & rectissime Accursius duos tantum casus notavit, non potest dari tertius: unus

D est ex *lege cum vero*, *§. si pro non scripto*, *D. de fideicommiss. lib.* Legatarius rogatus est servum suum manumittere, legatum pro non scripto est, & remanet apud heredem, cum onere tamen ejus servi redimendi, & manumittendi: hic nimirum favor exhibetur libertati. Alter casus est in *l. ult. D. de his quæ pro non script. hab.* ut legatum, quod quis sibi adscripsit, pro non scripto sit, & apud heredem resideat cum onere, quod est nominatim cautum, nec est alia quærenda ratio, nisi quod est nominatim cautum Senatusconsulto Liboniano, quod censuit, legata, quæ sibi testamentarii adscribunt, pro non scriptis esse, *l. filius*, *§. ult. D. ad leg. Cornel. de fals.* non addas tertium casum ex *l. civitatibus*, *§.* 1. *de legat.* 1. quæ male accipitur de iis, quæ pro non scriptis habentur: Species legis hæc est: quidam scripsit here-

E des Cajum & Sejum: & ita dixit: *Cajus & Sejus illi decem danto:* utrumque heredem oneravit nominatim; Sejus repudiavit hereditatem, adcrescet pars ejus Cajo, & Cajus illi præstabit totum legatum: quia, inquit, Sejus habetur pro non scripto: videtur ergo, quod remanet apud coheredem, quod non habeatur pro non scripto, remanere cum onere præstandi totius legati. Breviter sic respondeo: illo loco non hoc dicere Jurisconsultum, portionem Seii pro non scripta haberi, cum ei fuerit utiliter adscripta ab initio: Sed Sejum, qui repudiavit haberi pro non instituto, id est, perinde esse, ac si Cajus solus fuisset heres institutus: solus ergo præstabit totum legatum: hoc etiam ita explicat *l.* 16. *§.* 1. *de leg.* 1. Et hæc de iis, quæ pro non scriptis habentur.

Ad §.

Ad §. Pro secundo vero ordine, *in quo ea vertuntur, quæ* in causa caduci *fieri contingebant, vetus jus corrigentes sancimus, ea, quæ ita evenerint, simili quidem modo manere apud eos, a quibus sunt relicta, heredes forte, vel legatarios, vel alios, qui fideicommisso gravari possunt: nisi & hunc casum, vel substitutus, vel conjunctus eos antecedat. Sed omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam gravamen, quod ab initio fuerat complexum, omnimodo sentire: sive in dando sit constitutum, sive in quibusdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendæ gratia, vel alia quacunque via excogitatum. Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit.*

IN causa caduci dicuntur, quæ post factum testamentum vivo testatore deficiunt morte naturali heredis, vel legatarii, aut defectu conditionis. Et hæc quidem jure antiquo pro non scriptis erant, quod in eam causam pervenerant, a qua incipere non poterant juxta *l.3. D. de his, quæ pro non script. habent.* Lege autem Papia erant in causa caduci, id est obnoxia fisco: ex hac autem constitutione Justiniani pertinent ad substitutum excluso fisco, & restituto jure antiquo, vel si nullus substitutus sit, adcrescunt conjuncto, vel remanent apud heredem, vel quemlibet alium, a quo relicta sunt, id est, coheredem, vel collegatarium: substitutus præfertur conjuncto, *l. 2. §. si duo, D. de bon. poss. sec. tab.* quod hic venit ex tacita, ille, id est, substitutus, ex expressa voluntate defuncti. Et expressa voluntas facit cessare tacitam: Quod si nullus sit substitutus, vel conjunctus, ea, quæ in causa caduci sunt, remanent apud heredem, vel legatarium, vel alium quemlibet, a quo jure relicta sunt: conjunctus præfertur ei, a quo relicta sunt: nam substituto datur primus locus, conjuncto secundus, ei a quo relicta sunt, tertius. Igitur ea, quæ pro non scriptis habentur ab iis, quæ sunt in causa caduci hoc distant, quod illa remanent sine onere apud eos, a quibus relicta sunt: Quæ sunt in causa caduci, cum suis oneribus, ut in *hoc* §. nam & cum recidebant in fiscum ex l. Papia, in eum recidebant cum suis oneribus, *l. ex facto, §. ult. de condit. & demonst.* Aut quibus casibus non recidebant in fiscum, veluti liberis, aut parentibus heredibus institutis, vel usufructu legato (Nam ususfructus nunquam recidit in fiscum, nec caduci, nec veluti caduci jure) his, inquam, casibus remanebant apud eos, a quibus relicta erant, similiter cum suis oneribus, *l. si ab eo, de usufr. leg.* Et ita ad substitutum quoque pertinebant cum onere, *l. licet, de leg.* 1. & similiter ad conjunctum, *l. 29. §. 1. de leg.* 2. Cur autem ea, quæ pro non scriptis habentur apud eos remaneant sine onere, reddita ratione explicavi in §. *in primo, sup. eod.* quod onus ipsum pro non scripto sit, tanquam a nemine datum, sive relictum. Onus autem dicimus, ut ostendit hic §. præstandi legati, aut fideicommissi onus, præstandi libertatis onus, modo si quid legatum sit, ut aliquid fiat: Nam & hunc modum implere debet is, ad quem a legatario, qui defecit, transit legatum. Itemque onus conditionis dandi, vel faciendi aliquid, *l. si quis legata, l. si cui legatum, §. ult. de condit. & demonstrat.* Conditionis intellige, quæ sit in potestate ejus, cui adscribitur. Nam ut recte Accurs. conditio casualis non est onus, veluti, *si Titius consul factus fuerit*. Conditio etiam faciendi non omnis sequitur substitutum, vel conjunctum, ad quem transit relictum, quod deficit vivo testatore, quod dicebatur esse in causa caduci, sed ea tantum conditio transit, quæ per alium impleri potest, ut ostendit in §. *ne autem*, omnis conditio dandi potest per alium impleri, *l. ult. de condit. instit. l. Arescusa, de stat. homin.* conditio faciendi etiam per alium impleri potest: veluti si quis jubeatur suis sumptibus fabricare monumentum; potest enim suis sumptibus fabricare per alium, vel si jubeatur extruere domum, item si jubeatur emere, locare, fidejubere: nam & hæc per procuratorem fieri possunt: Hæc facta, per alium impleri possunt: alia sunt facta, quæ personæ cohærent, nec possunt per alium adimpleri, ideo cum persona extinguuntur conditiones, quæ consistunt in eis factis, nec sequuntur substitutum, vel conjunctum, vel heredem, vel legatarium, vel alium, a quo relictum est, quod sit in causa caduci, ut si quis jubeatur navem fabricare suis manibus, suis operis: Non dico suis sumptibus: hæc sunt diversa suis manibus, suis operis, & suis sumptibus, ut in *d. §. ne autem, & l. 11. §. ult. & l. seq. de leg. 3.* Ergo hæc conditio, *si navem fabricaveris tuis manibus*, personæ cohæret, quia electa est persona artificis, & ut ait *l. inter artifices*, quæ est notissima, *de solution.* inter artifices est longa differentia ingenii, & naturæ, & doctrinæ, & institutionis, & ut vulgo Græci dicebant πόῤῥω τῶν φρυγῶν ϰ̓ περσῶν διαφέρει: id est, *longa est distantia inter Phryges, & Persas*. Et ita etiam si quis jubeatur uxorem ducere, si jubeatur juri civili operam dare, hoc factum personæ cohæret: videntur etiam omnia facta, quæ nullum opus post se relinquunt personis cohærere, nec posse impleri per alium, ut si quis jubeatur Capitolium ascendere, vel Alexandriam ire, quæ facta nullum opus relinquunt. Nota est distinctio Aristotelis inter facta, quæ opus aliquod edunt, & quorum finis est aliud præter factum, sive factionem, ut si quis fabricet navem, & ea facta, quæ nullum opus relinquunt, quorum nullus est alius finis, quam ipsa actio, cujusmodi est saltatio, pulsus cytharæ, si quis peregre proficiscatur, in 1. Ethic. ad Nicom. & in 1. Ethic. & in 1. Polit. Quod autem dixi, ea, quæ sunt in causa caduci remanere apud legatarium, a quo relicta sunt, id nuper ostendi esse ex S.C. *l. Julian. de leg.* 2. Ea igitur senatus censuit lucro legatarii, a quo relicta sunt potius cedere debere, quam lucro heredis. Verum huic legi obstat *l. pen. §. 1. de adim. leg.* Cujus species hæc est: testator matri quatuor prædia legavit, & fidei ejus commisit, ut duo prædia socero restitueret: deinde codicillis ademit socero fideicommiss. relictum a legatario: quæritur, an ea duo prædia ex prælegatione apud matrem maneant? & *prælegationem* dixit pro *prælegato*, ut Boet. sæpissime in Comment. Topic. Cic. *legationem* dicit pro *legato*, ut *l. quisquis, de leg. 3. prælegationem dotis, pro prælegata dote, l. cum vulgari, de dote præleg.* & respondet Scævola in *d.* §. 1. nihil proponi cur ad matrem illa duo prædia pertinerent, id est, non pertinere ad matrem: quod est, peti non posse a matre. Nam pertinere dicitur, quod delatum est, quod peti potest. Unde apparet fideicommissum relictum a legatario, quod deficit, non remanere apud legatarium, aut non pertinere ad legatarium, ut ait. Breviter sic respondeo, loquitur illa *lex pen.* de adempto fideicommisso, quod relictum erat socero a legatario. Nos hic loquimur de eo, quod est in causa caduci, & differentia demonstranda est, quæ sit inter hæc: primum quidem fideicommissum ademptum, nec datum videri, *l. 14. de leg.* 1. Et sicut cum fideicommissum pro non scripto habetur, ejus retentionem habet legatarius, a quo relictum est, non etiam petitionem, *l. pen. §. Scævola, de leg.* 2. ita legatarius adempti fideicommissi, quod a se relictum erat, retentionem habet, & *d. l. pen. de adim. leg.* non negat eum habere retentionem, si forte legatum acceperit, sed negat etiam habere petitionem, id est, pertinere ad eum, quod est peti posse ab eo. Ideo autem ab eo peti non potest, quod legatum illud duorum prædiorum ei fuerit ademptum per fideicomm. Tam enim directo, quam per fideicomm. legata adimuntur, *l. quidam, §. ult. de leg.* 1. Adimentis autem animus plerumque is est, ut nunquam legatum redeat ad eum, cui semel ademptum est, nec si adimatur fideicomm. ei, in quem per fideicommissum transfusum est legatum, nec etiam si ille moriatur fideicommissarius. Et hoc de fideicommisso adempto, quod relictum erat a legatario. Fideicommissum autem, quod fuit in causa caduci, ab initio utile est, nec non datum videtur, cum utiliter datum sit. Et de utili tantum fideic. loquitur Senatus in *d. l. Julia, & l. 14. 17. eod. tit. & l. pater, § fidei, de leg.* 3. ut ad legatarium scilicet pertineat, non ad heredem, & ut a legatario peti pos-

sit, ne dum retineri. Et ita apparet, quæ sit differentia inter fideicom. ademptum, & id, quod fit in causa caduci. Alius casus, quo legatario competit petitio legati, licet fideicom. non præstet, quod ab eo relictum est: & casus hic est. Si legatarius rogatus non sit restituere ipsam rem legatam, sed aliam rem rogatus sit præstare, vel facere, & per eum non stet quo minus præstet, ut si legatus sit fundus, aut pecunia, & rogatus sit servum alienum redimere, & manumittere, & is servus moriatur, vel dominus eum vendere nolit, an ideo extinguatur legatum? Minime, *l. si fundum per fideic.* §. 1. *de leg.* 1. Præterea, quod dixi ante, quodque proponitur in *hoc* §. onera injuncta relicto, quod fit in causa caduci, sequi substitutum, vel conjunctum, vel legatarium, vel heredem: huic parti etiam objicitur *l.3.* §.*ult. de leg.* 3. hæc est sententia legis: fideic. potest relinqui ab intestato: Finge relictum esse fideic. a proximiore agnato, cui ab intestato defertur hereditas: is repudiavit legitimam hereditatem, an agnatus sequentis gradus, qui venit ex successorio edicto, repudiante agnato primi gradus fideic. obstringetur relicto a proximiore agnato? Minime: Et hoc ait certum esse, cum & ita, ut refert, rescripserit Antoninus, ex *d. l.3.* §. *ult.* Respondeo primum: illa lex non loquitur de hereditate, quæ est in causa caduci, sed de ea, quæ repudiatur. Deinde non loquitur de substituto, vel conjuncto, vel herede scripto, vel legatario, sed de legitimo herede, qui venit ex successorio edicto suo jure, non ex judicio defuncti, & ideo non agnoscit onera, quæ defunctus imposuit proximiori agnato: quæ est etiam ratio *l. qui gravi, & duarum sequentium, ff. de jure codicill.* & ita ut ait in *d. l.* 3. §. *ult.* hoc constituit Antoninus, idem scilicet, qui voluit onera tamen sequi substitutum, & conjunctum, quia hi veniunt ex judicio defuncti, *l. licet, de leg.* 1. *l.4. ad Treb.* Idem etiam voluit fiscum, cum admittitur, subire onera ejus, cujus legatum in eum cadit, vel portio hereditatis, Ulp. *lib. regul. tit. de cad.* videlicet caducorum rescindendorum gratia, licet fiscus non veniat ex judicio defuncti, sed suo jure. Postremo, quod diximus, id, quod est in causa caduci, deficiente substituto, pertinere ad conjunctum cum onere, huic parti objicitur §. *sin autem*, *h. t.* quo dicitur, portionem deficientem collegatarii pertinere ad collegatarium sine onere. Sed ut in tractatu de conjunctis plenius dicetur, differentia est inter re tantum conjunctos, vel conjunctos re & verbis: nam si sint duo re tantum conjuncti, ut puta si ita legatum sit, *Primo fundum Tusculanum lego, Secundo fundum Tusculanum lego*, deficiente Primo, fundus pertinet ad secundum sine onere fideicommissi relicti a Primo, quod scilicet palam unicuique solidum relictum est. Et Secundus dum capit solidum, fundum suum capit, non legatum alienum, suo autem non fuit impositum onus, sed alieno. At cum sunt re & verbis conjuncti, *Primo & secundo illum fundum lego*, deficiente Primo, Secundus totum fundum capit cum onere præstandi fideicommissi relicti a Primo, quia tum capit alienum legatum pro parte Primi. Ideoque ejus partis onera subire debet.

Ad §. In novissimo autem *articulo, ubi proprie caduca fiebant, secundum quod prædiximus etiam clusis tabulis, tam existere heredes, quam posse adire, sive ex parte sint, sive ex asse instituti, censemus, & dies legatorum, & fideicommissorum, secundum quod prædiximus a morte defuncti cedere. Hereditatem enim nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super hujusmodi casibus introducta loquitur: his nihilominus, quæ super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris.*

EXposui heri quæ in l. Pap. erant in causa caduci, ea hodie in hac causa non esse, sed pertinere ad substitutum, vel conjunctum, vel heredem, vel alium, a quo jure relicta sunt. Non dixi ea transmitti in heredem ejus, cui relicta sunt: Nam vivo testatore, neque dies legatorum cedere, neque transmissioni locus esse potest. Nunc dicam de iis, quæ proprio & directo nomine caduca dicebantur, qui est tertius, & novissimus articulus, ut ait tertius ordo, sive modus eorum, quæ proposuit in §. *& cum triplici*: ea .n. caduca dicebantur, quæ deficiebant post mortem testatoris, etiam clusis tabulis testam. heredis ex parte scripti, aut legatarii morte naturali, vel peregrinitate, vel servitute pœnæ: quomodo nihil eorum, quæ testamento, vel codicillis relinquuntur hodie deficere potest, quia apertarum tabularum hodie non habetur ratio. Et sui quidem heredes, sive ex parte, sive ex asse scripti heredes sunt, statim a morte testatoris, etiam clusis tabulis, ipso jure heredes existunt inviti & ignorantes, *l.3. sup. de jure delib. l. apud hostes, inf. de suis & legit. liber. l.2.* §. *si quis ex liberis, ff. ad SC. Trebell.* Et hoc semper obtinuit in suis heredibus, etiam lege Papia: & hoc quod ait *l. in suis, ff. de su. & legit.* quæ est inscripta ad leg. Pap. in suis heredibus non esse necessariam aditionem, quia statim ipso jure heredes existunt statim, id est, ante apertas tabulas. Existere est proprium suorum, quod est apparere de repente, & ut Græci ajunt *ἀναφαίνεσθαι*. Id quoque semper obtinuit, ut etiam extranei heredes ex asse scripti possint hereditatem adire statim a morte testatoris, etiam clusis tabulis testam. *l. multum, de cond. & demonst. l.* 1. §. *ult. de juris & facti ign.* At extranei heredes scripti ex parte secundum l. Papiam non possunt hereditatem ante apertas tabulas adire, & ob id Ulp. *lib. Reg.* cum definit caduca, de herede scripto ex parte loquitur, non de herede scripto ex asse. Et similiter SC. quod factum est auctore Hadriano de petitione hereditatis, loquitur de partibus hereditatis caducis, non de asse caduco, eo loco, *cum antequam partes caducæ fisco peterentur, &c.* Quæ verba interpretans Ulpian. in *l. item veniunt*, §. *ait senatus, de petit. hereditatis*, sic ait, *hoc evenerat (ex facto) ut partes caducæ fisco peterentur, sed etsi ex asse fiat, SC. locum habebit. Idem etsi vacantia bona fisco vindicentur, vel si ex alia quacunque causa bona ad eum pervenerint*: quod ait hoc evenisse, ut partes hereditatis caducæ fisco vindicarentur: ergo heres ex parte scriptus fuerat mortuus ante apertas tabul. vel peregrinus factus, aut servus pœnæ: alioqui partes caducæ non fuissent, quod tamen ita poni non potest in herede scripto ex asse, quia hic non expectat aperturam tabularum. Igitur non hoc vult Ulp. SC. locum esse, etiamsi heres scriptus ex asse mortuus sit ante apertas tabul. quia in eo hoc non observatur. Sed ait Ulp. *si ex asse fiat, SC. locum habebit*, quæ verba sunt legenda conjuncta scriptura, cum iis verbis, quæ sequuntur: *Idem etsi vacantia bona fisco vindicentur*, mutato scil. illo *idem*, in *id est*, quod mendum est frequens in libris nostris, quod alias notavi in *l.20. l. 30. in fine*, ut est scripta Flor. *de act. emp. l. 46. pro soc. l.* 10. §. *quotiens, de compens. & l. 76. de hered. instit. & l.* 22. cujus initio legendum, *id est, ff. loc.* Et id quidem ejus legis initium est copulandum extremo *l. 20. eod. tit.* Item in *l. 1. sup. de aliment. pup. præst.* in quibus omnibus locis pro *idem, id est*, est scribendum. Et ita Ulp. cum in *d.* §. *ait, sed etsi ex asse fiat*, id est, si totus as caducus fiat, non pars, SC. locum habebit, id est, *etsi vacantia bona fisco vindicentur, vel si ex alia causa ad fiscum pervenerint, iis casibus* vult Ulpianus: cum as fiat caducus, cum sunt bona vacantia nullo existente successore, bona deserta, vel cum ex causa delicti bona omnia confiscata sunt, iis etiam casibus asse caduco facto, etiam SC. locus est. At hodie ex constitutione Justiniani etiam heres scriptus ex parte, contra l. Papiam hereditatem adire potest statim a morte testatoris, non ab apertis tabulis testamenti. Et dies quoque legatorum, aut fideicommissorum, quæ in diem certum, aut pure relicta sunt, quod est contra l. Papiam, cedit non ex apertis tabulis, sed ex tempore mortis testatoris, etiam clusis tabulis statim, vel moriente mox legatario nondum apertis tabulis, jure transmittuntur legata in heredem legatarii, ne fisco locus sit, aut ne fisco detur locus ullus, nec ullum spatium inducendi fisci, cum cedat dies statim a morte testato-

ſtatoris: & obſervanda eſt differentia, quæ eſt hac in re inter hereditatem, & legatum: nam legatorum, quæ pura ſunt diem cedere dicimus ſtatim a morte teſtatoris, etiam cluſis tabulis: & ideo poſt mortem teſtatoris moriente legatario, nec agnito, nec repudiato legato, legati petitionem ad heredem ejus tranſmitti: repudiatum autem legatum, vel fideicommiſſum pertinere ad ſubſtitutum, vel collegatarium, aut conjuncto adcreſcere, vel reſidere apud eum, a quo relictum eſt. Hereditatis autem diem non dicimus cedere ſtatim a morte teſtatoris, ſed adiri poſſe ſtatim a morte teſtatoris, etiam cluſis tabulis: & aditam tranſmitti in heredem, non aditam, non item. Quamobrem moriente herede poſt mortem teſtatoris ante aditam hereditatem, hereditas non tranſmittitur ad heredem ejus, ſed pertinet ad ſubſtitutum cum onere legatorum: vel coheredi adcreſcit æque cum oneribus ſuis, vel pertinet ad legitimum heredem ſine oneribus cum ſuo jure veniat, non ex judicio defuncti, ut autem hereditas non adita non tranſmittatur in heredem, vel quæ alio modo adquiſita non eſt, veluti pro herede geſtione, aut petitione bonor. poſſeſſionis, vetus eſt regula juris, ut ait in hoc §. hereditatem non aditam non tranſmitti in heredem, vel non adquiſitam alio modo in *l. 6. §. ult. & l. 7. de inoff. teſtam. l. quoniam, ſup. de jure deliber. l. 1. C. Theodoſ. de legit. heredib. l. 2. C. Hermog. de ſucceſſ.* quæ regula locum etiam habet in bon. poſſeſſionibus, ut non tranſmittatur bonor. poſſeſſio, niſi fuerit agnita a defuncto, *l. 3. §. adquirere, de bon. poſſ. l. 7. rem rat. hab.* locum etiam habet in fideicom. hereditate, ut non tranſmittatur in heredem fideicommiſſarii, antequam reſtituta, & recepta ſit, *l. 11. §. utrum, ad Treb.* Et rurſus locum habet non tantum in inſtitutione, ſed etiam in ſubſtitutione, ut jus ſubſtitutionis nondum delatum, nondum acquiſitum, non tranſmittatur in heredem ſubſtituti, *l. ſi ex plurib. de ſuis & legit.* ratio eſt, quia omnis hereditas perſonæ cohæret, vel omnis hereditas defertur, in perſonam, non in rem. Ergo perſonam, cui defertur, omnino oportet agnoſcere hereditatem, ut transferatur in heredem ejus. Inde Paulus 1. *Sentent. tit. 13. petitio hereditatis, cujus defunctus litem conteſtatus non eſt, ad heredem non tranſmittitur.* Quod etſi ſcribat Paulus de petitione hereditatis civili, locum tamen habet etiam in poſſeſſoria, & fideicommiſſaria hereditatis petitione. Ab hac tamen veteri regula, quæ etiam hodie obtinet, excipe caſum *legis ſi infanti, ſup. de jur. deliber.* Si infans ab extraneo ſit heres inſtitutus, & pater nomine ejus, ut potuit, hereditatem non adierit, & is in infantia mortuus fuerit. Nec enim ideo minus hereditas tranſmittitur in patrem, ex conſtitutione *d. l. ſi infanti*. Juſtinia. etiam hoc §. excipit alium caſum, quem introduxit conſtitutio Theodoſii, quam ob nullam aliam cauſam poſuit in tit. ſeq. *de iis, qui ante apert. tab. heredit. tranſmit.* quam quod & ejus mentionem feciſſet hoc loco. Loquitur autem illa conſtitutio de apertis tabulis, quod tempus non vult ſpectari Juſtinian. Et ad hæc etiam illa conſtitutio eſt derogatio legis Papiæ in illo caſu, quem abrogavit Juſtinianus in totum: & l. penitus abrogata, ſuperfluum eſt derogationis cauſas exponere. Sed quia ejus conſtitut. mentionem fecerat hoc loco, & quia ex ea etiam hoc remanet hodie in uſu neceſſarium, ut in caſu ejus legis hereditas non adita tranſmittatur, ideo ſequens tit. propoſitus eſt, quem hoc loco interpretabimur. Caſus in illa conſtit. ita eſt propoſitus, *ſi parentum hereditas liberis deferatur, &c.* Nam etſi parentibus ſint extranei heredes, non ſui, veluti, ſi matri, aviæ, avo materno, aut patri, a quo emancipati ſunt, tamen hereditatem parentis non aditam cujuſcunque gradus, vel ſexus fuerit parens, tranſmittunt, non in quoſcumque heredes, ſed in liberos ſuos, ſive ex aſſe, ſive ex parte ſcripti ſunt, ſive ſciverint, ſive ignoraverint ſibi delatam hereditatem, & ut ait eadem conſtitutio Theod. licet invicem ſubſtituti non ſint, quæ res ſcilicet excludebat legem Papiam: Nam ea tollebat jus adcreſcendi, non ſubſtitutionis. Et ideo remedio

A ſubſtitutionis, maxime reciprocæ, id eſt, factæ ad invicem introducebatur jus adcreſcendi, & excludebantur caduca, ut oſtendimus in §. 1. *hoc tit.* ſed ut ait Theod. licet liberi inſtituti a parente, invicem ſubſtituti non ſint, quæ res proculdubio excludebat l. Papiam, & fiſcum, non ideo minus excludetur lex Papia, & fiſcus, ſi illi liberi habeant liberos, in quos hereditatem tranſmittant, etiam morientes ante apertas tabulas. Et idem etiam ſervari vult Theod. Conſtitutio in legatis, & fideicommiſſis, quæ a parentibus liberis relinquuntur, quos habent in poteſtate, vel non, nihil refert: Nam ſi moriantur ante apertas tabulas, legata non fiunt caduca ex l. Papia, ſed tranſmittuntur in liberos legatariorum, quod favore liberorum Theodoſius detrahit legi Papiæ. Et licet hodie ſublata ſit neceſſitas aperien-
B darum tabularum, tamen hoc modo utimur conſtitutione Theod. ut non dicamus, liberos hereditatem parentum ante apertas tabulas tranſmittere in liberos ſuos, ſed hoc modo, liberos hereditatem parentum non aditam tranſmittere in liberos ſuos, non etiam in quoſcunque heredes. Etiam excipit Juſtinianus alium caſum ex *l. cum antiquioribus, ſup. de ju. deliber.* quæ pertinet ad omnes hered. extraneos: Et jus ita eſt ex ea conſt. ut ſi heres etiam extraneus, qui non ignorat ſibi delatam hereditatem, moriatur intra annum inter deliberandum, ut jus deliberandi tranſmittat in heredem ſuum qualemcumque; & hereditatem igitur, ſi heres amplecti eam velit, ſed exigitur, ut moriatur intra annum: Nam ſi moriatur poſt annum ante aditam hereditatem, nihil tranſmittit in heredem ſuum. Item exigitur, ut
C ſcierit ſibi delatam hereditatem: Nam ignorans nihil tranſmittit. Hæ tres conſtitutiones, quas attigi, *l. ſi infanti, l. cum antiquioribus, & l. un. tit. ſeq.* quod ad tranſmiſſionem attinet, jus, quod erat præcipuum ſuorum heredum etiam extraneis heredibus communicant. Accurſius quartum caſum addidit, quo hereditas non adita tranſmittitur, ex *l. ſi quis in gravi, §. pen. ff. de SC. Syllan.* Finge, teſtator a familia necatus eſſe dicitur, quo caſu heres vetatur adire hereditatem, aut aperire tabulas teſtamenti antequam quæſtio de familia habita ſit: vellet quidem adire heres, ſed obſtat SC. ne adeat antequam tormenta familiæ adhibita ſint. Quid igitur ſi interim moriatur heres, per quem factum non eſt quo minus adeat hereditatem? jure ipſo non tranſmittit hereditatem in heredem ſuum, ſed decreto Prætoris he-
D res ejus admittetur ad bona, eique dabuntur non directæ actiones hereditariæ, ſed utiles, ſive decretales. Et eadem eſt ratio *l. ventre, de acq. hered.* Filius mancipatus non adiit hereditatem, quia nondum poteſt eam adire, quoniam uxor defuncti prægnans dicitur & expectare debet, quoad conſtet prægnans ſit, an vacua. Quid ergo ſi interim moriatur? opus eſt decreto heredi ejus, ut bona percipiat, perinde atque ſi filius emancipatus adiiſſet hereditatem, per quem factum non eſt quo minus adiret eam, datis ſcilicet actionibus utilibus.

Ad §. Libertatibus proculdubio, *& poſt præſentem ſanctionem propter ſui naturam, quæ aditionem heredis expectant, ab adita hereditate una cum aliis, quæ ſervis in teſtamento manumiſſis, vel aliis legatis relicta ſunt, compe-*
E *tentibus. Excepto etiam uſufructu, qui ſui natura ad heredes legatarii tranſmitti non patitur: quia neque a morte teſtatoris, neque ab adita hereditate, quantum ad tranſmiſſionem, dies ejus cedit. Sed hæc omnia in his obſervari ſancimus ſecundum præfatam diſpoſitionem, quæ pure, vel in diem certum relicta fuerint.*

JUſtin. in §. *cum igitur*, & in §. *in noviſſimo, hoc tit.* jam definivit legatorum, aut fideicommiſſorum, quæ pure, vel in diem relicta ſunt, diem cedere a morte teſtatoris, etiam ante apertas tabulas, & ante aditam hereditatem reſtituto jure antiquo, & abrogata l. Papia, ex qua eorum dies cedit ex apertis tabulis teſtamenti, etiamſi nondum adita hereditas ſit: Nam & lex Papia

non exigebat aditionem, ut cederet dies legatorum, aut fideicommissorum, sed aperturam tantum tabularum, ut Paulus indicat *lib. 3. sent. tit. de legatis*, dum ait, *legatum per vindicationem transmitti ad heredem legatarii, etiamsi legatarius nondum constituerit ad se pertinere, id est, si nondum agnoverit legatum, atque ita post apertas tabulas ante aditam hereditatem decesserit*. Nunquam enim aditio hereditatis moram fecit cessioni diei, sed petitioni tantum legati, *l. 7. in princ. quando di. leg. ced.* Etiam, quod notandum maxime, ignorantia legatarii, qui, puta, nondum cognovit legatum sibi esse relictum, moram non facit cessioni diei, *l. ult. inf. quando di. legat.* Hoc vero, quod ita definivit Justin. *supra in hoc* §. nunc ostendit, non esse perpetuum: quorundam enim legatorum diem non cedere a morte testatoris, sed ab aditione hereditatis, id est, interdum aditionem hereditatis moram facere cessioni diei. Et primum libertates ait non competere a morte testatoris, sed ab adita hereditate, ut *l. 8. quando di. legat. ced.* Qua de causa recte dicitur, regulam Catonianam, quæ spectat tempus mortis, non aditionis, non pertinere ad libertates testamento datas, ut emendavi *l. 3. de reg. Caton.* & confirmat *l. si privatus, §. ult. ff. qui & a quibus manum. lib. non fi. l. generaliter, §. si homini, de fideic. libert.* Competere autem libertatem est diem libertatis cedere, non quantum ad transmissionem, quia nec quantum ad transmissionem dies libertatis cedit ab adita hereditate, cum transmitti in alium non possit datio libertatis: ut de usufructu legato dicitur *hoc* §. diem legati ususfructus, neque a morte testatoris, neque ab adita hereditate cedere quantum ad transmissionem attinet, quia jus est personale quod non transmittitur ad heredem, quia deficiente persona usufructuarii, & ipse ususfructus prorsus extinguitur. At cedere quid dicitur duob. modis, uno, & quidem proprio, ut transeat, & transferatur ad heredem ejus, cui legatum relictum est. Altero, ut debeatur, *l. Sempronius, de usufr. leg.* Et posteriori modo, non etiam priori, quia natura rei non patitur, dicimus diem libertatis, & ususfructus cedere ab adita hereditate, id est, ab eo demum die deberi hereditatem, & libertatem: Nam libertas, & ususfructus non cadunt in tractatum de transmissionibus, cum adhæreat personæ, cui hæc adscripta sunt. Et recte *l. 36. §. fin. ff. ad l. Falcid.* libertatem competere, vel deberi, ut illud, vel sit ἑρμηνευτικὸν, ut sæpe vel διασαφητικὸν: Nam competere est cedere diem, & in causa libertatis quid est cedere diem? Est incipere deberi libertatem. Competere igitur est deberi: nam de transmissione frustra quæritur, quod dico de libertate, & usufructu, idem dictum volo de omni alia servitute personali, id est, quæ personæ adhæret: ususfructus non transit in heredem: Idem igitur & de usu legato, qui est etiam servitus personæ, servitus hominis, & de habitatione legata, ut eorum legatorum dies cedat ab adita hereditate. Et omnino ratio est hæc, quia cum servitutes personales ad heredes transmitti non possunt, inutile esset, si quis ante aditam hereditatem eorum legatorum diem cedere diceret: Nam hoc nulli usui esset, cum & ante aditam hereditatem non debeantur. Et hoc ostenditur in *l. 2. 3. & 5. §. 1. & §. ult. ff. quando di. leg.* Idcirco enim constitutum est, dies legatorum cedere statim a morte testatoris, ne heredes moram aditione faciant, quo minus legata in heredem legatarii transmittantur, quæ consideratio cessat in iis rebus, sive juribus, quæ transmitti non possunt. Concludamus igitur omnem servitutem personalem testamento legatam, vel codicillis relictam, veluti usumfructum, usum, habitationem, ejus legati diem nunquam cedere, nisi ab adita hereditate. Idemque statuamus in legato alimentorum: Nam etiam hoc legatum finitur morte alimentarii. Idem in legato relicto in annos singulos, sive in legatis annuis, quæ relinquuntur alimentorum gratia plerunque: Nam & hæc legata non cedunt, nisi ab adita hereditate, *l. in singulos, ff. de annuis legat. l. Firmio, in fi. ff. quando di. leg.* Neque vero quod diximus de servitute personali, idem, ut hoc loco tentat Accursius, qui merito ob eam rem a Bartolo reprehensus est, ne idem, inquam, dicamus in servitute reali, veluti via, itinere, actu, aquæ ductu, quia hæ servitutes transmittuntur in heredes: Ideoque earum dies cedit a morte testatoris, ut de iis rebus, quæ personæ non adhærescunt. Intelligendus autem est hic §. tam de fideicommissariis, quam de directis libertatibus: Nam ait libertates competere ab adita hereditate, & non tantum directæ competere dicuntur, sed etiam fideicommissariæ, *l. 22. §. ult. ff. de fideic. lib. l. de libertatib. ff. si quis om. caus. test.* Et verbo *competere* cessio diei significatur, a quo debetur libertas hæc, vel illa. Sed hæc una est differentia inter libertates fideicommissarias, & directas testamento relictas, quod fideicommissariæ petantur, directæ non petantur, sed vindicentur, *l. pen. de fideic. libert. l. mulier, §. non est, ad Trebell.* Et eleganter Paul. *lib. 4. Sent. tit. 1. Jus*, ait, *omne fideicommissi in petitione, non in vindicatione consistit*. Et rursus hac in re hæc est differentia inter libertates, & legata, quod libertates quæcumque relictæ sunt testamento, competere dicuntur, legata præstari. Et ita ea, quasi consulta opera dividit invicem JC. in *l. qui fundum, §. si tu ex parte, ad l. Falcid.* Additur in hoc §. etiam legati relicti servo manumisso, cui data est libertas, testamento diem non cedere, nisi ab adita hereditate, quod utique certissimum est, si sit data directa libertas: Nam si fideicommissaria data sit, diem libertatis, & legati servo per fideicommissum relicti, melius cedere dicemus ab adita hereditate: nam aliquem heredem esse oportet, & præterea a die præstitæ libertatis fideicommissariæ ab herede, vel cessante herede, a die adeptæ libertatis ex SC. Rubriano, quo cessante herede repræsentatur libertas servo per fideicommissum manumisso, *l. filiusfamil. in fin. ff. quando di. legat. &c.* ut vero dies legati relicti servo manumisso non cedat, nisi ab adita hereditate, est consequens ei, quod dixi, libertatis diem non cedere, nisi ab adita hereditate, quia utiliter cedere non potest legati relicti dies servo manumisso, antequam libertas ei competat, quia servo proprio inutiliter legatur sine libertate. Igitur ne pereat legatum, differtur cessio diei in id tempus, quo liber futurus est. Atque ita uno, eodemque die, & cedet libertas, & legatum manumisso relictum. Et hoc confirmatur *l. 7. §. ult. & l. 8. quando di. legat. & l. si quis servo suo, de leg. 2. & l. 8. sup. de fideicommiss.* Additur etiam in *h.* §. legati relicti servo alii diem non cedere, nisi ab adita hereditate. Finge, testator servum suum Titio legavit, eidemque servo aliquid legavit: si dicat hujus legati diem cedere ante aditam hereditatem, cedet inutiliter, servo non habente alium dominum, quam hereditatem jacentem, id est, nondum aditam, quæ est vice domini, id est, defuncti. At servo defuncti, non potest legatum competere sine libertate. Ideo necessario ne pereat legatum, expectandum est, quoad adeatur hereditas, & ea adita, statim servus adquiritur Titio legatario, deinde consequetur legatum. Hoc proponitur in *l. servo leg. de legat. 1. & l. 7. §. ult. quando di. legat.* Et observa mendum, quod est in *d. l. 7. §. ult.* Primum enim hoc proponitur: interdum aditionem hereditatis moram facere cessioni diei legatorum, id est, quædam esse legata, quorum dies non cedit a morte testatoris, sed a tempore aditæ hereditatis, *ut inquit, si servo manumisso legatum sit, quod est manifestum: deinde subjicit, vel ei, cui servus legatus est. Et ideo, servo aliquid legatum sit:* sic est Florentiæ, *& ideo:* alii libri habent, *& idem*. Primum sic est scribendum, *vel si cui servus legatus est*, non *ei*, & est similis error in *l. 1. §. ei cui, ut legator. nom.* Ubi perspicuum est alios codices habere rectius, *si cui*, non *ei cui*. Ergo ait in illo §. *ult.* si servo manumisso legatum sit, diem legati non cedere ante aditionem, id est, antequam obtingat libertas, *vel si cui servus legatus est*, & non *idem*, sed trajectis literis, *eidem*, quæ trajectiones, sive ut Græci loquuntur, ὑπερβιβασμοὶ τῶν στοιχείων in Flor. Pandect. frequen-

quentissimæ sunt, ut cum scribitur *modo*, pro *domo*, *vicariis*, pro *cibariis*, *pars hodie*, *pro rapsodiæ*: sic etiam ait, vel si cui servus legatus est, & eidem servo aliquid legatum sit: nam hæc tantum habemus genera legatorum, quorum dies cedit ab adita hereditate, si relicta sit libertas, quod & legatum dici potest, aut fideicommissum: si relictum sit jus personale, aut servitus, vel si servo manumisso relictum sit legatum, & si servo alii legato aliquid relictum sit. Et hæc sola sunt legata, quorum dies cedit ab adita hereditate, ad quæ nihil pertinet regula Catoniana, *l. 3. de reg. Caton.* Verum notandum est, quod miror glossam omisisse, ita demum horum legatorum, quæ excipiuntur a definitione generali Justiniani, diem cedere ab adita hereditate, si scriptus sit heres extraneus, a quo relicta sunt, quia hic non est heres sine aditione, aut eo, quod pro aditione sit. Aliud est, si servus scriptus heres necessarius, quia hic capit hereditatem a morte testatoris, & ipso jure sine aditione heres existit. Et consequenter etiam illa legata, quæ excepimus, ut sunt libertates, servitutes, ususfructus, si ab eo relicta sunt, dies eorum cedet statim a morte testatoris, *S'il y a un heritier tout aussi tost*, dies libertatis cedit statim a morte testatoris, dies ususfructus, & ceterorum legatorum, quæ excepimus, & ideo necessario herede scripto ad ea legata pertinebit regula Catoniana, quoniam scripto necessario, ut cetera legata, ita & illa cedunt a morte testatoris, non expectata aditione hereditatis, & hoc belle confirmat *lex Julianus, de condit. & demonstrat. l. si optio, de opt. leg. l. quæ sine, §. 1. de leg. 1.* Et hæc quidem de legatis, quæ pure relinquuntur, vel in diem certum: de legatis, quæ relinquuntur sub conditione, vel in diem incertum, & a quo die cedant, tractabo die seq. in §. *sin autem.*

Ad §. Sin autem aliquid *sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratæ personæ voluntate, vel ex utroque pendeat, vel sub incerto die: expectari oportet conditionis eventum, sub qua fuerit derelictum, vel diem, ut tunc cedat, cum vel conditio impleatur, vel dies incertus extiterit. Quod si in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat, vel eo superstite conditio defecerit, hoc quod ideo non prævaluit, manere disponimus simili modo apud eos, a quibus relictum est, nisi & hio, vel substitutus relictum accipiat, vel conjunctus, sive heres, sive legatarius hoc adquirat: cum certi juris sit, & in institutionibus, & legatis, & fideicommissis, & mortis causa donationibus posse substitui.*

Justinianus docuit supra, ex quo tempore cedat dies legat. & fideicommissorum, quæ pure, vel in diem certum relicta sunt. Nunc docet, ex quo tempore cedat dies eorum, quæ sub conditione, vel in incertum diem relicta sunt, quæ legata dicuntur incerta, *l. si dies, in fine, ff. quando di. leg. ced.* Incerta conditio, vel dies, incertum legatum facit, quod est, ut id certum non sit, debitum iri: ita vero jus est, & fuit semper legati conditionalis, aut in diem incertum relicti, diem nempe non cedere statim a morte testatoris, sed cum conditio, vel dies incertus extiterit. Ut autem puris legatis comparantur ea, quæ in diem certum relicta sunt, quod scilicet & hæc statim debeantur a morte testatoris, & trasmitti possint, *l. 9. ut leg. nom. caveat.* & ante diem recte solvantur, *l. 1. §. 1. de condit. & demonstrat.* Non tamen per omnia comparantur puris legatis: nam pura statim peti possunt a morte testatoris, si quis heres extiterit; relicta in diem certum, licet statim debeantur, non statim peti possunt, id est, *antequam dies venerit*. Ita vero conditionalibus legatis comparantur ea, quæ in diem incertum relinquuntur, quia in eis dies incertus dicitur facere conditionem, *l. dies incertus, de condit. & demonstrat.* Et conditio quoque appellatur, *l. 1. §. ult. ut legator. nom. & l. si dies, §. 1. quando di. leg. ced.* eo loco, *tempus, conditiove: tempus*, incertum scil. *conditiove*, quasi possit & conditio appellari. Neque tamen per omnia sunt similia conditionalibus legatis, quæ relinquuntur in diem incertum: Sunt enim quædam relicta in diem incertum, quæ sunt pura, aut pro puris, quod certum sit ea transmitti in hered. legatarii, vel fideicommissarii. Et omnis quidem conditio est dies incertus, *l. talis scriptura, de leg. 1.* Non omnis tamen dies incertus est conditio: ut si Titio legetur, *cum morietur heres*, qui dies est incertus, is dies conditio est, & conditionale legatum facit, quia fieri potest, & hæc est ratio, ut hic dies non cedat vivo legatario, puta si is moriatur superstite herede, *l. 1. §. 1. l. heres, §. 1. de condit. & demonstrat. l. si pecunia, §. ult. de leg. 2. l. ult. in fine, inf. de contr. & commit. stipul.* Item, si legatum relinquatur Titio, *cum pubes erit*, dies est incertus, quia forte non perveniet ad pubertatem, *vel cum consulatum inierit*, dies incertus est, qui pro conditione habetur, quia fieri potest, ut is dies non cedat vivo legatario, ut puta si moriatur ante pubertatem, vel ante adeptum consulatum, *l. si dies, ff. quando di. leg. & l. heres, in princip. de condit. & demonstrat.* At si *cum morietur Titius*, ei legetur, sane dies est incertus, mors uniuscujusque diem incertum habet, sed is dies non facit conditionem: & legatum est purum, quod certum est in heredem transmissum iri mortuo Titio, cui legatum est, quia fieri non potest, ut is dies non cedat, & ideo purum est legatum, *l. 1. quando dies leg. d. l. heres, in princ.* Et si stipulanti quid promisero *cum moriar*, dies incertus est, qui tamen conditionem non facit in stipulationibus, adeo ut quod interim solvero, non possim repetere, quod tamen repeterem, si esset conditio. Et hæc differentia inter diem incertum, & conditionem est in *l. sub conditione, & seq. de condict. indeb.* & in *d. l. sub conditione, & seq.* omnino videtur scribendum: *Die pendente, non existente*. Et recte *l. dies incertus, de cond. & demonst.* diem incertum testamento facere conditionem, puta, *cum morietur heres*, qui debet legatum: Nam aliud est in stipulatione: nam si quod a me deberi volo, promittam *cum moriar*, dies ille incertus non facit conditionem. Et certum est in hac quæstione longam esse differentiam inter stipulationes conditionales, & legata conditionalia. Vel una sufficiat, quod stipulatio conditionalis transmittatur in heredem, conditionale legatum non. Et si conditionalis stipulatio existat retrotrahatur, conditio legati retro non trahatur, *l. 78. de verb. oblig.* Quod igitur dicitur hoc §. *legati conditionalis, & legati relicti sub die incerto diem cedere, cum dies incertus, vel conditio extiterit*, id, inquam, non est sumendum de quolibet die incerto, sed de eo tantum, qui est pro conditione. Et effectus ejus definitionis hic est, & fere triplex. Primo, ut regula Catoniana ad ea legata non pertineat, quia dies eorum non cedit a morte testatoris, sed cum conditio extiterit. Non pertinent etiam ad eandem regulam conditionales hereditates, *l. cetera, §. 1. de leg. 1. l. pen. de reg. Caton.* Item, ut mortuo legatario pendente conditione, vel die incerto, id est, *ante diem legati cedentem*, petitio non transmittatur in heredem, *l. 5. quando di. leg. ced.* At mortuo herede, a quo legatum sub conditione relictum est, pendente conditione legati, heres heredis tenetur legati nomine, si postea conditio existat, *l. legata sub conditione, de condit. & demonstr.* Heres moriens pendente conditione legati heredem suum obligatum relinquit ex legati causa, aut in ea causa eum relinquit verius, ut legati nomine obligari possit, postea conditione existente. Legatarius autem moriens pendente conditione legati, heredi suo nihil relinquit. Et (†) hoc Græcis visum est velle *d. l. legata*, quam hic exponam: nam vulgo explicatur male. *Legata sub conditione relicta non statim* (id est *a morte testatoris*) *sed cum conditio existit, deberi incipiunt*; quod est certissimum. Verum sequitur, *ideoque interim delegari non potuerunt*: Græci, quia *delegari* interpretantur μεταφέρεσθαι, ita videntur versum illum accepisse, ut interim non possint transmitti in heredem legata conditionalia, pendente conditione

---

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 40.*

ne moriente legatario, nam ita scribunt, *ὅθεν οὐ μεταφέρεσθαι ἐν τῷ μεταξὺ δύνανται*. Verum melius est, ut verbum *delegari* accipiamus proprie, ut scilicet conditionalia legata, dum pendet conditio, non possint cedi & mandari alteri, ut scilicet nomina ceduntur, & actiones, quia nondum est ullum nomen, nullum debitum, nulla actio, quamobrem frustra interim ceduntur eorumve actiones, quæ nullæ sunt. Et hoc demonstrat *d. l.* dum ait, *non statim deberi incipiunt, sed cum conditio extiterit*. Inde infero, ergo interim alteri cedi non possunt: Nam legatarius conditionalis non est creditor, & hæc est alia differentia, licet stipulator conditionalis sit creditor. Quia stipulatio ex præsenti contractu & tempore vires capit, legatum ex die cessionis, *l. is cui, de obligat. & act. l. qui in fraudem, qui & a quibus manum*. Addit Justin. præterea in hoc §. *nihil interesse, utrum legati conditio sit casualis, an potestativa, an mixta*. Quod & confirmat *l.5. §.1. quando di. leg.* Et casualem definit, *cujus eventus pendet ex fortuna*. Casum pro forte fortuna sumens, *ut si navis ex Asia venerit*. Potestativa est, quæ est in potestate honoratæ personæ, id est, legatarii, quæ honoratur legato. Legatum est honos, veluti, *Si Titio decem dederit, si Capitolium ascenderit*. Mixtam autem vocat, quæ pendet ex utraque, id est, ex voluntate legatarii, & fortunæ eventu. Et inter ea genera conditionum in jure sunt multæ differentiæ. Casualis potest impleri vivo testatore: Potestativa nisi post mortem testatoris impleri non potest, *l.2. de cond. & demon.* Casualis non est promiscua, id est, nunquam potest esse potestativa, *l.4. §. puto, de her. insti.* hæc est promiscua, *l.11. de cond. & demonst.* Quia nulla est potestativa, quæ interdum non possit esse non potestativa, *l.5. §. puto, de her. instit.* ut, *si Titio decem dederit*: interdum non est potestativa, ut *si Titius longissime absit*, si peregrinetur longinquo itinere. Item filius a patre, in cujus potestate est, potest heres institui sub conditione potestativa, non sub casuali, nisi in ejus defectum exheredetur, *l.4. sup. de instit. & substit.* Est & alia differentia in *l. ult. sup. de necess. heredib. inst.* Et male Accursius hoc loco, mixtam conditionem sumit pro promiscua ex *d. §. puto*: cum aperte Justin. dicat, eam esse mixtam, quæ pendet ex utroque, id est, ex arbitrio legatarii, & ex fortuna, qualis hæc est; *Si Titio postliminio ab hostib. reverso decem dederit*, nam decem dare est in potestate legatarii, ab hostibus reverti in casu consistit. Igitur ita concludamus, sive casualis sit conditio legati, sive potestativa, sive mixta, antequam ea extiterit, non cedere diem legati sub ea conditione relicti. Et addamus, si ea conditio deficiat vivo legatario, vel etiamsi legatarius moriatur pendente conditione, proculdubio in heredem ejus legatum non transmittetur. Quæro igitur, ad quem pertineat? Et Just. ostendit, mortuo legatario pendente conditione, aut defecta conditione legatum pertinere ad substitutum legatarii cum suis oneribus, si legatario substituerit testator. Nam ut notat Justin. non tantum heredibus substituimus, sed etiam legatariis, & fideicommissariis, *l. ut heredib. l. cum pater, §. pen. de leg.2. l.8. usufr. quemad. cav. l. avia, de cond. & demonst. l. si spons. §. si marit. her. de don. inter vir. & ux. l.6. sup. de leg.* Et ita etiam donatariis causa mortis substituimus, ut & heic Justin. ait, & probat *d. l. ut hered. & l. ei cui, de mort. caus. don.* Et notandum legatariis, fideicommissariis, & quibus donatur mortis causa, qui fideicommissario comparantur, nos substituere posse in utrumque casum, id est, *si ceperint, vel non ceperint legata, l. si fundum sub conditione, §. Stichum, de leg.1.* Heredibus tamen nostris non substituimus, nisi in primum casum, id est, *si heredes non extiterint*. Præterquam liberis impuberibus usque ad pubertatem tantum, ut etiam si heredes extiterint, qui est secundus casus, & moriantur intra pubertatem, ille eis substitutus sit. Et puberibus quoque, & extraneis substituimus in secundum casum, non quidem directo, sed per fideicom-

A missum. Ubi vero legatarius testator non substituit, legatum, quod deficit, & expirat moriente legatario pendente conditione, vel conditione defecta, pertinet ad conjunctum, id est, ad coheredem, vel collegatarium jure adcrescendi. Quod si nullus horum sit, legatum remanet apud eum, a quo relictum est: si a pluribus relictum sit, remanet apud eos pro hereditaria portione, ut in *§. seq. & §. sed ut manifestetur*. Videlicet cum heredes, si legatum prævaluisset, id est, *si conditio extitisset*, id erant præstituri pro hereditaria portione. Nam quod sic præstitissent, id ita etiam apud eos residebit pro hereditaria portione. Et omnino pro qua portione heredes de legato præstando obstringuntur, pro eadem etiam legatum apud eos remanet. Idem est, si legatum relictum sit a legatario, vel fideicommissario, vel do-
B natario causa mortis: Nam & hic potest onerari fideicommisso. Vel etiamsi ab alio sit relictum, veluti ab herede legitimo, vel ab herede heredis, vel legatarii, vel a debitore defuncti, a quo etiam potest relinqui fideicommissum, vel a patre, vel a domino heredis instituti, ab eo, cui statuliber dare jussus est, hi omnes onerantur fideicommisso, & si fideicommissum sit conditionale, mortuo fideicommissario pendente conditione, fideicommissum apud eum remanet, inquit, pro virili portione, quæ verba non semper significant æquales portiones servari, sed ita sunt sumenda, ut demonstrabitur in *§. si vero pars, inf. eod.* ea verba *pro virili*, in eo loco esse accipienda *pro rata*, ut pro qua portione fideicommisso præstando obligantur, & pro ea virim fideicommissum, quod deficit inter eos distribuatur,
C servata tamen proportione, quam ipse testator in præstatione fideicommissi servari voluit. Et hic est finis hujus quæstionis *§. sin autem*: §. qui sequitur exposui partim in *§. in primo*, partim in *§. pro secundo*. In *§. his ita definitis*, Justinianus incipit novum tractatum de conjunctis, & jure adcrescendi, quem nos absolvemus post ferias.

Ad §. His ita definitis, *cum in superiore parte nostræ sanctionis in plurimis locis* conjuncti *fecimus mentionem: necessarium esse duximus omnem inspectionem hujus articuli, latius, & cum subtiliori tractatu dirimere, ut sit omnibus & hoc apertissime constitutum. Non enim tantum conjunctivo modo. In his itaque si quidem coheredes sunt omnes conjunctim, quædam relinquuntur, sed etiam disjunctim, vel omnes disjunctim, vel instituti, vel substituti, hoc*
D *quod fuerit quoquo modo evacuatum, si in parte hereditatis, vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo gravamine, pro hereditaria parte, etiamsi jam defuncti sunt, adquiratur. Et hoc nolentibus ipso jure adcrescat, si suas portiones jam agnoverint: cum sit absurdum, ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere, secundum quod in divini nostri numinis decisionibus statutum est. Sin vero quidam ex heredibus institutis, vel substitutis permixti sunt, & alii conjunctim, alii disjunctim nuncupati: tunc si quidem ex conjunctis aliquis deficiat, hoc omnimodo ad solos conjunctos cum suo veniat onere, id est, pro parte hereditatis, quæ ad eos pervenit. Sin autem ex his, qui disjunctim scripti sunt, aliquid evanescat: hoc non ad solos disjunctos, sed ad omnes tam conjunctos, quam etiam dis-*
E *junctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perveniat. Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, & partem conjunctorum sibi heredum quasi suam præoccupant: disjuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti: ut suum quidem habeant: alienum autem non soli appetant, sed cum omnibus coheredibus suis accipiant. Et hæc in heredibus tantummodo statuenda sunt.*

SEquitur nunc posterior pars hujus tit. Prima fuit de lege caducaria sublata, & restituto jure antiquo: Posterior est de conjunctis, & disjunctis heredibus, aut legatariis, quæ incipit ab hoc §. Nec sine causa prioris partis vicinitatem sequitur: Nam cessante jure caduci, & fisco excluso, consequens est conjunctum, vel disjun-

ctum

ctum coheredem, vel collegatarium admitti jure adcreſcendi in portionem conjuncti, quæ poſt teſtamentum, vel mortem teſtatoris deficit aliqua ex cauſa, vel quæ repudiatur. Quamobrem (†) & Paulus ipſe ſcribens ad l. Papiam accurate tractat de conjunctis in *l. re conjuncti, de leg. 3. l. triplici, de verb. ſignific.* Lex Papia tollebat jus antiquum, id eſt, *jus adcreſcendi, jus conjunctionis, jus collegii,* at certe non tollebat etiam jus ſubſtitutionis, ut dixi hoc tit. initio. Qua de cauſa facta ſubſtitutione, ſæpe teſtatores excludebant fiſcum commodo caducorum, videlicet per cauſam ſubſtitutionis inducto jure adcreſcendi antiquo, & jure ſubſtitutionis factæ a teſtatore, nec prælato fiſco in cauſa caduci: Nam ſubſtituti duplici jure nitebantur contra fiſcum, jure adcreſcendi antiquo, & jure ſubſtitutionis factæ a teſtatore. At jus adcreſcendi ſimplex proculdubio tollebat lex Papia, ſive jus conjunctionis, exceptis certis caſibus, prælato fiſco coheredi, vel collegatario ejus, cujus portio defecerat. Facilius autem omnia, quæ pertinent ad jus adcreſcendi, ad jus conjunctionis, in notitiam venient, ſi exemplo Pauli in *d. l. re conjuncti, & d. l. triplici,* quæ conjugenda ſunt, prius oſtendero, triplici modo conjunctos intelligi: Alii enim ſunt conjuncti re tantum, alii re & verbis, alii verbis tantum. Conjuncti re & verbis, qui omnimodo conjuncti ſunt, hi ſunt, ut Paulus ait, quos nominum & rei complexus jungit, quibus ſimiliter & pariter idem jus eademve res relinquitur, vel qui conjuncta ſcriptura in eandem rem, vel jus vocantur, ut ſi duo heredes ſcribantur hoc modo, *Primus & ſecundus mihi heredes ſunto, vel, Primus & Secundus ex ſemiſſe heredes ſunto,* vel ſi ita legatum ſit duobus: *illi & illi fundum do, lego.* Atque ita plerunque pari amicorum legari ſolebat: Plinius *libro ſeptimo Epiſtolarum* ſcribens ad Tacitum amicum ſuum. *Eadem legata,* inquit, *& quidem pariter accipimus,* id eſt, conjunctim. Re autem, non etiam verbis conjuncti ſunt, quibus ſeparatim eadem res idemve jus relinquitur, veluti, *Primus heres eſto, Secundus heres eſto,* vel, *Primus ex ſemiſſe, Secundus ex eodem ſemiſſe heres eſto,* vel, *Primo fundum Tuſculanum do, lego, Secundo eundem fundo do, lego.* Hi re per ſe conjuncti ſunt, non verbis: illo autem modo ſimul duobus, vel pluribus eadem res relinquitur, *l. ſi patrono, §. ult. de bon. libert. l. 2. quib. mod. uſuſfr.* Denique illo modo conjunctim legatur, hoc modo disjunctim & ſeparatim: Nam hic articulus *conjunctim* in hac conſtitutione, & *§. conjunctim, Inſtitut. de leg.* & in *l. 1. ff. de uſufr adcreſc.* paſſim in jure noſtro ſignificat conjunctionem rerum & verborum. Hic autem articulus *disjunctim*, vel *ſeparatim* ſignificat conjunctionem rerum, & disjunctionem verborum. Quamobrem illi ſunt omnimodo conjuncti. Hi autem etiam ſunt conjuncti, ſed oppoſiti illis dicuntur disjuncti & ſeparati, *quia*, ut ait Juſtin. *ab ipſo teſtatoris ſermone apertiſſime diſcreti ſunt.* Cur vocantur disjuncti? Quia ab ipſo teſtatore in eundem ſermonem coacti non ſunt. Verbis autem, non re conjuncti ſunt, quibus conjuncta ſcriptura eadem res, idemve jus æquis partibus relinquitur. Veluti *Primus & Secundus ex æquis partibus mihi heredes ſunto,* vel, *Primo & Secundo illum fundum ex æquis partibus do, lego.* Et hi quidem, qui verbis tantum conjuncti ſunt, ſemper partes habent, *d. l. re conjuncti,* id eſt, omni jure, & antiquo, & novo, & omni genere legatorum, ſive legatum ſit per vindicationem, ſive per damnationem, & omni tempore, id eſt, non concurſu tantum, ſed etiam ſtatim ab initio partes habent, quas fecit teſtator in relinquenda hereditate, & legato. Et hoc diſtant tantum verbis conjuncti a ceteris. Illi, qui re & verbis conjuncti ſunt, vel re tantum, non ſemper ab initio partes habent, ſed concurſu tantum, aut ne concurſu quidem. Nam hac in re eſt longa differentia inter jus antiquum, & jus novum, & inter eos, quibus conjunctim relinquitur, id eſt, qui conjuncti ſunt re

(†) *Vide Merilli. Variant. ex Cujac. lib. p. cap. 39.*

A & verbis, & eos, quibus relinquitur disjunctim, id eſt, qui ſunt conjuncti re tantum, & inter eos, quibus conjunctim, vel disjunctim per vindicationem legatur, & inter eos, quibus per damnationem legatur. Et primum dicamus de iis, quibus disjunctim eadem res legatur. Si disjunctim eadem res legetur per vindicationem hoc modo, *Primo illum fundum do, lego, Secundo eundem, fundum do, lego,* vel hoc modo, *Primus fundum capito, ſumito, habeto, Secundus eundem fundum ſumito, capito vel habeto.* Hoc genere ſinguli ab initio ſolidum habent, concurſu autem partes faciunt, id eſt, utroque concurrente, vel agnoſcente legatum, nullo repudiante, nullo deficiente: nam palam eſt eo genere ſingulis initio adſcribi ſolidum, ſed per concurſum faciunt partes. Et hoc ita oſtendit Paulus 4. *Sentent. tit. de leg.* & B Cajus *lib. 2. Inſtit. tit. de leg. in fine.* Unde in lib. regul. Ulpiani *tit. de legatis,* ubi ita ſcriptum eſt, *ſi quidem disjunctim* (loquitur de legato per vindicationem) *ſingulis in ſolidum debetur* Primum illa verba non ſunt in archetypo, quem mihi nuper Lutetiæ communicavit D. Tilius, qui eſt poſſeſſor hujus libri. Et vero falſum eſt, etiam re eadem disjunctim per vindicationem legata, ſingulis deberi in ſolidum. Itaque ſpacium, quod in illo archetypo eſt vacuum, ita repleri poteſt, *ſi quidem disjunctim, ſingulis partes debentur,* id eſt, concurſu partes faciunt, licet initio ſingulis ſolidum ſit adſcriptum. Idem vero eſt in legato per præceptionem, ut quibus disjunctim ita legatum eſt, partes concurſu faciant, *l. 7. ſup. de leg.* nam & legati per præceptionem, ſive prælegationem eadem fere ſunt verba, atque per vindicationem, nempe, C *præcipito, tibique habeto:* ut eſt in Reg. Ulp. Sed ſi per damnationem eadem res ſit disjunctim legata hoc modo, *Heres meus damnas eſt Primo dare fundum illum: heres meus Secundo eundem fundum dare damnas eſto.* Hoc genere ſingulis ſolidum debetur, uni res integra, alteri æſtimatio rei integræ, ita ut ille rem auferat, qui agere præoccupaverit, & re ablata a diligentiore, ea in re nihil juris ſuperſit alteri, ſed integram habeat actionem de æſtimatione, quod Ulpianus, & Paulus, & Cajus ſupradictis locis docent. Et eodem jure omnino fuit legatum ſinendi modo, quod & pene ſimilibus verbis relinquitur: *Heres damnas eſto ſinere illum rem illam habere, ſive ſumere,* quod eſt præſtare: nam ſinere eſt pati, & *patientia* pro traditione & præſtatione eſt, *l. 3. de uſufr. l. ſi ego, §. 1. de Public. in rem act.* Eodem jure eſt fidei- D commiſſum, quo legatum per damnationem non in hoc juris articulo tantum, ſed etiam in aliis: Nam quæcunque per damnationem legari poſſunt, & per fideicommiſſ. relinqui poſſunt, Ulp. *tit. de fideicommiſſ. lib. Reg.* Et ut electio eſt heredis, ſi homo generaliter, aut illud, aut illud legetur per damnationem, ita etiamſi relinquatur fideicom. *l. ſi a ſubſtituto 45. §. 1. de leg. 1. l. ſi is cui, l. ſi ita relictum, §. ult. de leg. 2.* ut plane appareat in omnibus idem eſſe jus legati & fideicommiſſi per damnationem. At notandum ex hac l. Juſtiniani, ſublatam eſſe hanc differentiam inter legatum per vindicationem, & legatum per damnationem, quandoquidem ita conſtituit, *ut quoquo modo legata ſit eadem res disjunctim, legatarii concurſu partes faciant, nec ſingulis ſolidum debeatur.* Notavit tamen differentiam juris antiqui Ju- E ſtin. *in §. ſin autem disjunctim,* eo loco: *Cum in uno tantum legati genere,* quod accipe, non ut inquit Accurſius, de re legata per vindicationem, ſed de legato damnationis relicto disjunctim duobus, aut pluribus, ut ſcilicet voluerit jus antiquum ſingulis præſtari ſolidum; velit autem Júſtin. ſingulis tantum, ſi omnes concurrant, præſtari partes æquas: ſed addit exceptionem: *niſi apertiſſime appareat teſtatorem ſingulis ſolidum dare voluiſſe, alii rem, alii æſtimationem,* quam exceptionem, ut & ſtilus prodit, omnino verum eſt ex hac conſtitutione Tribonianum inſeruiſſe pluribus locis juris, ut in *l. ſi pluribus, l. filiusfamil. §. finali, de legat. 1. l. 13. §. ult. de leg. 2. l. 20. de leg. 3. l. duos, de uſufr. leg.* Et hæc de eadem re duobus disjunctim legata. Nunc videamus de

eadem re duobus conjunctim legata. Quo in articulo est etiam differentia inter legatum per vindicationem, & legatum per damnationem nondum sublata, quia ducitur ex conjectura voluntatis defuncti, & ex figura verborum, quæ sunt notæ voluntatis defuncti. Itemque inter jus antiquum & novum, & hac distinctione adhibita facile dissipatur dissidium inter *l.80. conjunctim, de leg.3.* quæ ait conjunctim omnibus heredibus institutis, vel conjunctim legato relicto, aut solidam hereditatem, aut solidum legatum singulis dari ab initio, partes autem concursu fieri, & *l.34.plane, §.si conjunctim, de leg.1.* quæ ait conjunctim re legata duobus, ab initio partes fieri: quod dissidium interpretes nostri, qui erant veteris juris ignari, numquam componere potuerunt: utroque loco conjunctim, est re, & verbis: Nam hic articulus, conjunctim, ut dixi, numquam aliter accipitur. Sed res componi hoc modo debet. *Hi, quibus conjunctim per vindicationem legatur, concursu partes faciunt, non ab initio partes habent: ut* Ulpianus lib. regular. *eod. t. de legat.* ostendit apertissime. Et ita accipienda *d. lex conjunctim*, cum satis aperte loquatur de legato vindicationis, loquens nempe de hereditate, quæ semper per vindicationem relinquitur, *heres esto, & delegata dato.* Nam do est verbum vindicationis. Hi autem, quibus per damnationem conjunctim eadem res legatur, ab initio quasi divisim partes habent in ea re æquas. Et ita sane accipienda est *d. l. plane, §. si conjunctim.* Et præterea, ut ostendatur differentia juris antiqui & novi, *lex conjunctim*, est accipienda secundum jus antiquum, quod scilicet obtinuit ante legem Papiam. Nam ea lex est ex lib. Celsi 35. ff. quo constat ex *l. 1. de Reg. Caton.* Celsum tractasse de regula Catoniana, quæ pertinet ad jus antiquum, non ad leg. Papiam: *lex* autem *plane, §. si conjunctim*, etiam vera est, licet plane contrarium statuat, non secundum jus antiquum, sed secundum jus novum, id est, secundum l. Papiam, ex qua pars non concurrentis conjuncti caduca fit, sive per vindicationem, sive per damnationem legatum relictum sit. Et ita dissidium illud componi debet. Diximus in hac constitutione conjunctos vocari eos, qui re & verbis sunt conjuncti, disjunctos esse, qui non verbis, sed re tantum conjuncti sunt; cujus in hoc tractatu meminisse semper oportebit. Eorum, qui verbis, non re conjuncti sunt, ratio hic nulla habetur, quia verborum conjunctio sola nullius momenti est, *l. si ita quis heredes 14. de hered. instit.* Nisi illa conjunctio verborum nuda ex voluntate testatoris accipiatur pro duplici, id est, pro conjunctione nominum & rei: ut si testator ita dixerit, *Primo & Secundo illum fundum æquis partibus do, lego*, non ut ipse faceret partes ab initio, sed ut demonstraret, quas per concursum partes habituri forent: quo casu verbis tantum conjuncti pro utroque modo conjunctis habentur. Et hujus voluntatis argumentum est in *l. si duobus 16. §. ult. de leg. 1.* cujus species hæc est: Testator legavit mihi & postumis eandem rem conjuncta oratione ex virilibus partibus, id est, adscriptis virilibus partibus: nullo nato postumo, ego totam rem vindicabo, non tantum virilem partem, quia testator adscripsit partes viriles, non ut nos separaret, sed ut demonstraret plurimis postumis natis, non unam se mihi partem, alteram postumis dare velle, sed omnibus viriles: quia nullo postumo nato, tota res ea ad me pertinet, quasi solido mihi ab initio relicto, *l. 7. & 8. de reb. dub.* Dixi etiam conjunctos per vindicationem jure antiquo, quo utimur, ab initio solidum habere, partes autem concursu facere. Unde sequitur, non concurrentis partem adcrescere alteri secundum generalem definitionem Celsi, quæ est in *l. 3. de usufr. adcresc.* Totiens scilicet jus adcrescendi esse, quotiens duobus, qui in solidum habuerunt rem ab initio, concursu dividitur res; atque ita, qui non concurrit, qui non capit partem, non facit etiam partem socio, id est, non impedit quo minus habeat totum, non numeratur in partibus faciendis: Nam non capientem partem, non facere partem socio, hoc nihil est aliud, quam partem non capientis adcrescere socio. Ex l. Papia non capientis pars caduca fiebat, quæ hodie sublata est. Dixi etiam conjunctos per damnationem ab initio partes habere: Unde sequitur, inter eos non esse jus adcrescendi, secundum definitionem Celsi, quia non concursu partes faciunt, sed habent ab initio partes factas & adscriptas a testatore. Verum pars non capientis, non concurrentis, in hereditate remanet, ut nominatim scribit Ulpian. lib. regul. *tit. de leg.* Atque hoc casu, qui non fert, non capit partem, socio tamen partem facit, id est, non patitur ut socius habeat totum. Et hoc ex jure antiquo, quo utimur: Nam ex l. Papia & hoc casu non capientis pars caduca fiebat. Eadem vero ratio fuit conjunctorum verbis tantum, quæ conjunctorum re & verbis per damnationem. Nam sicut hi ab initio partes habent, qui sunt conjuncti verbis & re per damnationem: Ita qui verbis tantum sunt conjuncti, non re, ab initio partes habent, *d. l. re conjuncti.* Unde sequitur inter eos non versari jus adcrescendi secundum regulam Celsi: quod etiam demonstrat *lex pen. & ult. de usufr. adcrescen.* Et ideo non capientis pars jure antiquo apud heredem remanet, exemplo conjunctorum re & verbis per damnationem. Hoc ita, ut supra dixi, si non testator, quos verbis tantum conjunxit, palam etiam re conjungere voluerit, quod in dubio præsumitur. Et inde quæstio nata est *d. l. re conjuncti*, quæ fama est celeberrima, uter utri præferatur in jure adcrescendi. Species ejus hæc est. Finge testatorem ita legasse, *Primo & Secundo fundum illum do, lego. Tertio eundem fundum do, lego.* Deficiente primo, pars ejus adcrescit soli Secundo, non Tertio, quia conjunctus re & verbis præfertur re tantum conjuncto, & ceteris omnibus collegatariis, & ut ait *d. lex præfertur*, id est, præfertur omnimodo sine ulla distinctione, ut *l. 1. §. idem ait, de usufr. adcresc. l. Sempronius, §. ult. de usufr. leg.* At finge rursus, quæ species est difficilior, testatorem ita legasse pluribus eandem rem; *Primo & Secundo fundum illum do, lego, Tertio fundum eundem do, lego, Quarto & Sexto eundem fundum æquis partibus do, lego*: si omnes concurrant, si omnes amplectantur legatum, fient quatuor partes fundi, quia conjuncti omnes unius personæ potestate funguntur, *l. plane, in princ. de leg. 1. & hac lege, §. hoc ita tam varie*, sicut plures conditiones conjunctim datæ unius loco habentur, *l. 5. de condit. instit.* Ergo in hac specie Primus & Secundus pro uno habentur. Et rursus Quintus & Sextus æque pro uno habentur: Deficiente autem Primo, proculdubio soli adcrescit Secundo, quia re & verbis conjunctus præfertur ceteris omnibus. Deficiente autem Tertio, Quartus non erit potior in portione Tertii, quæ deficit, sed portio Tertii adcrescit omnibus pro rata 1. 2. 4. 5. & 6. quia omnes Tertio sunt re conjuncti. Re enim conjunctus dicitur non tantum, qui in toto, sed & qui in parte conjunctus est, *l. 3. §. non solum, de usufruct. adcresc. l. 3. §. pen. quibus modis usufr. amitt.* At deficiente Quinto, lex ait, quæstionis esse, *an Sextus potior sit, quia ei est conjunctus verbis tantum*, id est, an præferatur ceteris collegatariis, ut portionem Quinti deficientis solus capiat: & ait, quæstionis esse propter ambiguam voluntatem testatoris: denique quæstionem esse voluntatis, quia incertum est, utrum testator, dum brevitati studet, ita dixerit, *Quinto & Sexto eundem fundum æquis partibus do, lego*, an consulto consilio eos ita conjunxerit. Et in dubio verius esse ait, *ut & ipse præferatur.* Sic recte Florent. *ut & ipse*, id est, ut non tantum re & verbis conjunctus præferatur ceteris omnibus, sed etiam verbis tantum conjunctus, & eandem prærogativam habeat verbis tantum conjunctus, quam habent conjuncti re & verbis, quasi testator videatur non frustra eos conjunxisse, & non celeritati studuisse in dubio, ut *l. 66. de hered. instit.* sed data opera eos conjunxisse, ut eodem jure essent invicem, quo qui re & verbis conjuncti sunt. Denique ex sententia defuncti, ut habeatur pro conjunctis re & verbis. Et hæc est sententia *d. l. re conjuncti.*

Ne-

Neque obstat huic definitioni *lex Mævio* 41. *de leg.* 2. ex qua efficiunt, verbis tantum conjunctum non præferri ceteris. Species ejus hæc est: Testator ita dixit: *Primo fundi illius partem dimidiam, Secundo partem dimidiam do, lego, Tertio eundem fundum do, lego*: deficiente Secundo, quid fiet? An portio Secundi adcrescet Primo? Adcrescet, inquit lex *Primo & tertio*, quod est verissimum: & ut rem aperiam statim, Primus & Secundus non sunt conjuncti verbis: verborum conjunctio est nominum complexio, *l. triplici, de verb. signific.* Nomina Primi & Secundi in ea oratione non conjunguntur. Ergo non sunt conjuncti, sed separati, ut ait lex ipsa, partes eis fuisse legatas separatim, id est, separata oratione: Nam in illa oratione, *Primo illius fundi partem dimidiam*, subauditur, verbum per Zeugma, *do, lego*, ac perinde est, ac si dixisset, *Primo illius fundi partem do, lego. Secundo ejusdem fundi partem dimidiam do, lego. Tertio eundem fundum do, lego.* Sunt igitur omnes re conjuncti: Nam & qui in partem conjunctus est, etiam conjunctus est re. Et ideo portio Secundi, quæ deficit, adcrescit Primo & Tertio pro rata, id est, ita ut Tertius in fundo habeat duas partes, Primus unam, quia quemadmodum in legato Tertius altero tanto plus habet, quam Primus: Ita in portione Secundi, quæ adcrescit, eadem ratio servanda est: si omnes concurrerent, Primus Secundus, Tertius, Tertio daretur dimidia pars fundi, altera dimidia divideretur inter Primum & Secundum. Nam Primus & Secundus sunt re conjuncti propter Tertium, qui nullo modo essent conjuncti, non adiecto Tertio, ut si ita legasset, *Primo illius fundi partem dimidiam, Secundo partem dimidiam do, lego.* Primus & Secundus in hac specie nec re, nec verbis sunt conjuncti, quia nec nominum connexus eos conjungit, nec in eandem partem dimidiam vocantur, sed Primus in unam, Secundus in alteram dimidiam. Et consequenter inter eos non est jus adcrescendi, & si deficiat portio Secundi, ea remanebit in hereditate, non etiam adcrescet & Primo. Et similiter retenta specie eadem *l. Mævio*, deficiente Secundo & Tertio, Primo, qui superest, nihil adcrescit, quia testator non plus dimidia ei dari voluit. Et jus adcrescendi non facit, ut quis plus habeat, quam testator dare voluerit, sed ne minus habeat, quia iis tantum competit jus adcrescendi, qui ab initio solidum habent, & excessu tantum interveniente locum habet, id est, quoties quis excessit assem. At non excessit assem, qui uni adscripsit partem dimidiam, & alteri alteram dimidiam. Unde, ut ponatur nova species rei dilucidandæ gratia, si testator ita dixerit: *Primo fundi partem dimidiam, Secundo dimidiam, Tertio dimidiam do, lego*, qua in re est excessus: Nam duæ tantum dimidiæ sunt cujusque rei, non tres. Igitur inter eos tres collegatarios est jus adcrescendi, quia excessus eis adcrescit pro rata, si concurrant omnes, vel deficiente Primo aut Secundo, aut uno ex iis, excessus adcrescit ceteris duobus: Deficiente autem Primo & Secundo, Tertio nihil adcrescit, ne habeat plus, quam dimidiam fundi, contra voluntatem defuncti. Nam jus adcrescendi manat ex voluntate defuncti, qui singulos voluit habere solidum non concurrentibus ceteris, partes æquas concurrentibus ceteris. Hæc voluntas inducit jus adcrescendi. Dixi postremo, disjunctos quoquo genere eis legatum sit, ex hac constitutione concursu partes facere, unde sequitur inter eos jus esse adcrescendi, quod jure antiquo; & l. Papia tantum erat inter disjunctos per vindicationem. Nam singulis, qui disjuncti essent per damnationem, solidum debebatur, uni res, alteri æstimatio, sive pretium, quod hæc constitutio tollit cum hac exceptione, nisi apertissime appareat testatorem singulis solidum dare voluisse. Unde quæro, cur ex lege Papia erat jus adcrescendi inter disjunctos per vindicationem, non inter conjunctos, sed non capientis pars caduca fiebat? Et ratio hæc est summe notanda, quia singulis, qui disjuncti sunt, maxime per vindicationem, solidum ab initio palam legatur hoc modo: *Primo illum fundum do; lego,*

A *Secundo eundem fundum do, lego.* Et jus adcrescendi nihil aliud est, quam retentio solidi non concurrente collegatario. Conjunctis autem hoc modo, *Illi & illi fundum illum do, lego*, singulis tacite, non palam solidum, id est, totus fundus legatur: ideoque non habet locum jus adcrescendi: aut non concurrente collegatario, solidi, quod palam iis relictum non erat, non habebant retentionem, sed portio non concurrentis caduca fiebat. Et hæc ratio diversitatis efficit etiam hodie, ut restituto jure antiquo, conjuncto non adcrescat invito, id est, ut invitus non retineat solidum, quod palam ei relictum non est: disjuncto autem adcrescat invito, in §. *sin vero non omnes*, & §. *ubi autem l.* 1. ut invitus retineat solidum, quod palam ei relictum est, quia unum legatum scindi non potest, *l.* 4. *&* 6. *de leg.* 2. Et qui unius legati partem capit,

B totum capit, & adquirit etiam invitus, *l. si cui res* 59. *eod.* Et ab herede ad legatarium pervenit exemplum, Paulus *Sententiar.* III. *tit. de leg.* §. *ejus rei*, ut quemadmodum hereditas non potest scindi, seu pro parte adiri, pro parte repudiari, §. *in his itaque, hac l. & l.* 7. *&* 12. §. *ex testa. de bonis liber.* Ita nec legatum scindi potest, quia scindere legatum est fastidire judicium defuncti, dum partem honoris delati a defuncto respuis, partem amplecteris, *c'est estre trop delicat:* nam quos vulgus vocat delicatos; non aliter Latine dicere possumus, quam fastidiosos .i. qui respuunt cibos. Et hoc est quod initio hujus partis posterioris proponit Justin. hereditatem ab herede scindi non posse. Quare hic locus exigit, ut deinceps ex ordine, quem instituit Justinian. omnia nos exponamus, quæ is in posteriore parte tractat de heredibus conjunctis, deinde de fideicommissariis & lega-

C tariis conjunctis, quæ nos persequemur sigillatim.

Ad §. Ubi autem legatarii, *vel fideicommissarii duo forte, vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit: si quidem hoc conjunctim relinquatur, & omnes veniant ad legatum, & pro sua portione quisque hoc habeat. Si vero pars quædam ex his deficiat; sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrescere: vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est. Cum vero quidam voluerint, quidam noluerint: volentibus solummodo id totum accedere. Sin autem disjunctim fuerit relictum: si quidem omnes hoc accipere & potuerint & maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat: & non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam ejus rei æstimationem accipere desiderent: cum hujusmodi legatariorum avaritiam antiquitas*

D *varia mente susceperit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans. Nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis, & fideicommissis imponentes, & antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam. Hoc autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime, & expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem æstimatio rei singulis in solidum præstetur. Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, hæc solida ejus sit; quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum adsignare videtur, aliis supervenientibus partes a priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur. Sin vero nemo alius veniat, vel venire potuerit, tunc non va-*

E *cuatur pars, quæ deficit, nec alii adcrescit, ut ejus, qui primus accepit legatum augere videatur: sed apud ipsum, qui habet, solida remaneat, nullius concursu deminuta. Et ideo si onus fuerit in persona ejus, apud quem remanet legatum adscriptum: hoc omnimodo impleat, ut voluntati testatoris pareatur. Sin autem ad deficientis personam hoc onus fuerit collatum: hoc non sentiat is, qui non alienum, sed suum tantum legatum imminutum habet. Sed & varietatis non in occulto sit ratio: cum ideo videatur testator disjunctim hoc reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat. Nam si contrarium volebat, nulla erit difficultas conjunctim ea disponere.*

JUstinian. dividit in heredes & legatarios tractatum de conjunctis & disjunctis, & in heredibus sic distinguit:

guit: aut omnes heredes conjunctim instituti sunt, vel substituti, hoc modo, *Ille & ille, & ille, heredes sunto*, aut omnes disjunctim instituti, vel substituti, ut *Primus heres esto, Secundus heres esto, Tertius heres esto*, aut quidam conjunctim heredes instituti sunt, vel substituti, quidam disjunctim hoc modo, *Primus heres esto, Secundus heres esto, Tertius & Quartus heredes sunto*. Hæc est distinctio Justiniani. Si omnes conjunctim, aut disjunctim nihil refert, heredes instituti, vel substituti sunt, ita constituit, & notanda definitio brevis constitutionis Justin. portionem coheredis, quæ repudiatur, vel quæ deficit ex ea causa, ex qua l. Papia caduca fiebat, vel in causa caduci jure civili, id est, ex duodecim tabulis, jure antiquo, jure ipso, jure tacito, pro portionibus hereditariis adcrescere cum onere suo coheredi, vel coheredibus, qui portiones suas agnoverunt, vel heredib. eorum. Dixi *portionem, quæ repudiatur, vel quæ deficit ex ea causa, &c.* quia portio, quæ pro non scripta habetur, coheredi adcrescit sine onere. Neque huic definitioni locus est in iis, quæ pro non scriptis habentur, exceptis duobus casibus duntaxat, ut ostendit in §. *in primo, hoc t. Dixi, qui portiones suas agnoverunt*. Nam portio portioni adcrescit, adjungiturque; ergo ei tantum adcrescit, qui portionem suam agnovit. Et excipe tantum casum ususf. quia ususf. personæ adcrescit, non portioni, *l. interdum, de usuf. adcresc. l. si Titio, §. ult. de usuf. leg. l. & ad eandem, §. qui cum partem, ff. de except. rei judic.* Quod autem dixi, *cum suo onere adcrescere coheredi portionem coheredis vacantem*, verum est, non tantum si portio deficiat ex ea causa, ex qua l. Papia caduca fiebat; nam quæ ita deficit, vel jure antiquo pertinet ad conjunctum, vel lege Papia ad fiscum cum suo onere. Verum idem etiam est in ea portione, quæ repudiatur, ut licet nominatim ei, qui portionem repudiavit, sit injunctum onus legati, portio ejus adcrescat coheredi cum suo onere, ex constitutione D.Severi, *l. mortuo, §. ult. l. si Titio & Mævio, §. ult. de leg. 2.* Ante constitutionem Severi, qui scripserunt Julianus & Celsus, recte dicebant, portionem repudiatam, cui nominatim impositum fuisset onus, pertinere ad coheredem sine onere, quod alii heredi, qui repudiavit, fuerat nominatim injunctum, *l. pater, §. ult. de leg. 2.* Sed hoc, ut dixi, mutavit constitutio Severi. Dixi etiam, *vel heredibus eorum*, ut intelligamus jus adcrescendi transmitti in heredem, in quem transmissa est portio hereditatis agnitæ ante aditionem. Et hoc distat jus adcrescendi a jure substitutionis, quia hoc non transmittitur, nisi post aditam ex substitutione hereditatem, *l. si ex pluribus, de suis & legit. hered. l. hæc scriptura, §. ult. de condit. & demonstrat.* Ratio differentiæ est, quia substitutio, quæ nondum competit, in bonis nostris non est, *l. substitut. de acq. rer. domin.* Quod autem adcrescit, in bonis nostris esse videtur, etiam antequam adcreverit, quasi ab initio solido nobis relicto. Itemque substitutio substituti personæ cohæret. Portio proprietatis portioni adcrescit, non personæ, sicut alluvio, ut ait *d. l. si Titio, §. ult. de usufr.* quæ recte comparat jus adcrescendi alluvioni: quia & alluvio est jus adcrescendi, quod tamen non a jure civili, de quo heic tractamus, sed a jure gentium venit. Alluvio est jus adcrescendi, cum definiatur esse incrementum latens, quod non videatur antequam accesserit, ut arboris quoque est incrementum latens, & cujuscunque corporis naturalis. Horat. *Crescit occulto velut arbor ævo, fama Marcelli*. Præterea dixi initio, coheredi portionem coheredis adcrescere tacito jure, quod etiam proponitur in *l. testamento, sup. de impub. & aliis subst. l. si quis heres, l. qui ex duabus, §. ult. l. servus communis, de acquir. hered.* Et portio hereditatis, quæ deficit, si coheredi adcrescit invito, ergo & ignoranti ipso jure, *l. heredi cum postumo, d. tit.* Ut suus heres, quia invitus heres existit, & ignorans igitur. Hæc sunt consequentia, invito quid obvenire, & ignoranti. Ideo autem portio hereditatis adcrescit invito, quia hereditas pro parte scindi non potest, ut scilicet pars habeatur jure testati, pars intestati, si testator fuerit paganus, non miles: sed aut tota habenda est jure testati, aut tota intestati, non diviso jure. Ergo non potes partem hereditatis amplecti, quin & te invitum reliqua pars sequatur. *M. Tull. de invent. unius pecuniæ*, inquit, *plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est*, inquit, *ut alius testamento, alius lege heres esset*. Et hæc si omnes conjunctim, vel disjunctim instituti, vel substituti sint. Sin autem quidam conjunctim instituti, vel substituti, & quidam disjunctim, & unus ex conjunctis deficiat, portio ejus non omnibus coheredibus adcrescit, sed reliquis tantum, qui conjuncti sunt cum suo onere, pro hereditariis portionibus. Conjuncti præferuntur disjunctis, quia conjuncti quod adcrescit quasi suum occupant, & ea ratione disjunctos repellunt. Sin autem unus ex disjunctis deficiat, portio ejus adcrescit omnibus heredibus cum suo onere, qui eodem testamento instituti, vel substituti sunt pro hereditariis portionibus, *l. heredes, l. liber, §. cum quis, D. de hered. instit. l. quidam, sup. de jure delib.* quam constitutionem intellexit Justin. in §. *his ita definitis*, dum ait, idem fuisse constitutum in suis decisionibus, ne scilicet hereditas pro parte scindatur, nimirum in *d. l. quidam*. Ideo autem portio disjuncti, quæ deficit, omnibus adcrescit, ut in hac specie, *Primus heres esto, Secundus heres esto, Tertius & Quartus heredes sunto*. Portio Primi, si deficiat, adcrescit omnib. heredib. Portio autem Tertii, si deficiat, soli Quarto adcrescit, videl. ut posui, ita concepta institut. heredum quatuor. *Primus heres esto: Secundus heres esto: Tertius & quartus heredes sunto*. Et ita omnino debet poni species, ut omnes heredes sint instituti sine partibus: Nec n. ullæ partes eis sunt adscriptæ, & ideo deficiente Primo, vel Secundo, omnib. adcrescit, deficiente Tertio, vel Quarto, soli conjuncto, non omnib. videlicet, cum proponuntur omnes scripti sine partib. & hæc est ratio, quia disjuncti quod accrescit quasi alienum occupant. Igitur non debent, quod alienum est, sibi soli vindicare, sed in eo admittere reliquos coheredes. Et hæc ratio redditur in §. *hoc ita tam.* quem non immerito obiicies §. *sin autem conjunctim, h.t.* In quo dicitur, disjunctos solidum accipere quasi suum, deficiente aliquo ex disjunctis, quod est verum, quia disjuncto ab initio solidum palam relinquitur. Et verum quidem est, eum deficientibus collegis solidum capere quasi suum, sed cum concurrunt alii collegæ, vel socii, vel coheredes, solidum non possunt accipere quasi suum, sed id, quod deficit, debent communicare omnibus conjunctis in totum, vel in partem. Id notandum, quod dixi, huic sententiæ locum esse, cum omnes coheredes proponuntur scripti sine partib. partim conjunctim, partim disjunctim: Nam si quidam scripti sunt disjunctim ex partibus, quidam sine partib. conjunctim hoc modo, *Primus ex quadrante heres esto, Secundus ex triente, Tertius & Quartus heredes sunto*, deficiente Primo, vel Secundo, sine dubio accrescit omnib. pro hereditariis portionibus cum suo onere, deficiente quoque Tertio accrescit omnibus, non soli Quarto, & deficiente Quarto, non soli Tertio, sed omnibus, *l. item quod qui, §. 1. de hered. instit.* Ratio est, quia Tertius Quarto conjunctus est nudo sermone tantum, & nudis verbis, quæ conjunctio nullius momenti est, nisi & in eandem rem vocentur & jungantur. Atqui Tertius & Quartus non vocantur in rem certam .i. in partem certam, quia sine partibus scribuntur. Non ergo sunt conjuncti, qui sine re scribuntur .i. sine parte. Cum alii ex parte scripti sunt, quod attinet ad jus adcrescendi, portio Tertii non soli Quarto, sed omnibus adcrescit. In legatariis autem & fideicom. ita distinguit: aut conjunctim duobus, aut pluribus eadem res relicta est, aut disjunctim: Si disjunctim, portio, quæ deficit, remanet apud eum, qui agnovit suam partem, potius quam adcrescit, quia singuli ab intio solidum habuerunt, solidum ergo retinet suo jure, nullo concurrente, qui solus agnoscit legatum. Si conjunctim fuerit eadem res pluribus legata, pars, quæ repudiatur adcrescit conjunctis, si modo partem deficientem amplecti volunt, non etiam invitis, & adcrescit pro parte virili, ut ait §. *ubi au-*

tem,

lem, *hoc tit.* Sed rectius *l. Mævia, de leg.* 2. pro portione legati adcrescere dicit. Igitur in §. *ubi autem* pro virili portione, videlicet si viriles habent in legato .i. æquas, & personales partes: sin æquales, pro virili, pro ratione legati cujusque, *d. l. Mævio*. Nam & virilis nomine rata significatur, id est, τὸ ἀνάλογον, §. *ult. Instit. de inoffic. test. l.* 1. *sup. unde lib.* Et ita virilem portionem accipere oportet in §. *sed ut manifestetur, hoc tit.* ut ibi recte Accursius; ut quemadmodum heredibus inter se pro partibus hereditariis adcrescit, ita etiam adcrescat collegatariis pro portione legati: nec sit in hac re ulla differentia inter heredes, & collegatarios, inter quos invenio tantum tres esse differentias hac in re. Prima est. coheredi conjuncto, vel disjuncto adcrescit invito, quia scilicet juris potestate singuli heredes, etiamsi disjuncti sint, in assem vocantur ab initio, propterea quod as scindi non potest, adeo ut, qui sunt disjuncti, videantur conjuncti esse. Conjuncto autem legatario non adcrescit invito, sed volenti tantum, disjuncto adcrescit invito. Et rationem reddidi in fine sup. recitationis. Secunda hæc est: Heredi conjuncto, vel disjuncto adcrescit cum onere. Conjuncto legatario etiam adcrescit cum onere, disjuncto autem sine onere, id est, sine onere ullo legati, aut fideicommissi, quod relictum est ab eo, cujus portio deficit, non etiam sine onere, ut etiam hic Justin. declarat, quod relictum est ab eo nominatim, cui adcrescit deficiens portio. Ratio differentiæ inter conjunctum, & disjunctum legatarium hæc est, quia disjuncto solidum legatur ab initio propalam. Suum ergo legatum capit, non alienum. Igitur id tantum onus subit, quod suo impositum est, non alieno. Denique portio deficiens ei adcrescit sine onere illo, quod injunctum fuit ei, qui deficit. Conjunctus autem alienum legatum capere videtur, quia ei palam solidum relictum non est. Et proinde dicimus conjuncto proprie adcrescere, id est, conjuncti portionem augeri deficiente conjuncto, disjuncto autem non decrescere potius, quam adcrescere, id est, disjuncti portionem non minui concursu potius, quam augeri. Et secundum hanc distinctionem inter conjunctum, & disjunctum legatarium est accipiendum, quod dictum est in §. *pro secundo*, & §. *ne autem, sup.* portionem deficientem pertinere ad conjunctum cum onere, conjuncti nomine proprie accepto, ut dixi semper esse accipiendum in hoc tit. & in omni jure: & eadem distinctio adhibetur non tantum in onere legati, vel fideicommissi præstandi, sed etiam in onere conditionis, *l. si separatim*, quæ est de disjunctis, *l. si quis legata*, §. *fin.* quæ est de conjunctis, *ff. de condit. & demonst.* Tertia differentia est: Pars coheredis, quæ deficit, semper coheredi adcrescit. Pars collegatarii, quæ deficit, etiam collegatario adcrescit, si sint disjuncti ex hac constitutione, sublata differentia inter legatum per damnationem, & per vindicationem. Nam pars collegatarii, quæ deficit collegatario adcrescit, si sint conjuncti per vindicationem, *l. si duobus*, §. *ult. l. liberatum*, §. 1. & *l. plane*, §. *si duobus, de leg.* 1. *l. si servo sub conditione, de statulib.* Sed si sint conjuncti per damnationem, pars, quæ deficit, non adcrescit collegatario, sed remanet apud heredem. Ita accipienda est *d. l. si duobus*, & *lex plane* §. *si conjunctim, de legatis* 1. & *l.* 7. *de leg.* 2. Nec invenio hanc differentiam esse sublatam, quæ est inter legatum per damnationem, & legatum per vindicationem. Atque ita explicitus est tractatus de conjunctis, & disjunctis, qui cœpit a §. *his ita definitis, usque ad* §. *quæ autem antiquis*.

Ad §. Quæ autem antiquis *legibus dicta sunt de his, quæ ut indignis auferuntur, & nos simili modo intacta servamus: sive in nostrum fiscum, sive in alias personas perveniant.*

Ad §. Cum autem *in superiore parte legis non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus: necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit: hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit, & potuerit, pervenire. Quod si hoc non sit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sint, vel accipere nolint, vel aliquo modo non capiant, tunc ad nostrum ærarium devolvatur.*

Ad §. Hæc autem *omnia locum habere censemus, tam in testamentis, sive in scriptis, sive sine scriptis habitis, quam in codicillis, & omni ultimo elogio, vel si quid ab intestato fuerit derelictum, nec non in mortis causa donationibus. Tantum enim nobis superest clementiæ, quod scientes etiam fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari, tamen nec illi pepercimus, nec Augustum privilegium exercemus: sed quod communiter omnibus prodest: hoc rei privatæ nostræ utilitati præferendum esse censemus, nostrum esse proprium subjectorum commodum imperialiter existimantes.*

JUstinianus postquam egit de iis, quæ testamento, vel codicillis ab intestato, vel testamento factis, relinquuntur, & quocunque alio ultimo judicio, sive hereditates sint, sive legata, sive fideicomm. aut donationes causa mortis, si deficiant post testamentum, vel ultimam voluntatem vivo testatore, vel post mortem ejus ante apertas tabul. testamenti, ultimive judicii cujuscunque: postquam, inquam, ea lege Papia caducaria derogata, definivit caduca non fieri, sed in hereditate remanere, vel ad conjunctos, aut disjunctos, modo cum suis oneribus, modo sine onerib. pertinere: Nunc in hoc §. docet, ea tantum caduca fieri, quæ ut indignis auferuntur, quæ Ulp. in *tit. de dominiis, lib. reg.* scribit appellari ereptoria, quod ea jure tenenti eripiat fiscus. Et scribit etiam, ea eripi ex *l. Papia*, ut recte dixerim ante Justin. *l. Papiam* caducariam non abrogasse penitus. Nam derogavit *l. Papiæ* in iis tantum, quæ deficiunt ante mortem testatoris, vel ante apertas tabulas, non etiam in iis, quæ non deficiunt quidem ulla ex causa jure ipso, sed ut indignis auferuntur. Hæc enim plerumque caduca fiunt etiam hodie, id est, recidunt in fiscum cum suis oneribus ex *l. Papia*, exceptis certis casibus, quibus ea, quæ ut indignis, non ad fiscum, sed ad alias personas devolvuntur, ut in casibus *l.* 5. & *l. pen. sup. de legat.* Et in casu *l. si ex voluntate, sup. de donat. inter vir. & uxor.* Est etiam casus in *l. si patroni*, §. *qui fideicommissa, D. ad SC. Treb.* Item alius in *l. ab hostibus*, §. *ult. solut. matr.* & alius in *l.* 5. §. *amittere, D. de his quibus ut indig.* & alius in *Nov.* 115. In quibus perscrutandis suadeo, ut vos exerceatis. Non abrogat etiam Justinianus hac constitutione, ut dixi in §. *cum autem l. caducariam*, ex qua scilicet bona vacantia, id est, bona, quæ Græci vocant ἀδέσποτα, *qui n'ont point de maistre*, & ἀκληρονόμητα, id est, bona ejus, qui vita decessit nullo relicto successore testamentario, vel honorario, vel legitimo, quæ populo deferuntur, ut ait Ulpianus *lib. regul. tit. de possess. dandis*, & *l. quidam*, §. *quoties, de leg.* 1. Et Cornelius Tacitus 3. *annal. populum veluti parentem omnium vacantia tenere*. Hodie vacantia fisco, sive principi deferuntur æque, ut parenti omnium, ut constat ex *tit. de bon. vacant. lib.* 10. Et Strabo *lib.* 17. ἀδέσποτα, πίπτειν εἰς Καίσαρα. Et inde *lib. Sententiarum* Pauli *tit. de jure fisci & populi*: Inde libri Callistrati *de jure fisci & populi*, ut in inscriptione *l.* 1. *de bonis damnat.* Et Lampridius in Alexandro: *leges de jure fisci & populi moderatas, & infinitas sanxit*. Et jus omne populi translatum est in Principem. Populi fuit leges ferre, & perferre, *l. de quibus, D. de legib.* hodie est Principis, *l. ult. sup. de legib.* Populus creavit magistratus, hodie Princeps, *l.* 1. *ad l. Jul. de amb.* Populus indixit bella, *l. hostes, de verb. signifi.* hodie Princeps solus, *l.* 4. *C. ad l. Jul. Majest.* Adoptio apud populum fiebat, *l.* 1. & 22. *inf. de adoption.* hodie apud Principem solum. Populus a magistratu appellabatur, hodie Princeps, *l.* 1. *D. a quibus appell. non liceat.* Bona vacantia populo deferebantur, hodie Principi. Atque ita hæc constitutio duobus casibus admittit caduca, si qua auferantur ut indignis, & si qua sint vacantia. Et hoc posteriori casu, non aliter admittitur Princeps, quam si deficiant omnes intestati gradus, qui sunt quatuor. Primum enim

si quis

ſi quis deceſſerit ſine teſtamento, ſui vocantur, Secundo legitimi, id eſt, agnati, Tertio proximi cognati, deinde vir & uxor, *l. 1. quis ord. in bon. poſſ. ſerv. poſt eos omnes eſt princeps, ſive fiſcus*. Caſſiodorus in formula Comit. privatorum; *Caduca*, inquit, *bona, non ſinis eſſe vacantia, ita quod uſurpatio potuit invadere, tu fiſcum noſtrum facis juſtis compendiis obtinere. Proximos defunctorum nobis legaliter anteponis, quia in hoc caſu perſona Principis poſt omnes eſt. Et lib. 9.* idem Caſſiodorus *ad Comitem Syracuſ.* hoc illi eſſe commiſſum, ut fiſci titulo nomine caduci vindicet bona peregrinorum, quod nullus eis poſſit eſſe teſtamentarius, vel heres legitimus: quo jure utimur hodie in noſtro regno, ut ſi peregrini non ſunt a rege donati civitate, quod beneficium tollit peregrinitatem, *il les naturaliſe*, nullum in bonis ſuis poſſint habere ſucceſſorem teſtamentarium, vel legitimum alium, quam fiſcum. Et hi peregrini in idiotiſmo dicuntur advenæ: Unde certe deducitur vox vulgaris, *Aubain*. Poſtremo hac conſtitutione declarat Juſt. ſe velle conſtitutioni locum eſſe in futurum, non in præteritum. Nam quæ ante hanc conſtit. acta ſunt ſecundum l. Papiam, ea vult eſſe rata, & ut ait, ſuo marte diſcurrere, ubi malim decurrere, *ut l. 1. ſup. ne liceat potent.* quod alibi eſt ſua natura decurrere. Et ſane hoc diſtat lex a judice, ut docet Cic. *in partitio.* quod judex de præteritis, lex de futuris ſtatuat, *l. 7. de legib. l. pen. C. Th. de hæret. l. cum vix. de legib.* Quod etiam in antiquis legibus exprimi ſolebat, ut in *l. Falcidia*, poſt hanc legem rogatam, *l. 1. ad l. Falcid.* Cic. *in prætura urbana: de jure civili*, inquit, *ſi quis novi quid inſtituit, omnia, quæ anteacta ſunt, rata eſſe patitur. Cedo mihi leges Attinias, Furias, Fuſias* (ſic loquitur) *cedo legem Voconiam: omnes præterea de jure civ. hoc reperies in omnibus ſtatui jus, quo poſt eam legem populus utatur, poſt hanc l. rogatam*. Plato in Theæteto: *ὅταν νομοθετῶμεν, τοὺς νόμους τιθέμεθα εἰς τὸν ἔπειτα χρόνον: cum legem ferimus, in futurum ferimus tempus*: Et Demoſthenes in Timocratem: *ἔγωγε ὤμην δεῖν τὸν νομοθετοῦντα περὶ τῶν μελλόντων ἔσεσθαι, τὸ δὲ περὶ τῶν γεγονότων πραγμάτων νόμους γράφειν οὐ νομοθετεῖν ἐστιν, ἀλλὰ τοὺς ἀδικοῦντας σώζειν. Ego exiſtimo eum, qui legem fert, eam debere ferre de futuris. Nam legem ferre de præteritis, non eſt legem ferre, ſed nocentes ſervare.*

AD TITULUM LII.

DE HIS, QUI ANTE APERTAS TABULAS HEREDITATEM TRANSMITTUNT.

NON aliam ob cauſam datur hic titulus, quam quod conſtitutionis in eo expoſitæ Juſt. fecit mentionem §. *in noviſſ. tit. prox.* ubi expoſita eſt ejus ſententia.

AD TITULUM LIII.

QUANDO DIES LEGATI, VEL FIDEICOMMISSI CEDAT.

HUNC etiam titulum non aliam ob cauſam dat quam ut quod dixit in *tit. de caduc. toll. §. in noviſſimo, & ſeq. de ceſſione diei legatorum, aut fideicommiſſorum*, id confirmet ex veteribus conſtitutionibus, & *l. 1. hoc t.* eſt de annuis legatis, quæ ſcilicet relinquuntur privato homini: Nam annua, quæ Reipub. relinquuntur, vel eccleſiis, perpetua ſunt, quæ privato, morte ejus finiuntur, & quod ait *d. l. 1.* initio cujuſque anni annua legata peti poſſe, intelligo, ut & ab heredibus legatarii peti poſſint, quia poſt mortem teſtatoris initio cujuſque anni eorum legatorum dies cedit, & cœpti cujuſque anni legatum, ſi modo initio ejus A vixerit legatarius, tranſmittitur in heredem legatarii, & hoc eſt, quod ait *l. 4. de annuis leg.* annuo legato relicto, quod vel idem eſt, legato relicto in annos ſingulos plura eſſe legata, primi anni purum, ſequentium annorum conditionalia: hanc enim ineſſe conditionem legatis ſequentium annorum, ſi vivat legatarius, unum eſſe legatum purum, multa eſſe conditionalia: & ideo mortuo legatario ante inchoatum annum ſequentis anni, legatum non tranſire in heredem, *l. 5. & l. in ſingulos, de ann. leg. l. 10. 11. & 12. quando dies legat. l. 1. §. ſi annos, ff. ad l. Falcid. l. 45. ſup. de Epiſc. & Clericis*. Nec obſtat *l. ſi in annos, de cond. & demoſtrat.* quæ dicit legatum relictum in annos decem non deberi initio cujuſque anni, ſed noviſſimo die annorum decem: Nam quid debemus reſpondere ſatis perſpicuum eſt. In ejus l. ſpecie teſtator B non legavit in annos ſingulos, ſed legavit certam ſummam in annos decem, completos ſcilicet, & recte certam ſummam pecuniæ: Nam ſi uſumfruct. legaverit, vel operas in annos decem, intelligimus deberi initio cujuſque anni, quia hæc ſua natura dividuntur in annos, dies, vel menſes, nec unica præſtatione funguntur, ut certæ pecuniæ ſumma, *l. quæſitum, ff. de uſufr.* ex aliis legibus hujus tit. intelligimus in heredem legati, aut fideicomm. petitionem ita demum tranſmitti ſi dies ejus ceſſerit, quod utique fit a morte teſtatoris, ſi legatum ſit purum, vel in diem certum, vel a tempore impletæ conditionis, ſi ſit conditionale, vel in diem incertum, qui & aliquo caſu cedere non poſſit, nec exigit ſcientiam vel agnitionem legatarii. Legatum non agnitum tranſmittitur in heredem, ſi modo dies ceſſerit; hereditas non adita C non tranſmittitur. Nec traditionem rei legatæ exigi, nec aditionem hereditatis, *l. 3. & ult. hoc tit.* Et in *l. 3.* vellem veterem ſcripturam retineri, quæ permanſit in omnibus libris antiquis, *cui legatum, vel fideicommiſſum delegatum erat*, ut apud Egeſipp. *lib. 2. Salome delegatum ſervavit*, id eſt, quod ei Herodes reliquerat: notandum eſt etiam in *l. 4. hoc tit.* veſtigium juris antiqui, quo uxori non habenti ſolidi capacitatem ex teſtamento viri, vel contra, præter decimam partem bonorum matrimonii, licebat etiam legare uſumfructum tertiæ partis bonorum, & cum liberos haberet, ejuſdem partis proprietatem, *l. Lucius, §. maritus, ad SC. Trebell.* Ulpin. *lib. reg. tit. de decimis: vir & uxor*, inquit, *præter decimam, etiam uſumfructum tertiæ partis bonorum capere poſſunt. Et quandoque*, ſic eſt in originali, *non quotcunque liberos habuerit, ejuſ*D*dem partis proprietatem*. Nota etiam ex *l. pen. hoc tit.* legatum ita relictum, *cum ad legitimum ſtatum pervenerit*, non eſſe conditionale: Mora enim ſuſpendi, non conditione, & longa eſt differentia inter moram, & conditionem, *l. 1. de leg. 2. l. heres 49. de condit. & demon. l. quod pure, quando dies leg. & legitimum ſtatum* vocat *l. pen.* quod Græci vocant *ἀκμὴν*, id eſt, *ætatem juſtam, ætatem 25.* annorum, *l. cum pater, §. curatoris, de leg. 2.* qui & *virilis vigor* dicitur in *l. 1. ff. de min.* ad differentiam vigoris pubentis, *l. 4 ſup. qui teſt. fac. poſſ.* Itaque poſt mortem teſtatoris mortuo eo, cui ita legatum eſt: *cum ad virilem ætatem pervenerit*, ante impletum 25. annum, legati petitio in heredem ejus tranſmittitur, ſcilicet ut eo tempore ſolutio fiat, quo legatarius, ſi rebus humanis ſubtractus non fuiſſet, 25. annum impleviſſet. Neque obſtat E huic legi *l. ſi Tit. ff. eod. tit.* & pleræque aliæ ſimiles, in quibus, ut recte Joannes docuit, ab initio legati conditio injicitur hoc modo: *Illi cum erit annorum tot, do, lego*, legatum eſt conditionale: in hac autem lege ab initio pure legavit hoc modo, *illi decem do, lego*, deinde ſolutionis diem adjecit hoc modo, quam pecuniam accipere debebit, *cum ad ſtatum legitimum pervenerit*.

AD

AD TITULUM LIV.

UT IN POSSESSIONEM LEGATORUM, VEL FIDEICOMMISSORUM SERVANDORUM CAUSA MITTATUR, ET QUANDO SATISDARI DEBEAT.

RESTAT ut dicamus de satisdatione *legatorum, vel fideicommissorum servandorum causa*, maxime eorum, quæ sub conditione, vel in diem relicta sunt, quam satisdationem heres legatariis, vel fideicommissariis postulantibus, qui legatum, vel fideicomm. sperant, præstare debet. Postulant eam legatarii a prætore, vel præside sedente pro tribunali, tanquam actionem. Est enim prætoria cautio, ut prætor heredem jubeat cavere legatorum, vel fideicommissorum nomine. Formula cautionis hæc est. *Quod mihi ex testamento, vel codicillis L. Titii dari oportet, vel fieri, id, quibus diebus dari fierique L. Titius voluit, iisdem dari fierive, aut quanti ea res est, tantam pecuniam recte præstari, dolumque malum huic rei, promissionique abesse, absuturumque esse spondes ne?* stipulatur legatarius, promittit heres, a quo legatum relictum est, adpromittit fidejussor, quem dare heres debet: nam hæc cautio non est nuda cautio, sed satisdatio. Herede autem non obtemperante jusso prætoris, non cavente legati nomine, legatarius ex edicto Prætoris mittitur in possess. omnium rerum, quæ in causa hereditaria sunt, dolove malo heredis esse desierunt, *l. 6. hoc tit. l. 1. quibus ex causis in poss. eatur., l. fundus, de ann. leg.* quo genere pignus prætorium constituitur, id est, missio in possessionem earum rerum, quæ fit ex edicto prætoris; eas res pignoris jure facit, ut teneat legatarius, *l. 4. & 5. h. t.* non jure proprietatis, aut possessionis: Nam per hanc missionem in possessionem rerum hereditariarum legatarius, neque rerum proprietatem nanciscitur, neque tam possessionem, quam custodiam perpetuam, ut simul cum herede possideat, & saltem tædio perpetuæ custodiæ heredi extorqueat cautionem legati, *l. 3. §. ult. & l. 10. de acq. poss. l. cum legatorum, ff. ex quib. causis in poss. eatur, l. 5. §. 1. ut in poss. legat.* Et fit etiam uno casu ex constitutione Antonini missio in res heredis proprias, videlicet si post sex menses, quo legatarius adivit prætorem, vel præsidem, heres neque satisdederit, neque legato satisfecerit, *l. 6. h. t. l. 5. l. Imperator, ff. eod.* Et in id, quod est in rub. *& quando satisdari debeat*, notandum est statim, post mortem testatoris, vel aditam hereditatem postulanti legatario satisdari debere, etiamsi nondum dies legati cesserit, ne qua arte heredis interim forte depereat legatum, modo de eo constet, id relictum esse, licet de jure ejus non constet. Qua de re prætor, a quo postulatur satisdatio, cognoscit summatim, & *ταχυμερῶς*, non subtiliter, ut ait *l. 1. h. t.* quæ est rescriptum D. Pii, quod citatur in hanc rem, *l. 3. §. 1. ff. eod. l. hæc stipulatio, §. ult. ff. ut legat. nom.* Hæc sunt opposita *subtiliter, & summatim*. Ita vero demum præstanda est hæc satisdatio, si a testatore remissa non fuerit, si testator non vetuerit eam ab herede exigi: remitti potest quocunque indicio voluntatis ex constitut. Marci & Commodi in *l. 2. h. t.* cujus fit sæpe mentio in Pandect. Idemque confirmat *l. 4. & 7. hoc tit.* ante eam constitutionem testator non potuit prohibere hanc cautionem, quia ut ait *l. nemo, de leg. 1. nemo potest cavere ne leges, vel constitutiones, vel edicta in suo testamento locum habeant*. Qua ratione etiam ante Novellam constit. Justiniani, testator non potuit cavere, ne lex Falcidia induceretur in legatis, & hodie etiam quia deficit constitutio, quæ hoc permittat, non potest testator vetare, ne, quæ etiam ex edicto prætoris a fructuario præstanda est cautio, præstetur, se boni viri arbitratu usurum, fruiturum, & quandoque amisso, vel finito usufructu rei possessionem heredi, aut proprietario restituturum, *l. pen. h. t.* Et similiter non potest a testatore remitti cautio Senatusconsulti de usuf. earum rerum, quæ in abusu sunt, veluti de pecuniæ usuf. quandoque mortuo usufructuario, aut capite deminuto tantam pecuniam reddituiri, *l. 1. sup. de usuf. l. 8. ff. de usuf. earum rerum quæ usu, &c.* quia nisi lex specialis hoc testatori permiserit, non potest ipse cavere, ne in suo testamento leges, constitutiones, Senatusconsulta, edicta, locum habeant, *d. l. nemo*. Et ut eleganter ait Quintilianus *in declamat. Potentius est, quod in albo lego, quam quod in testamento*: Bene est, perveni ad finem hujus materiæ de successione civili, & iis, quæ testamento, vel codicillis relinquuntur. Sequitur materia de successione ab intestato.

AD TITULUM. LV.

DE SUIS ET LEGITIMIS LIBERIS, &c.

INCIPIT tractatus de hereditate intestatorum, quæ primo loco ex *l. 12. tab.* id est, jure civili defertur suis heredibus, id est, liberis, qui in potestate morientis, & in gradu proximiores sunt delatæ hereditatis tempore, sic dictis, quod sint domestici, non alieni, non extranei heredes, scilicet ad discretionem eorum, ut recte Priscianus ait 7. id est, qui secundum leges sui non sunt; qui sub potestate patris legitimi non sunt: Ergo jure civili primum ab intestato ad suos heredes pertinet defuncti hereditas. Et hic tractatus est tantum de hereditate, quæ defertur jure civili, quæ obvenit jure civili, *qui escheoit*, unde in plerisque consuetudinibus Gallicis hereditas vocatur *eschoiete*: Nam de hereditate, sive successione, quæ obvenit jure prætorio dictum est *sup. a tit. 9. usque ad tit. 20.* nihil autem interest sui heredes, utrum sint naturales quæsiti ex justis nuptiis, an adoptivi: nam & adoptio suum heredem facit, *l. 5. hoc tit.* nihil interest utrum liberi nati sint tempore mortis defuncti intestati, an postumi sint: nam & postumi, qui a vivo parente nati fuissent in ejus potestate futuri forent, sui heredes sunt, *l. 4. hoc tit.* nihil etiam interest utrum liberi nati sint ex ingenuis parentibus, an ex libertinis: nam & libertini suum heredem habere possunt, *l. 7. hoc tit.* quæ repetitur in *l. libertos, inf. de patr. potest.* Et ii quidem sui liberi, & heredes ipso jure heredes existunt, id est 12. tab. etiam ignorantes, *l. 8. hoc tit.* Et inviti igitur, qua de causa sui, & necessarii heredes dicuntur passim in jure: unde Apulejus 10. *leges*, inquit, *infantulis necessariam patris successionem deferunt*. Et ii liberi præferuntur matri defuncti intestati, quia liberis magis debetur hereditas, quam matri, vel patri, *l. scripto, §. ult. unde lib.* Et addit *d. l. pen. hujus tit.* (quod notandum maxime) etiam filios, qui neque sunt sui, neque legitimi, id est agnati, quales sunt filii matri, nec enim sunt in potestate matris, nec agnati ei sunt, sed cognati tantum, & vocantur tamen tanquam legitimi ex Senatusconsulto Orfitiano ad successionem matris, & præferuntur aviæ, id est matri defunctæ matris, & præferuntur etiam omnibus legitimis, sive agnatis, & sui quoque, & legitimi liberi, etiamsi ignorantes ipso jure heredes extiterint, atque ita decesserint, quod est jus præcipuum suorum, hereditatem parentum transmittunt in heredes suos qualescunque sint, sive liberi, sive parentes, sive extranei, *l. 8. hoc tit. l. 3. §. cum antiquioribus, supra, de jure delib.* Et recte in hac rub. *de suis & legitimis liberis*, quia licet omnes legitimi, id est agnati non sint sui, ut frater consanguineus est fratri legitimus heres, non etiam suus, tamen omnes qui sunt sui, & legitimi sunt, id est agnati: suitas est species agnationis, *l. de bonis, §. 1. de Carbon. ed. l. 2. unde leg. l. 1. §. sed videamus, de success. ed. l. jurisconf. §. 1. de grad. & affinibus, l. filius, de suis & legit. l. ult. de codicill.* Et contra, qui non sunt sui liberi, nec sunt legitimi, sive agnati, *l. scripto, unde lib.* veluti filii emancipati, nec sunt sui, nec agnati, sive legitimi: item filii nati ex concubinatu, qui naturales dicuntur, proprie

tamen

tamen nec ſunt ſui, nec legitimi, qui proprie dicuntur ſpurii, & vulgo concepti, vulgo quæſiti, ut Lucretius loquitur, volgivaga venere concepti, & Seneca in controverſiis, *publici pueri*: qui ſcilicet patris incerti ſunt, ut *l. 5. inf. ad Senatuſconſ. Orfit. l. divi, de capt. & poſt. l. vulgo, de ſtatu hom.* qua de cauſa eos non dicimus filio ſpurios, nec unquam ita loquimur, ſed filios ſpurii, id eſt, arvi materni, quod & ſpurium, *παρὰ τὴν σπορὰν* dicitur, id eſt, a ſatu, a ſatione, non autem eos nominamus a vaſe paterno, a patre, qui incertus eſt, ſed eos dicimus filios ſpurii, id eſt rei maternæ, non filios ſpurios. Auſonius: *Credo*, inquit, *quod illi nec pater certus fuit, & mater fuit vere lupa*. Solinus in Æthiopia: *Garamantici Æthiopes*, inquit, *matrimonia privatim neſciunt, ſed omnibus vulgo in venerem licet: inde eſt, quod filii matres tantum recognoſcunt, nam paterni nominis nulla reverentia eſt: quis enim verum patrem noverit in hac luxuria inceſti laſcivientis? ea propter inter omnes populos degeneres habentur, nec immerito: quia afflicta caſtitatis diſciplina ſucceſſionis notitiam ritu improbo perdiderunt*: hæc eleganter Solinus. Recte autem *d. l. vulgo*, vulgo conceptos, ſive ſpurios patrem demonſtrare non poſſe, aut poſſe quidem, ſed eos habere patrem, quem habere non licet. Qui locus demonſtrat etiam filios ſuſceptos ex illicitis nuptiis eſſe ſpurios, ut in §. *ſi adverſus, Inſtit. de nupt.* Apulejus 6. *legitimæ nuptiæ non ſunt, ac per hoc ſpurius naſcetur*: Et ut oſtendit *l. 6. hoc tit.* etiam ex contubernio natus, veluti ex libera, & ſervo ſpurius eſt, quia contubernium non ſunt juſtæ nuptiæ: nec quicquam facit ſi pater ejus poſtea manumittatur, & reſtituatur natalibus a principe, id eſt, ingenuus fiat, atque ita proveniat ad honorem decurionatus: nam & is filius, qui ex contubernio natus eſt veluti ſpurius habetur. Et hoc idem confirmat etiam *l. 3. ſup. ſol. mat.* At natus ex concubinatu, quod maxime notandum eſt, in eo enim errant plerique omnes, non eſt ſpurius, quia concubinatus eſt licita conſuetudo, licitum conſortium, & hæc manifeſto oſtendit *l. 5. inf. ad SC. Orfit.* Denique natus ex concubinatu, quod veluti quoddam matrimonium eſt non illicitum, naturalis dicitur, non ſpurius. Et ut omnia abſolvam, quæ nobis proponuntur in hoc tit. notandum eſt, inter ſuos heredes ad ſucceſſionem inteſtati ex l. 12. tab. vocari nepotes ex filio, vel filiis maſculis pariter cum filiis ſuperſtitibus, id eſt, patruis ſuis, licet ii nepotes defuncto non ſint ſui liberi, quia filii eos præcedunt, ſed ſunt legitimi liberi, quos æquum eſt ſuccedere in locum, portionemque patris ſui, cujus vicem repræſentant, *par droict de repreſentation*, id eſt, in eam partem, quam pater eorum habiturus fuiſſet, ſi vixiſſet, in bonis patris, atque ita nepotes ſuccedunt cum patruis non in capita, id eſt, non pro virilibus portionibus, ſed in ſtirpes, id eſt, in portionem patris ſui, quam habuiſſet, ſi vixiſſet, ut ſi ſit unus filius, & ex filio jam mortuo tres nepotes, non fient tot partes quot ſunt capita, ſive perſonæ, ſed duæ tantum partes, ut filius unum habeat ſemiſſem, alterum tres nepotes, vel 10. vel 20. nil refert, *l. 3. h. t.* Quod & jure Prætorio ita procedit exemplo juris civilis, *l. ſi in adopt. §. ult. de bon. poſſ. contra tab. l. ſi nepotes, de coll. bon.* vel ſi nulli ſint filii, ſed nepotes, tantum ex diverſis filiis jam mortuis varii numeri, puta ex uno tres, ex alio duo, ex alio unus, non ſuccedent etiam in capita, ſed in ſtirpes, & in lineas, ut tres tantum partes hereditatis inteſtati fiant, *l. 2. h. t. l. Papin. §. quoniam, de inoff. teſt.* Et omnino in liberorum linea hæ duæ regulæ obſervandæ ſunt: una hæc eſt, inter liberos a proximiore ulteriorem non excludi, ut a filio non excluditur nepos ex alio filio jam mortuo. Altera regula hæc eſt, inter liberos hereditatem dividi pro ſtirpib. non pro capitib. quæ duæ regulæ non ita valent in linea legitimorum, ſeu agnatorum. Et notandum præterea inter ſuos etiam vocari ex conſtit. Valent. & Theod. quæ prior hoc induxit contra omnem diſciplinam juris antiqui, inter ſuos, inquam, vocari, & cum ſuis, vel legitimis .i. agnatis etiam nepotes ex filia in portionem, quam habuiſſet filia mater eorum jure repræſentationis, licet ii nepotes neque ſui ſint, neque legitimi, quod veriſſimum eſt, & vocari, ſi concurrant ſui heredes cum deminutione trientis, qui adcreſcit ſuis, ut portionem matris integram non ferant, ut ejus vicem non repræſentent ex integro, qui nec ſui ſunt, nec legitimi, *l. 9. h. t.* vel ſi concurrant legitimi .i. agnati non ſui cum deminutione quadrantis, qui adcreſcit agnatis, *l. 4. C. Theod. de legit. hered.* Sed hoc tantum mutavit Juſtin. ampliato jure nepotum ex filiabus; primum enim quadrantem ademit agnatis concurrentib. in *l. ult. h. t.* deinde etiam trientem ademit ſuis *Nov. 18. &* 118. ut nepotib. ex filia obveniat integra portio, quam habitura fuiſſet mater eorum ſi vixiſſet ſine ulla deminutione trientis, vel quadrantis, qualiſcunque concurrat heres. Et notandum, quod ait *l. 9. hujus tit. hæc eadem, quæ de avi materni bonis conſtituimus, & de aviæ maternæ, ſive etiam paternæ ſimili æquitate ſancimus*: ait, quæ dixit de hereditate avi materni, ut in eam concurrant etiam nepotes ex filia, idem ſe velle obtinere in hered. aviæ maternæ, vel paternæ, *niſi forte*, inquit, *avia elogia inurenda impiis nepotibus juſta ſemotis ratione dixerit*, qui locus eſt explicandus, quoniam eum non intellexit Acc. Senſus ejus loci hic eſt, ut nepotes ex filia in portionem matris ſuæ ſuccedant moriente avo materno, vel avia materna, aut paterna, niſi ſint exheredati teſtam. matris ſuæ: quod ſi vel unum hodie didiceritis, ſatis eſt, nempe exheredatos a patre, vel etiam a matre, non repræſentare vicem patris ſui in ſucceſſione avi, vel aviæ maternæ, vel paternæ, quia a ſe, vel ſuo nomine, qui parens exheredavit filium, noluit quicquam ad eum pervenire. Et hæc eſt ſententia ejus loci: etiam addendum eſt ad *l.* 10. vulgo male ita legi, *capitis deminutio paterna*; reponas, *capitis deminutio materna*, ut eſt in *Cod. Theod.* atque ita in lib. 45. Baſil. Obſcuritas loci fecit, ut mutarent vocem *maternam* in *paternam*, perperam. Nam ſenſus evidentiſſimus hic eſt, quem quiſque facile capiet ſi conferat patrem emancipatum cum matre emancipata: finge: avus meus emancipavit patrem meum, & poſt emancipationem patris mei natus ſum, jure civili non ſuccedam in bonis avi, ſicut nec pater meus ei ſuccedere jure civili poteſt, jure prætorio poteſt & ipſe, & ego, quia prætor emancipatos vocat inter ſuos: At contra finge: Avus meus emancipavit matrem meam, & poſt emancipationem matris meæ natus ſum, an ſuccedam avo? ſic ſane, quia in matre, inquit, non eſt inquirendum an ſit capite deminuta .i. an ſit emancipata, nam ea ſi emancipata ſit, non habet poteſtatem familiæ, non habet liberos in poteſtate, & hæc eſt ſententia hujus l. Reſtat ut advertamus omnes leges hujus tit. eſſe de ſuis & legit. hered. vel de iis, quia inter ſuos, vel cum ſuis vocantur, licet ipſi ſui non ſint, aut legitimi, excepta *l.* 1. quæ non eſt de liberis, ſed de fratribus conſanguineis, ergo de agnatis ex tranſverſo. Itaque lex prima nihil videtur pertinere ad tit. qui eſt de liberis, non de agnatis ex tranſverſo: niſi dicamus, quod & verum eſt, initio hujus tractatus de hereditate inteſtatorum, quæ obvenit jure civili, voluiſſe conditorem hujus libri propoſita *l.* 1. indicare differentiam, quæ eſt in ſucceſſionibus inteſtatorum inter jus prætorium, & civile, quod apparebit cum *l.* 1. collata atque conjuncta *l. 2. ſup. qui admitti ad bon.* cujus eſt eadem inſcriptio & ſubſcriptio. Et ait *d. l. 2.* eum, qui jure prætorio tantum vocatur ad ſucceſſionem inteſtati, velut jure proximitatis, jure cognationis, non agnationis: nam cognatum jus civile non novit, ſolus prætor eum novit, & vocat cognatum ad ſucceſſionem inteſtati, dummodo petat bonor. poſſeſſ. intra 100. dies: poſt dies 100. excluditur a ſucceſſione: de jure prætorio eſt etiam *l. 1. §. ſi quis, de ſucceſſ. ed.* At *l.* 1. hujus tit. docet ſororem conſanguineam, quæ eſt legitima heres fratris jure civili non excludi præſcriptione 100. dierum, quia ex jure civili venit, non ex jure prætorio: & jus adeundæ hereditatis, quod eſt ſemper ex jure civili, eſt perpetuum: quod optime probat hæc *l.* 1. & ita *ſup. in tit. de jure delib.* ego oſtendi recte Græcos *l. 4. ſup. qui admitti*, hæc adnotare, τὸ πολιτικὸν δίκαιον χρόνῳ

τῷ οὐκ ἀποκλείεσθαι, id eſt, *jus civile tempore non circumſcribi*: ergo mens ejus, qui ſub hoc tit. poſuit l. 1. licet ea non ſit de liberis ſecundum tit. ſed de agnatis ex tranſverſo, hæc fuit, ut ſtatim ab initio hujus tractatus, qui eſt de jure civili, conſtitueret differentiam, quæ eſt hac in re in ſucceſſione inteſtatorum inter jus civile & prætorium.

Ad L.X. Ubi aviarum ſucceſſio *morte interveniente diſcutitur, capitis deminutio materna quærenda non eſt: Tunc enim in hujuſmodi hereditatibus filiorum ſtatus, aut perſona ſpectatur, quotiens de ejus bonis, qui poteſtatem familiæ potuit habere, tractatur. Dat. xv. Cal. Octob. Ravennæ, Theodoſio XIII. & Valent. III. AA. Conſſ.*

PRiuſquam ad *tit.* 56. veniam, quia puto me heri per errorem dixiſſe avum pro aviam in interpretatione l. 10. illa verba, *ubi aviarum ſucceſſio diſcutitur, capitis deminutio materna quærenda non eſt*, hunc habet ſenſum, natum quidem poſt emancipationem patris, jure civili non ſuccedere avo paterno, in cujus familia non eſt, ſed ſequi familiam patris ſui; at natum poſt emancipationem matris, jure civili ſuccedere aviæ paternæ, vel maternæ, non avo: quoniam lex eſt de aviarum maternarum ſucceſſione, & fruſtra quæritur, an mater fuerit emancipata, quoniam & ſi emancipata fuerit, nihilominus nati ex ea poſt emancipationem, ex conſtitutionibus ſuccedunt aviæ paternæ, vel maternæ, & fruſtra ſpectari emancipationem matris, quia avia, vel quæ alia femina familiæ poteſtatem non habet, *l. nulla, de ſuis & legit. l. 8. inf. de præſcrip. longi temp.* Nunc veniam ad tit. 56.

AD TITULUM LVI.

AD SENATUSCONSULTUM TERTULLIANUM.

POST liberos (de quibus ſupra titulo proximo) mater vocatur ad hereditatem filii inteſtati; tanquam heres legitima, non ex l. 12. tab. quia cognata eſt, non agnata, & ea lex non cognovit cognatos. Sed ex Senatuſconſ. Tertulliano: nam Senatus heredem legitimum facere poteſt: poſt liberos, inquam: Nam liberi defuncti excludunt matrem, *l. pen. ſup. tit. prox.* Et retro, ad hereditatem matris inteſtatæ vocantur liberi, tanquam legitimi, non ex *l. 12. tab.* quod cognati ſunt matri, non agnati, ſed ex SC. Orfitiano, de quo *tit. ſeq.* quod divi Marci & Commodi temporibus factum eſt, ut *Inſtit.* docent *ead. tit.* Spartianus in Marco, *leges addidit*, inquit, *de bonis maternis, & item de filiorum ſucceſſionibus pro parte materna.* Et ideo de SC. Tertulliano, velut antiquiori *tit. præcedit*: & ex hoc quidem, ut quantum fert h. t. notemus quaſdam differentias, quæ ſunt inter hæc duo SCta. Mater filio ſuccedit cujuſcunque ætatis filius deceſſerit, etiamſi infans, *l. 1. hoc t.* ſi deceſſerit inteſtatus, id eſt, ſi pater ei non ſubſtituit pupillariter: nam ipſe pupillus non poteſt facere teſtamentum. At ex SC. Orfitiano filius matri inteſtatæ non ſuccedit per ſe, ſi infans ſit, ſed per tutorem, aut per patrem, *l. 1. hoc t. & l. ſervo invito, §. ſi pupillo, ad SC. Treb. l. ſi infanti, ſup. de jure delib.* Item filii & filiæ ſuccedentes matri ex SC. Orfitiano excludunt parentes matris, atque etiam fratres conſanguineos, vel ſorores conſanguineas, *d. l. pen. & l. 1. & 4. tit. ſeq.* At conſanguinei fratres, vel ſorores ex eodem patre, qui & germani dicuntur, & legitimi, *l. ult. h. t. l. ult. inf. de legit. her. l. Sextiam 32. de leg. 3.* quia ſunt agnati: qui ſunt ex eadem matre tantum, & uterini dicuntur, non ſunt agnati, ſed cognati. At ex SC. Tertulliano defuncti pater excludit matrem, ſi is pater in emancipatione manumiſſor extiterit, *l. 2. h. t.* ſi contracta fiducia manumiſerit, quæ cum hodie ſemper contracta intelligatur ex *conſtit. Juſtin. §. ult. de legit. agnat. ſucceſſ.* dicamus etiam ſimpliciter in ſucceſſione filii, patrem matre eſſe potiorem ex SC. Tertulliano: Nam, ut dicetur inferius, jure noviſſimo ſimul

A ſuccedit pater & mater. Item ex Senatuſconſulto Tertulliano conſanguinei, ſive ſoli, ſive permixti cum ſororibus, omnino matrem excludunt, & de iis fratribus, qui ſunt conſanguinei accipienda eſt *l. 2. hoc t. §. frater, Inſtit. eod. t. l. 3. §. plane ſi mater, de Carb. edicto, l. 2. C. Theod. de inoffic. teſt. l. 2. C. Theod. de ſecund. nupt.* Nec mirum ſi fratres conſanguinei præferantur matri, cum & patri præferantur ſecundum jus vetus, *l. ult. inf. comm. de ſucceſſ.* At fratres uterini, vel naturales, non excludunt matrem, aut patrem, *l. Lucius, de vulg. & pupill. ſubſtit.* Sorores autem conſanguineæ, ſi ſolæ ſint, non permixtæ cum fratribus conſanguineis, pariter cum matre ſuccedunt fratri, ut ſorores unam dimidiam, & mater alteram habeat, *d. §. frater.* Et hoc ex SC. Tertull. Nam aliud eſt jus ex conſtitutione Juſtin. *l. ult. hoc t.* quæ matrem vocat ad ſuc-
B ceſſionem filii inteſtati in virilem portionem, etiam cum fratribus vel ſolis, vel permixtis cum ſororibus, & cum ſororibus ſolis in partem dimidiam, nulla poſita differentia inter fratres conſanguineos & uterinos, inter fratres agnatos & cognatos: quæ lex etiam non permittit, ut matri venienti ad ſucceſſionem filii ex Senatuſconſulto Tertulliano quidquam detrahat; vel abradat quidquam alius agnatus filii defuncti, ſive patruus ſit, ſive patruelis frater. Quo jure abrogat Juſtin. *l. 1. C. Theod. de leg. hered.* Quod ſi defuncto ſint fratres, vel ſorores, & pater vel mater, vult Juſtin. ut fratres tantum & ſorores defuncto ſuccedant, ſolo uſufructu beſſis ſervato patri & matri. Et hoc ſi defunctus filius ſui juris fuerit: nam ſi fuit in poteſtate patris, pater bonorum adventitiorum filii retinet uſumfr. ex conſtit. Juſtiniani, proprietas au-
C tem eorum bonorum pertinet ad matrem pro virili parte, concurrentibus fratribus defuncti, vel fratribus & ſororibus, aut pro dimidia parte concurrentibus ſolis ſororibus. Et hæc eſt ſententia *l. ult.* cui eſt conjungenda *l. ult. inf. de jure liber.* quæ habet eandem inſcriptionem & ſubſcriptionem, & quæ in eo etiam derogat SC. Tertull. quod etiam ſi mater ingenua non habeat jus trium liberorum, & libertina quatuor, quod SC. Tertull. exigebat, nihilominus veniat ad legitimam hereditatem filii inteſtati. Et obſervandum etiam eſt in *l. mater, hoc t.* (cum in *l. mater, C. Theod. de legit. hered.* ex quo ducta eſt, ſit ſcriptum tantum, *ſororibus tranſmiſſura defuncti*) Tribon. ſcripſiſſe, *ſororibus & fratribus*: nam in eo loco C. Theodoſ. pro *fratribus*, uti nunc legitur, reponendum eſt, *ſororibus*, ut quæ præcedunt demonſtrant, cum qui-
D bus mater ſuccedit ex SC. Tertull. quod etiam interpres Anianus demonſtrat. Tribonianus tamen utrumque appoſuit, *ſororibus & fratribus ex d. l. ult.* Nam ante *l. ult. hoc t.* matrem penitus fratres excludebant. Nota etiam poſtea Juſtin. diſceſſiſſe a ſententia *l. ult.* & conſtituiſſe in *Nov. 22. cap. 46.* ut etiam mater cum ſororibus, quæ ſolæ ſunt, ſuccedat in virilem tantum, non in dimidiam. Et hoc ipſum etiam, quod cavetur *hac l. ult.* magis retractavit *Nov. 84. & Nov. 118.* ut ſi defuncto ſint fratres & ſorores, & pater & mater, omnes ei ſuccedant pro virilibus portionibus, id eſt, in capita, ſi ſint frarres & ſorores ex eodem patre, & ex eadem matre, & ut quiſque retineat virilem portionem pleno jure, ſine deductione uſusfructus, etiamſi filii ſint in poteſtate patris fratris defuncti, excluſis fratribus, qui ſunt ex eodem patre
E tantum, vel ex eadem matre tantum, quo jure utimur, ut fratres utroque parente conjuncti illis præferantur. Hæc omnia ita procedunt, ſi mater vidua permanſerit: Nam ſi iterum nupſerit poſt mortem mariti, ex quo filium illum habuit, de cujus ſucceſſione quæritur, diſtinguendum eſt: aut enim ante mortem filii iterum nupſit, aut poſt mortem ejus: ſi poſt mortem filii, pro ſua parte cum fratribus & ſororibus capit bona filii adventitia, id eſt, quæ aliunde habuit, quam a patre: In bonis autem profectis a patre habet tantum uſumfructum, proprietatem ſervat ſororibus, vel fratribus defuncti, filiis ſuis ſuperſtitibus ex ſententia *l. mater, hoc t.* Sed ſi ante mortem filii mater iterum nupſerit, in omnibus bonis filii, ſive profectitiis, ſive adventitiis uſumfructum ha-

bet tantum pro sua parte, *l.feminæ, §.ult. sup.de secundis nup.* Ratio hæc est: quia majori pœna digna est, quæ filio vivo vitricum superduxit: mortuo autem filio, nullam mater, quæ iterum nubit, ei injuriam facit. Hæc est distinctio temporis, quam facit *l.mater*, conjuncta *d. l. feminæ, §. ult.* Sed hoc quoque, id est, hanc distinctionem temporis postea sustulit Justinianus *Novell.* 2. & differentiam illam bonorum, & differentiam viduitatis, ac secundarum nuptiarum, ita definiens, ut mater succedat filio pro virili pleno jure cum fratribus & sororibus defuncti filii in omnibus indistincte, sive nupserit iterum, sive vidua permanserit. Ac rursus, & hoc recantat Justinianus *Novella const.* 22. in qua tollit quidem illam differentiam temporis, utrum mater iterum nupserit vivo filio, an mortuo, sed reducit differentiam bonorum, & pœnam secundarum nuptiarum, ut in bonis profectitiis pro sua portione mater habeat tantum usumfructum, quæ iterum nupserit, sive ante mortem filii, sive post mortem filii iterum nupserit. In adventitiis autem pro sua parte habeat plenam proprietatem. Restat, ut notemus ex eo, quod superest in *hoc t.* cessare SC. certis casibus. Unus est, si filiis impuberibus non habentibus tutorem, mater non petierit, intra annum scilicet, si mortui sint impuberes, ut eis non succedat, non etiam si puberes mortui sint, *l.3. hoc t.* Atque ita si mortui sint impuberes, quia deseruit officium pietatis, mulctatur mater hereditate, eaque redit ad agnatos filii, *l. matris* 11. *& l.cum jure, sup.qui pet.tut.* Et hujus juris origo est ex const. D.Severi, *l.2.§.Divus, ff.ubi tut.petat. l.2.l.sciant, §.si mater, D.ad SC.Tert.* Et idem obtinet in quolibet herede legit. impuberis, aut etiam substit. in secundum casum, *l.sciant, de leg.hered.inf.* Et dixi intra annum ex *d.l.sciant, & §.pen. Instit. eod. t.* Ex qua *lege sciant*, proculdubio Tribonianus in *l.2.§.confestim, ff. eod.* adjecit hæc verba: *Ita tamen ut nullo modo annale tempus excederet:* quoniam ex constitutione Severi confestim erat petendus tutor. Hodie ex *d.l.sciant*, satis est intra annum peti. Cessat etiam SC. Tertullianum, si mater, quæ tutelam filii impuberis legitimam suscepit ex constitutionibus, quæ hoc matri dant, modo juret se iterum non nupturam, si pejeret, & iterum nubat, non dato filio alio tutore idoneo, eidemque redditis rationibus suæ administrationis: nam hoc etiam casu mater amittit commodum SC. Tertulliani, *l.pen.hoc t. l.pen. inf.in quibus causis pignus.* Quod si mater iterum nupserit intra annum luctus, non aliter potest aboleri infamia, quam incurrit ob immaturas nuptias, quam beneficio principis: non aliter etiam ejusdem principis beneficio solvitur pœnis, quas inducit *l.1. sup.de sec.nup.* mulieribus nubentibus antequam peregerint annum luctus, antequam eluxerint virum, non aliter, inquam, solvitur pœnis *d.legis* 1. quam si filiis prioris matrimonii bonorum suorum semissem pleno jure donaverit, ea tamen lege, ut intestati omnes obierint sine liberis, is semis redeat ad matrem: & hæc est sententia *legis* 4. *hoc tit.* quæ proprie est de immaturis secundis nuptiis, id est, quæ fiunt intra annum luctus: Nam *l. mater*, & aliæ, quæ sunt in hoc titulo sunt de secundis nuptiis, quæ fiunt post annum luctus.

AD TITULUM LVII.

AD SC. ORFITIANUM.

POST SC. Tertull. sequitur SC. Orfitianum, ex quo filii pari jure vocantur ad legitimam hereditatem matris intestatæ, exclusis omnibus agnatis matris, ut mater ad hereditatem filiorum intestatorum ex SC. Tertull. & notandum quod ait *l.pen. sup.de suis & leg. lib.* filios matri intestatæ ipso jure succedere: quod non est citra aditionem, vel gestionem pro herede, sicut cum dicimus suos heredes ipso jure heredes existere, quod tunc est citra aditionem, *l. in suis*

A *de suis & legit.hered.l.pen.§.pen.D.de bonis liber.* Sed filios matri ipso jure succedere, hoc est citra cretionis solemnitatem, quæ hodie penitus sublata est, *l.cretionem, sup.de jure delib.* & citra bonorum possessionem, ut ostendit *l.3. hujus tit.* quia filii non prætoris, sed SC. Orfitiani beneficio admittuntur ad hereditatem matris: igitur non indigent Prætoris auxilio, id est, bonor.possessione, *l.1. C.Theod. de legit. hered.l.1.C.Theod. de cret.vel bon.poss.* quod idem dicitur de suis heredibus, ut scilicet heredes existant citra bonorum possessi. *l.13. sup.de jure delib. l.7. D.de inoff. test.* Sed in iis, id est, in suis, addimus etiam, citra aditionem, quod non addimus tamen in filiis, qui matri succedunt ex SC. Orfitiano, nec in aliis legitimis heredibus, nec in testamentariis, de quibus tamen idem dici potest, ipso jure eos heredes existere, id est, citra bonor. possess. ut B in *l.4.tit.seq. l.omnium, sup.de testam.* sed non citra aditionem, vel gestionem pro herede. Quamobrem filii ex SC. Orfitiano non aliter adquirunt hereditatem matris intestatæ, quam si eam adierint, vel se pro herede gesserint. Paulus 4. *Sentent.eod.tit. filius*, inquit, *hereditatem maternam, eandemque legitimam, nisi adeundo quærere non potest:* unde sequitur, quam ita non adquisierint filii hereditatem matris suæ, eos non transmittere in heredem secundum regulam, quæ vetat hereditatem non aditam transmitti in heredem, sed deficientium portionem adcrescere reliquis coheredibus, qui adierunt, ut in specie *l.2. hujus tit. l.si ex pluribus, D.de suis & legit. hered.* vel si omnes deficiant, omnes filii si moriantur ante aditam hereditatem matris, hereditas redit ad agnatos defunctæ matris. Verum huic sententiæ videtur obstare C *l. unica, sup. de his qui ante apert. tab.* ex qua intelleximus jam satis, & ex *tit. de cad. toll.* hoc jure singulari datum esse liberis, ut delatam eis hereditatem patris, aut matris, etiamsi ignorantes eam sibi delatam esse, diem suum obierint, necdum adiverint, tamen transmittere in liberos suos: Nam ne fallamur observandum est, illam *l.unicam* loqui tantum de hereditate patris, vel matris delata testamento patris, vel matris, quod & in ipso titulo tab. nomen indicat. Loquitur ergo de liberis, qui patri, vel matri heredes extiterunt ex testamento, aut quibus ex testamento delata est hereditas patris, vel matris, ut eam etiam non aditam transmittant in liberos suos contra regulam juris: non loquitur de liberis, quibus ab intestato defertur hereditas matris. Igitur cum ea constitutio sit nova, & adversus regulas juris non possumus eam D nostra auctoritate producere ad legitimos heredes, maxime obstante *l. 2. hujus tit.* quæ docet filium non aditam hereditatem matris, quæ ei erat delata ab intestato ex SC. Orfitiano, non transmittere in heredem suum. Fateor tamen, ut Accurs. recte notavit in hac l. 2. filios, si moriantur intra annum a die delatæ hereditatis maternæ ab intestato, scientes eam sibi esse delatam, eos jus deliberandi transmittere in heredes suos, sed non hereditatem ex beneficio *legis cum antiquioribus, sup. de jure delib.* si moriantur post annum, nec jus deliberandi transmittere ad heredem suum, imo nec si intra annum, si ignoraverint delatam sibi esse hereditatem matris, puta, si ignoraverint mortem matris. Ad hæc notandum est, sicut spurio intestato mater succedit ex S. C. Tertuliano, *§. ult. Instit. de S. C. Tertull. l. 3. in princ. D. eod.* Ita quoque E spurius matri intestatæ succedit ex S. C. Orfitiano, *l. 1. §.sed & vulgo, D. eod. tit. §.vulgo, Instit.de S.C.Orfit.* Et consequenter filius vulgo quæsitus, qui spurius dicitur, de inoffic.testamento matris, in quo est præteritus agere potest, *l.si suspecta, §. 1. D. de inoffic. test.* quia quicunque filius ab intestato potest jure civili, vel prætorio succedere parenti, cujuscunque sexus sit parens, si in testamento ejus sit exheredatus, vel præteritus, ita ut pro exheredato habeatur, potest agere de inoff.testamento parentis: Spurius autem ab intestato succedit matri: Ergo queri potest de inoff. testamento matris, idque rescindere si probet non habuisse matrem justam causam irascendi sibi, non fuisse justam causam indignationis matris, justam iram. Excipitur tamen ab eo, quod dicimus spu-

ſpurium matri ſuccedere ex Orfitiano, illuſtris mater, illuſtris femina, id eſt, filia, vel uxor Senatoris illuſtris, puta præfecti prætorio, vel præfecti urbi, vel Comitis ſacrarum largitionum, & ſimilium, qui enumerantur inter Senatores illuſtres. Cujus quidem feminæ illuſtris, ut eleganter ait Juſtin. præcipuum debitum eſt obſervatio pudicitiæ, ἐξαίρετον χρέος τῆς σωφροσύνης εὐλάβεια. Et ideo ad legitimam hereditatem illuſtris feminæ non admittitur ſpurius, videlicet ſi habeat juſtos liberos: Juſti enim liberi excludunt ſpurios, id eſt, ſine marito filios, qui nullum alium patrem habent, quam terram, vel populum, vel φύσιν, & ſpurium matris. Et hos juſti & legitimi liberi non tantum excludunt a legitima hereditate matris, ſed etiam a teſtamentaria, & ab omni liberalitate matris, ex *l. pen. hujus t.* quam Juſtin. ait ſe dedicare pudicitiæ ingenuarum, & illuſtrium feminarum. At juſti liberi non excludunt etiam naturales, id eſt, ſuſceptos ex concubinatu, qui non ſunt ſine marito filii: Nam ut concubina uxorem imitatur, ut Julianus ait in Nov. 18. ita concubinatus maritum imitatur. Et eſt concubinatus ſemimatrimonium ἡμίγαμος, ut Græci loquuntur. Et ut hæc lex indicat, *eſt licita conſuetudo ab homine libero habita*, ſic vulgo legitur, ſed veteres libri habent rectius, *ad liberum hominem habita*, ut Baſilica, πρὸς ἄνθρωπον ἐλεύθερον. Igitur lex ait liberæ mulieris licitam eſſe conſuetudinem, quam habet ad liberum hominem, id eſt, per leges eſſe licitum concubinatum, quo & hodie quædam nationes utuntur, maxime in Pyreneo. Igitur concubinatus eſt legitima conjunctio: per concubinatum ſtuprum non committitur, *l. 1. & 3. D. de concub. l. ſtuprum, D. ad l. Jul. de adult.* Et ut uxor accuſari poteſt lege Julia de adulteriis, ita concubina, quod ſit vice uxoris, *l. ſi uxor, D. eod. t.* Et in hoc præcipue notanda eſt hæc *l. pen.* ut diſcamus, quam diſtent ſpurii a naturalibus liberis, & quam errent, qui naturales liberos vocant ſpurios. Notandum etiam eſt ex *l. ult.* hujus tit. natum ex ancilla poſt moram ei factam ab herede in præſtanda fideicom. libertate, quam ei debet ex codicillis, vel teſtamento defuncti, cui heres extitit, liberum & ingenuum naſci, quod eſt mirum, & παράλογον, ut ex ſerva ingenuus naſcatur, quia cui relicta eſt fideicom. libertas, poſt moram heredis proculdubio non fit continuo liber; & tamen quod ex ea naſcitur liberum eſt & ingenuum. Ex ſerva igitur hoc caſu ingenuus naſcitur, ut in *l. 1. §. quæri, D. de ſuis & leg. hered.* neque eſt hoc novum: nam ex captiva, etiam quæ eſt ſerva hoſtium, ingenuus naſci, aut natus intelligitur, ſi cum ea poſtliminio redierit, ex *l. 1. inf. de poſtl. reverſ.* quæ lex citatur in *l. apud hoſtes, D. de capt. & poſtl. reverſ.* Et in *l. 1. §. ſed & ſi apud hoſtes, D. ad SC. Tertyl.* ex quibus locis eſt reſtituenda inſcriptio *d. l. 1. de poſtl. reverſ.* ut ſit inſcripta *ad Ovinium Tertullum Præſidem provinciæ Myſiæ inferioris*, quam hodie *Vallachiam* appellamus. Hoc autem poſito, natum ex ancilla poſt moram heredis, qui traxit manumiſſionem ancillæ, de qua rogatus fuerat teſtamento, vel codicillis, naſci ingenuum, hoc, inquam, poſito, conſequens eſt, ut definit *lex ult. hujus tit.* eum matri ab inteſtato ſuccedere poſtea perductæ ad libertatem ex SC. Orfitiano. Et viciſſim huic illam ex S. C. Tertul. quod etiam confirmat *l. pen. ſup. de iis quibus ut indig. l. 1. §. interdum, & l. 2. §. & in ſervitute, ff. ad SC. Tertull. l. ſi quis rogatus, D. de fid. libert. l. 3. inf. eod. tit.* Poſtremo notandum eſt non tantum ad SC. Orfitian. ſed etiam ad SC. Tertul. his SC. locum eſſe ita demum de mutua ſucceſſione matris & filii ab inteſtato, ſi mulier viro nupſerit ſine conventione in manum, quod nominatim ſcribit Ulpian. *lib. reg. tit. de leg. hered.* Nam mulier, quæ viro convenit in manum ſolemniter, ut fiebat olim, quam ſolemnitatem explicat Servius *in Virgil.* Et Ulpian. etiam *eodem libro.* Et Cajus 3. *Inſtit.* & Boetius *in Topicis Cic.* Quæ inquam, ita viro convenit in manum ſecundum jus vetus, apud virum jus filiæ, & ſui heredis habet, ſicut filius, qui ex eo matrimonio naſcitur. Atque ita & mater & filius viro ſunt ſui heredes, & in poteſtate, familiaque ejus. Igitur & uxor huic viro eſt loco filiæfamil. & conſequenter filius illi eſt loco fratris conſanguinei. Et retro illa filio eſt loco ſororis conſanguineæ, ut ſup. dicti auctores docent, & Gellius 18. atque ita inter eos eſt jus conſanguinitatis: & jure conſanguinitatis igitur invicem ſuccedunt ex l. 12. tab. filius matri, mater filio, non ex Tert. vel Orfit. quod hoc caſu non fuit neceſſarium: Nam ex ordine, quem fecere ll. 12. tab. poſt ſuos vocantur conſanguinei fratres & ſorores, id eſt, qui ſunt ex eodem patre, qui ejuſdem patris ſunt, vel eſſe cenſentur per conventionem in manum: nam conſanguineorum nomine in jure non ſignificantur quilibet cognati, ſed conſanguinei tantum fratres & ſorores conſanguineæ, fratres germani, agnati & legit. *l. 1. & 3. t. ſeq. l. 3. ſup. de leg. tut. §. 1. Inſt. de leg. ag. ſucceſſ.* & conſanguinitas non eſt genus, ſed ſpecies agnationis, id eſt, fraternitas germana & legitima, *§. ult. Inſtit. de SC. Orfitia.* Neque obſtat *l. 1. §. poſt ſuos, D. de ſuis & legit. hered.* in qua Caſſius definit, ut ait lex, conſanguineos eſſe eos, qui inter ſe ſanguine conjuncti ſunt, quoniam ea eſt definitio nominis, id eſt, veriverbium, non definitio rei, quæ definitio nominis non efficiet, ut conſanguineorum nomen producamus ultra fratres, vel ſorores germanas, quo in errore eſt paſſim Accurſ. & maxime in *l. 1. D. de leg. tut.* & omnes Doctores, quod & demonſtrat pictura graduum cognationis, ſive σύνοψις, quam illi vocant arborem conſanguinitatis duplici errore, quia non inſtar arboris habet, ſed ſcalarum, locorumque proclivium, ut ait *Juriſc. §. gradus, D. de grad. affin.* deinde quia conſanguinitatis nomen eſt ſpeciale, quo fratres tantum germani ſignificantur, atque ſorores, id eſt, orti ex eodem patre: & ſic etiam Virgilius & Statius conſanguineum lethi ſoporem, quem Homerus κασίγνητον, id eſt, fratrem, & Annæus Seneca & Valerius Flaccus, *frater duræ languidæ mortis*, id eſt, *ſomnus*. Et alio loco: *Somne frater ſimillime letho*. Et ſic etiam Statius de fratribus Thebanis: *ſtat conſanguineum campo, ſcelus unius ingens Bellum uteri*. Et Claudianus de conſulatu fratrum, *o conſanguineis fœlix auctoribus annus*. Et idem de Jove & Junone fratribus. *In conſanguineo recipit poſt fulmina feſſum Juno ſinu*. Atque ita vides etiam alios auctores retinere proprietatem hujus verbi, ut conſanguineos vocent fratres, non cognatos quoslibet, neque ab hac ſententia nos dimovere debet *l. 2. C. Theod. de leg. hered.* dum ait, *quotiens filius conſanguineus, vel per adoptionem quæſitus nulla capitis deminutione intercedente matrem excludit*. Ex quo apparet filios quoſdam eſſe conſanguineos patri & matri. Ergo conſanguineorum nomen ad ſolos fratres non pertinere. Sed ſi legatur tota ea lex, & interpretatio Aniani, & ſi res ipſa ſpectetur, cujus maximum argumentum eſt, ſemper apparebit non eſſe legendum filius, ſed frater conſanguineus. Nam niſi in illo loco, nuſquam leges conſanguineum dici ad diſcretionem, ſive κατ᾽ ἀντίφρασιν filii adoptivi. Ac præterea agitur ibi, an frater excludat matrem a ſucceſſ. filii, non an filius defuncti excludat matrem defuncti, quod eſt certiſſimum. Sed quæſtio legis hæc eſt, an non tantum frater conſanguineus, ſed & adoptivus excludat matrem defuncti, & definit utrumque excludere matrem defuncti, quia ut Anianus ait, & adoptivus frater eſt loco conſanguinei: improprie conſanguineus, *§. per adoptionem, Inſtit. de leg. ag. ſucceſſ.* ſed jura conſanguinitatis habet, id eſt, fraternitatis. Et ideo loco conſanguinei eſt, ſicut mulier, quæ in manum convenit, filio communi loco conſanguinei eſt, quia jura conſanguinitatis habet ab inteſtato. Et hoc de adoptivo fratre probat *l. 1. §. ult. ff. de ſuis & legit. hered.* ab iis vero, quæ diximus, commodiſſime gradum faciemus ad *tit. ſeq.* qui eſt ex parte de conſanguineis.

AD TITULUM LVIII.

DE LEGITIMIS HEREDIBUS.

POST suos heredes jure civili, id est, ex l.12. tabul. ab intestato vocantur agnati, id est, qui per mares nobis cognatione legitima juncti sunt, qui idem habent nomen, easdem imagines, δείγματα eadem, qui & ob idipsum legitimi heredes dicuntur, quia lege 12. tab. vocantur, si in civitate decesserint, vel lege Cornelia, si apud hostes decesserint: nam & l.Cornelia confirmat legitimas hereditates, *l.8.hoc t. l.8.sup. de suis & leg. lib. l.bona, D. de capt. & postl.* ac primum quidem ex agnatis vocantur consanguinei tanquam proximiores, id est, ut exposui nudiustertius, fratres & sorores ex eodem patre, licet non sint ex eadem matre, fratres & sorores, qui in ejusdem patris potestate, cum is moreretur, fuerunt, id est, qui capite deminuti non fuerunt, qui familia patris non exierunt, *§.1.Inst.de legit. agnat.success. l.4. sup.de suis & legit. lib. l.1. 3.&6. hujus tit.* & nominatim ait l.6.deficientibus suis heredibus, succedere consanguineos, & deficere suos, inquit, si abstineant se bonis paternis, vel si ea repudient, qui locus notandus, in quo sui dicuntur repudiare hereditatem. Ergo & adire sui delatam sibi hereditatem possunt:nam hæc duo sunt ἀντίθετα, *adire, & repudiare*, sicut illa, *miscere se, vel immiscere se, & abstinere se*. Et ita etiam sui adire dicuntur in *l.si duo, D. de legat. præstand. l.si filius, D.de collat. bonor. l.4. sup. de instit. & subst. l. ult. sup. de repud. hered.* Sed non est necesse, ut adeant, cum ipso jure heredes existant, adire tamen non vetantur: ergo nec repudiare, aut *repudiandi* verbum alienum est a suis, quod *adeundi* verbo ex adverso respondet. Et notandum est etiam l.6. hujus tit.conjungendam esse cum *l. pupill. sup. de repud. hered.* quod confirmant insciptiones similes & subscriptiones. Quo argumento inscriptionis & subscriptionis Thalelæus scribit ad *l.4.sup. ad SC. Tertyl.* eam legem conjungendam esse cum *l.1.sup.de sec. nupt.* fratres autem consanguinei, vel sorores consanguineæ ita vocantur ad hereditatem legitimam primore loco, ut & matrem defuncti excludant secundum jus, quod olim obtinuit, ut ostendi in tit. 56. mater præfertur reliquis agnatis omnibus, præter fratres & sorores consanguineos, a quibus ipsa penitus excluditur. Sed hodie, ut ibidem ostendi, etiam cum eis admittitur in virilem portionem. Quæro an fratres consanguinei, vel sorores etiam excludant patrem defuncti, qua de re varia prodita sunt jura, quæ attingam paucis omnia, posita in primis distinctione hujusmodi. Filius, qui decessit, aut est in potestate patris, aut emancipatus. Si est in potestate patris, videtur pater omnia ejus bona occupare jure peculii, id est, ut peculium filii, non ut hereditatem filii:certe castrensia bona, aut quasi castrensia filiifamil. quorum vivo filio ne usumfructum quidem habuit, filio intestato defuncto, pater occupat jure peculii, non jure hereditario.Nemo autem in jure peculii patre potior est,*l.1.&2.ff. de castr.pecul.* Et hoc hodie manere etiam arbitror in militaribus scilicet bonis, ut dixi, in militari peculio castrensi, aut quasi castrensi. Adventitia bona, quæ filius adquirit, hodie sibi adquirit quantum ad proprietatem attinet, & quantum ad usumfructum patri, in cujus potestate est. Atque ita post mortem filii is tantum usufructus continuatur in patrem omnium bonorum adventitiorum filii. Proprietas autem pertinet ad fratres & sorores quoscunque agnatos, vel cognatos, & ad matrem, si supersit pro virilibus portionibus, ut in *l.ult. sup. ad SC. Tertul.* quod jus novissimum,id est,Novel.Justiniani 118. de hereditatibus, quæ ab intestato veniunt, ita immutat, ut velit mortuo filiofamil. intestato bonorum adventitiorum filii usumfr. non retinere patrem, sed pro usufructu habere, & ferre pleno jure virilem portionem: pleno ju-

A re, id est, proprietatis, & usufructus jure, in iis bonis, una cum matre & fratribus, & sororibus, licet in ejus potestate sint: ita ut inter eos omnes ea bona dividantur in capita, *par testes*, id est, pro virilibus portionibus, ut pro numero singulorum viritim dividantur, & quisque virilem ferat pleno jure, etiam frater superstes, licet sit in potestate patris: aut filius, qui decessit, & de cujus bonis & successione quæritur, fuit emancipatus a patre: & hoc casu pater manumissor jure civili, & pater non manumissor jure prætorio, petita bonor. possessione *unde decem personæ*, secundum jus vetus, in quo explicando non est opus horam terere, ut nobis tempus sufficiat explicare jus novum, quo utimur: is inquam, pater admittitur ad successionem filii emancipati, exclusa matre, ut in *l.2.sup. tit.56.& l.10.D.de suis & legit.hered.*an etiam
B exclusis fratribus & sororibus: distinguo, aut fratres superstites sunt in ejusdem patris potestate, aut sui juris. Si sunt in potestate, proprietas bonorum fratris emancipati ad eos pertinet, usumfructum retinet pater bonorum fraternorum, atque adeo adventitiorum, quæ fratribus superstitibus adquiruntur jure proprietatis tantum, ut in *l. de emancipatis, hoc tit. l. ult.sup. tit.56.*Sed si fratres superstites sint sui juris, patri tantum reservatur in bonis filii emancipati intestati defuncti usufructus bessis, ex *d.l.ult.* at ex Novel.Justiniani jure novissimo, sive fratres superstites sint in potestate patris, sive sui juris, id sequemur, quod diximus ante, ut omnes veniant pleno jure in virilem portionem bonorum sine deductione usufructus. Pergamus ad reliqua: fratres consanguinei, ut dixi, primo loco vocantur deficientibus
C suis heredibus ex l.12.tab.fratres autem cognati, veluti emancipati, vel uterini ex l.12.tab.non vocantur ad successionem cognati fratris, quia ea lex cognatos non novit, sed suos tantum, & consanguineos, & ceteros agnatos, & gentiles: Nam hic est ordo 12. tab. ut primum sui vocentur, tum consanguinei, deinde ceteri agnati, ac postremo loco gentiles, quamvis gentiles neque sint sui, neque agnati, neque cognati. Et nihil aliud erant gentiles, quam qui erant ex eadem gente, non qui ex eodem genere, qui erant ejusdem nominis, quorum familia habuit idem nomen, ut Tullius Rex fuit gentilis Ciceronis, non agnatus, aut cognatus, ut rectissime quos Plato vocat ὁμωνύμους, Cicero verterit gentiles in Timæo. *Combien y a il de Lulliers dans Paris, qui ne sont pas de mesme maison.* Sed gentilitia illa jura, ut & Cajus & Pau-
D lus notavit in fragmentis, in usu esse desierunt. Verum post agnatos hodie vocantur jure prætorio cognati, id est, qui per feminas conjuncti sunt, qui non habent idem nomen, nec δείγματα eadem. Et post cognatos vocantur vir & uxor etiam jure prætorio, non civili. Qua de causa in hoc tractatu, qui est de jure civili, nihil omnino agitur de cognatis, & post conjuges vocatur fiscus ex l.Julia caducaria. Ergo ut cœpi dicere, fratres cognati jure civili non vocantur, sed jure prætorio vocantur post agnatos: Nam & prætor ipse, quod notandum est, agnatos prætulit cognatis, ut in l.5.7. & 9. hoc tit. At novissime Justinia. confundit agnatos, & cognatos, voluitque eos simul admitti, si modo eodem gradu essent. Itaque hodie abrogata est l. 5. quæ præfert agnatos cognatis. Abrogata est l.7.quæ præfert patruum, qui est
E agnatus, materteræ, quæ est agnata, licet ambo sint in 3. gradu. Abrogata est l. 9. quæ præfert sororem consanguineam avo materno, qui est cognatus, non agnatus, licet ambo sint in 2. gradu: Nam hodie quicunque sunt eodem gradu, sive sint agnati, sive cognati pariter admittuntur. Et notandum est quod ait l.1. hujus tit. quæ indiget interpretatione, fratres sive jure civili vocentur, sive jure prætorio, non spectari cujus sexus sint: pari enim jure esse fratres & sorores. Et observandum est eam legem esse scriptam ad Cassium & Hermionem filios fratris, vel fratrum, qui consuluerant Imperatorem, ut rectissime notavit Accurs.non de jure suo, sed de jure defuncti, patris sui videlicet, an in hereditatem patrui intestati pariter cum patre suo amitæ suæ jure fuissent

ad-

admissæ, maxime cum proponeretur amitas fuisse dotatas a patre. Et l. ait, amitas cum patre suo jure fuisse admissas pro virilibus portionibus, licet fuissent dotatæ ab avo, quia feminæ dotem suam non conferunt, *Ils ne la rapportent pas*, cum agitur de hereditate fratris, sed cum agitur de hereditate patris tantum. Species igitur *l. 1.* hæc est, fratrem intestatum decessisse relictis fratribus, & sororibus, quas dotaverat avus; & nihilominus l. ait, pariter fratres, & sorores in capita succedere, sive veniant ex jure civili, sive ex jure Prætorio. Et ita omnino ponenda est species ad *l. 1.* alioquin si quem ponas intestatum decessisse relictis fratribus, & sororibus, & filiis fratrum jam mortuorum, fratres & sorores secundum jus vetus, quia gradu præcedunt filios fratrum, præferuntur filiis fratrum; & hoc ita est manifeste expressum in *l. 3.* hujus tit. frater excludit filium fratris jam mortui jure antiquo, quia non ut in linea directa locum habet jus repræsentationis, ut filii repræsentent patrem: ita etiam huic repræsentationi locus est in linea collaterali: In linea collaterali igitur filius non repræsentat vicem patris, filius non succedit in locum, gradum, portionem patris, puta filius fratris jam mortui non repræsentat ipsum fratrem: Et ideo frater superstes eum excludit. Hoc ita jure antiquo. At ex sup. dicta Novella Justiniani, filii fratrum jam mortuorum veniunt in hereditatem patrui, avunculi, amitæ, materteræ, *soit oncle ou tante*, una cum patruis, avunculis, amitis, materteris, id est, una cum fratribus, & sororibus defuncti superstitibus, & veniunt cum eis non in capita, sed in stirpes, *par souches, comme nos coustumiers parlent, & non pas par testes*, ex d. Novel. 118. Quod si defunctus nullus reliquerit fratres, aut sorores, qui vivendo eum vicerint, sed reliquerit tantum filios fratrum, qui sunt proximiores, tum filii fratrum non succedunt in stirpes, puta, si ex uno fratre sint duo filii, ex alio tres, non fiunt duo semisses, sed fiunt quinque partes, id est, tot partes, quot sunt capita, quod olim obtinuisse certissimum est ex *l. 2. §. hereditas, D. de suis & leg. herd.* & Cajo 3. *Inst.* & Paulo 4. *Sentent.* & vix tandem hoc jus passim receptum est, contra communem tamen opinionem Doctorum, & merito. Nam Novell. Justinian. vult tantum spectari stirpes concurrentibus patruis, aut avunculis cum filiis fratrum, unde idem statuit, ut quærantur stirpes si soli sint filii fratrum. Novæ autem constitutiones semper sunt accipiendæ restricte, ut quod eis non est nominatim definitum, non definiatur argumento ex eis ducto a pari, aut simili, sed secundum jus vetus: Nam & ita etiam licet ex Novel. Justinian. frater utroque parente conjunctus, & filius etiam ejus fratris, *qui est qualifiè en cette sorte*, præferatur fratri ex uno tantum parente conjuncto, vel filio ejus, tamen non eadem distinctione personarum utemur, si quæratur de hereditate filii fratris, vel sororis: Nam patruus, vel avunculus, qui patri, vel matri ejus fuit utroque latere, utroque parente conjunctus, non præfertur patruo ex altero tantum parente conjuncto, imo simul admittuntur, quia Novell. hanc divisionem non posuit in patruis, quod igitur omisit, pro omisso habendum est. Et ita etiam in hac specie rectissime disertis verbis respondit Bartol. in *l. 2. §. legitima, de suis & legit. hered.* & postremo notandum etiam est, alia in re filios fratrum repræsentare patres suos, nimirum ut excludant patruos magnos, id est, patruos patris sui, vel avunculos, licet omnes sint in tertio gradu; patrui magni sunt quidem 4. gradu, sed erant tantum patrui ei, de cujus successi. agitur, patrui autem magni filiis fratris: quia scilicet filii fratrum jure repræsentationis, licet sint in 3. gradu, ut patrui magni, finguntur esse in 2. id est, in eo gradu, in quo fuit pater eorum; quod & ita nominatim definit Novel. Justinian. Et erat tamen nuper ea de re summa lis Lutetiæ, dum non omnes patroni bene memoria tenebant sententiam hujus Novellæ: & ne deinceps fallamur, constituamus 3. casibus tantum filios fratrum repræsentare vicem patrum suorum. Unus casus est, si concurrant in hereditate patrui, vel avunculi, id est, fratres defuncti: nam cum eis filii fratrum

A succedunt in stirpes. Secundo iidem etiam repræsentant patres suos, videlicet si sint nati ex fratre, qui defuncto fuit utroque parente conjunctus, ut scilicet, qui sunt filii ejusdem fatris jam mortui, excludunt fratres, ejusdem ex altero tantum parente conjunctos, ex eadem Novell. Tertio iidem repræsentant patres suos, ut excludant patruos, vel avunculos patris sui. Exceptis his tribus casibus, quibus filii fratrum vicem repræsentant patrum suorum, in linea collaterali non est repræsentationi locus, sed proximior ulteriorem excludit, & inter eos, qui sunt gradu proximiores hereditas dividitur in capita, non in stirpes. Longe aliter in linea directa, in qua proximior ulteriorem non excludit, & semper hereditas dividitur pro stirpibus, non pro capitibus. Ex iis, quæ diximus, apparet Novella Justiniani abrogari *l. 3.* hujus tit. quæ so-
B rorem præfert filio fratris jam mortui, & similiter ejusdem Justinian. *l. pen. §. ult. hoc tit.* quæ generaliter fratres, & sorores præfert filiis fratrum, & sororum secundum gradus prærogativam: Nam ex ea Novel. filii fratrum, & sororum repræsentant vicem patrum suorum, ut pro stirpibus concurrant cum fratribus, & sororibus defuncti, vel defunctæ. Itemque ut excludant defuncti fratres ex eodem patre tantum, vel ex eadem matre tantum, si pater eorum fuit defuncto frater ex eodem patre, & ex eadem matre. Itemque ut excludant patruos, amitas, avunculos, materteras intestati defuncti, vel defunctæ: his tribus casibus exceptis in linea ex transverso non est repræsentationi locus, sed proximior ulteriorem excludit, & distributio hereditatis fit in capita, non in stirpes. Et notandum ex *d. l. 3.* quod ait, consanguinitatis jure
C etiam feminas admitti ad legitimam hereditatem, id est, pari jure esse sorores, & fratres, quod obtinuit etiam in communi jure agnationis ex 12. tabul. perinde atque in jure liberorum. At ex l. Voconia, ultra consanguineas jure agnationis feminæ non admittuntur ad hereditatem legitimam, id est, neque agnatis maribus, neque sibi invicem agnatæ jure legitimo succedunt, *§. ceterum, Instit. de legit. ag. success.* & Paul. *Sent. tit. de intest. success.* ideoque juris auctores cum tractant de jure legitimo successionum intestatorum, consanguineos separant ab agnatis reliquis, & agnatos ita definiunt: virilis sexus personas ex eodem parente virilis sexus ortas, *l. 2. §. 1. D. de suis & leg. hered.* Cur dicunt virilis sexus personas? nam post consanguineos, muliebris sexus personæ licet agnatæ sint, non admittuntur ad legitimam heredita-
D tem. Lex Voconia coercuit feminarum hereditates: unde quod ait *l. 2. §. 1. unde legit.* in illo loco, *nec tantum masculi, &c.* bonorum possessionem unde legitimi dari non tantum masculis, sed etiam feminis, hoc tantum verum est in consanguineis feminis, vel in liberis feminini sexus, non in omnibus feminis agnatis secundum leg. Voconiam, quæ obtinuit usque ad tempora Justiniani. At Justinian. in *l. pen. hujus tit.* restituit jus antiquum, ut quemadmodum liberi, ita agnati admittantur ad legitimam hereditatem in infinitum, cujuscunque sint gradus, sine ulla discretione sexus, & fit jus æquabile, ut quemadmodum feminis agnatis agnati succedunt: ita etiam maribus, vel feminis agnatæ in infinitum succedant ab intestato, *nec paternum vitium*, inquit, in *l. pen. ex quo prodiit feminea proles, ipsi proli noceat.*
E quo loco aperte demonstrat Justinian. se accedere sententiæ Stoicorum, qui ex sola vi patris existimabant prodire partum, quam & multi magni viri sequuntur, & Aristoteles ipse dum ait, vim feminæ non esse vim vitalem, virus hominis solum esse vitale: contra Anaxagoras, & Empedocles, & Epicurus, ut Censorinus refert, ex quo Epicuro ita Lucret. *lib. 4. Semper enim partus duplici de semine constat*; ut autem Justinian. in *d. l. pen.* nulla habita discretione sexus vocat agnatos ad legitimam hereditatem, restituta l. 12. tab. abrogata l. Voconia: Ita etiam paulatim agnatos omnes vocavit ad legitimam hereditatem, nulla habita discretione agnationis, & cognationis, quam fecit tamen & l. 12. tabul. & prætor ipse. Ac primum quidem Justinian. fratres ex eodem

patre

patre tantum, qui ſunt agnati, & fratres uterinos, qui ſunt cognati, non agnati ſimul admittit ad hereditatem legitimam defuncti inteſtati fratris ſine liberis, *l. ult. hoc tit. l. ult. §. ult. ſup. ad Senatuſc. Tertull.* quod ita eſt accipiendum ex Novella Juſtinia. ſi defuncto nulli ſint fratres ex utroque parente conjuncti, & utroque parente cognati, vel horum fratrum filii: Hi namque præcellunt, & illos excludunt ex Novella *de heredib. ab inteſtato veni*. Item ex conſtit. Anaſtaſii ab ipſo Juſtinia. approbata & adaucta, fratres emancipati ex reſcripto principis reſervato jure legitimarum hereditatum, ne eo ſcilicet caderent per emancipationem, quod genus emancipationis Anaſtaſius introduxit, vel etiam ut Juſtinian. adjecit in *l. de emancipatis, hoc tit.* fratres emancipati alio legitimo modo, puta, ex leg. 12. tabul. vel ex conſtitut. Juſtinian. nam triplex eſt emancipatio, legitima, Anaſtaſiana, Juſtiniana: fratres, inquam, emancipati quoquo modo emancipati ſint, & fratres in familia retenti primum ſimul admittuntur ad legitimam hereditatem patris, licet emancipati ſint cognati, non agnati, quia emancipatione tollitur agnatio, tolluntur familiæ ſacra. Sic tamen emancipati admittuntur ad legitimam hereditatem patris cum ſuis, ut ſuis bona propria conferant, *l. liberos, ſup. de collat.* quæ eſt conjungenda cum leg. 11. hujus tit. & animadvertendum *leg. liberos* loqui de ſucceſſione patris, in qua emancipati ſuis conferunt. At legem 11. hujus tituli loqui de ſucceſſione fratris, in qua non eſt collationi locus: Itaque in leg. 11. hujus tit. hic verſus, qui eſt appoſitus in extremo *l. collationibus tamen, &c.* merito abeſt totus ab emendatioribus libris quamplurimis, & in Baſilicis ab interpretatione facta, κατὰ πόδας, ut diſcere licet ex 45. Baſil. qui editus eſt jamdiu Latine a Gentiano Herveto. Eum quoque verſum Accurſius ipſe non agnovit. Eſt igitur ſpurius, cum nec res ipſa eum ferat, propterea quod lex ſervat inter omnes fratres, ſive ſint emancipati, ſive ſui, jura legitimarum hereditatum, puta, ut ſibi invicem ſuccedant. Qua de re cum agitur ceſſat collatio bonorum, quia non de hereditate patris agitur, ſed fratris. Ergo ex hac *l. 11.* itemque *l. 4. ſup. de legit. tut. & l. 5. ſup. de curat. fur. dand.* quæ ſunt ejuſdem Anaſtaſii, fratres emancipati, & fratres in familia, in poteſtate retenti, ſimul admittuntur ad legitimam hereditatem fratris, vel ſororis, ſive is defunctus ſit in familia, ſive poſt emancipationem. Et ex conſtitutione quidem Anaſtaſii fratres emancipati in hereditatem fratris inteſtati veniunt cum fratribus in familia retentis cum deminutione trientis, ut Theophil. declarat in §. 1. *Inſtit. de ſucceſſ. cog.* Ex conſtitutione autem Juſtinia. veniunt ſine ulla deminutione, id eſt ex *l. ult. hujus tit.* & excludunt omnino agnatos, licet fratres emancipati non ſint agnati. Excludunt etiam patrem defuncti fratris: Ita tamen ut ſi filius in familia retentus vita deceſſerit, pater in bonis ejus adventitiis retineat uſumfructum totum, quem habuit eo vivo, *ut l. ult. §. ult. ſup. ad Senatuſc. Tertull.* Sin autem filius emancipatus vita deceſſerit, in bonis, quæ ab eo pervenerint ad fratres in familia retentos, vel etiam ad fratres emancipatos, æque pater habet uſumfructum totum ex *l. de emancipatis, hoc tit.* Non obſtat *d. lex ult. §. pen. ſup. ad Tertul.* quia, ut rejiciam ſolutiones Accurſii, illa l. ult. non loquitur de fratribus emancipatis, ſed de fratribus uterinis, qui pariter admittuntur cum fratribus conſanguineis, quo caſu ſi is, qui deceſſerit emancipatus, ea lex patri tantum dat uſumfructum beſſis, non uſumfructum aſſis. Ergo ſi quis *l. de emancipatis, hoc tit.* objiciat d. l. ult. dicas non de iiſdem fratribus in utraque agi. In hac agi de emancipatis, in illa de uterinis. At longe aliter hæc omnia definiuntur Nov. Juſtinian. nempe ut ſine ulla retentione uſusfructus, vel deductione, pater, & fratres, & ſorores, ſive agnati, ſive cognati, qui modo utroque parente conjuncti ſint, defuncto ſuccedant pro virilibus portionibus pleno jure. Ac præterea notandum eſt ex hac *l. de emancipatis*, bona emancipati fratris jure legitimo deferri omnibus fratribus indiſtincte, exceptis bonis profectis a matre, quæ quidem lex vult pertinere ad eos tantum fratres, qui ſunt ex eadem matre, non etiam ad eos fratres, qui ſunt ex alia matre, eodem vero patre. Et inde ducitur quod vulgo jactatur, *materna maternis cedere, paterna paternis*: quod cum hæc l. *de emancipatis* conſtituiſſet tantum in fratribus, quod notandum, mores tamen noſtri trahunt ad omnes cognatos. Quod autem Anaſtaſius dedit fratribus emancipatis, idem etiam Juſtinia. dedit in *l. ult. hujus tit.* filiis fratris emancipati, licet agnati non ſint, ut ſimul admittantur cum filiis fratrum retentorum in familia, hoc quoque caſu, nulla habita diſcretione agnationis & cognationis: & ſimiliter idem Juſtinian. in *l. pen. §. ult. hoc tit.* pari jure eſſe vult filios fratrum, & filios ſororum, quamvis ii cognati ſit, illi agnati. Atque ita veluti per gradus, & paulatim eo ventum eſt, ut Juſt. penitus tolleret differentiam agnationis, & cognationis in Novella 117. Jura paulatim creſcunt, & ampliantur, *l. fid. §. ſi rem, in fine, de leg. 3.* & jus vetus, quod invaluit, quod viget, quod hæret animis hominum, melius tollitur per partes, quam ſemel eo abrogato, quoniam populus non facile dediſcit, aut deutitur quæ inſueverit ſemel: atque ita melius eſt jus vetus dediſcere pedetentim. Recte Livius quodam loco, *nihil mutari ex antiquo ſine confuſione multarum rerum, & perturbatione populi.* Igitur melius eſt antiqua jura pedetentim aboleri, ſive paulatim, ſenſim ſine ſenſu. Non eſt omittendum, quod eſt in *l. 12. hujus tit.* Et ſciendum eſt, ut intelligatur illa lex, impar eſſe matrimonium ex leg. Julia & Papia, ſi major quinquagenaria nupſerit minori ſexagenario: & cum dico impar eſſe matrimonium, ſignifico non eſſe juſtum. Apul. ſexto Metam. *impares nuptiæ*, inquit, *legitimæ non poſſunt videri*. Et ita concubinatus, quod dicitur inæquale conjugium, impar conjugium, *l. 3. ſup. de natural. liber.* etiam non eſt juſtum conjugium, licet non ſit illicita conjunctio, & ſic in *l. 1. C. Theod. de colleg.* impari matrimonio opponitur juſtum. Ergo ex l. Jul. & Papia, impar eſt matrimonium, & injuſtum igitur, atque etiam illicitum ex illis legibus, ſi major quinquagenaria nupſerit minori ſexagenario: Item ex iiſdem legibus impar eſt matrimonium, ſi major ſexagenario duxerit minorem quinquagenaria: & Lactantius lib. 1. Inſtit. *legem Papiam ſexagenariis fibulam impoſuiſſe*. Verum hoc caput l. Pap. ne major ſexagenario ducat minorem quinquagenaria ſuſtulit D. Claudius Imp. ut Sveton. ſcribit in Claudio cap. 23. quia conſtabat ſexagenarios generare poſſe. Et hoc eſt quod ſcribit Ulpian. *lib. reg. tit. 16.* ex Senatuſconſulto Claud. id eſt, cujus auctor fuit Claudius, ſi major ſexagenario duxerit minorem quinquagenaria, perinde eſſe, ac ſi minor ſexaginta annorum duxiſſet uxorem, id eſt, impar non eſſe matrimonium: illud autem caput l. Papiæ, ne major quinquagenaria nubat minori ſexagenario Juſtinia. ſubſtulit in *l. pen. ſup. de nupt.* nam eſt quidem plerumque ſterilis major quinquagenaria, ut in *l. ſi ſterilis, D. de action. emp.* quod non ſit ἀνοικτός τὴν νηδὺν πρὸς σπέρματος ὑποδοχὴν, ut ait Zonaras in Romano Argyropilo. Et Plinius quoque 7. & Ariſtot. 5. de hiſt. animal. tamen quia aliquando evenire poteſt, ut major quinquagenaria partum concipiat, atque edat, licet id raro eveniat, tamen Juſtinia. cenſuit non improbandum eſſe matrimonium inter majorem quinquagenaria, & minorem ſexagenario, quia ſit aliquantula ſpes liberorum. Alioquin ſi nulla ſit ſpes, nefarium eſt matrimonium, quod non contrahitur liberorum procreandorum gratia. Et ideo, ut oſtenditur in *l. 12. hujus tit.* Si major quinquagenaria forte partum ediderit, is partus erit ſuus heres patri, & habebit jura legitimarum nuptiarum, legitimæ hereditatis, jura conſanguinitatis, jura agnationis, quaſi legitimus partus, licet, inquit *l. 12.* raro hoc eveniat: ubi non male Græci notant, hanc legem conſtitutam de iis, quæ raro eveniunt, cum tamen regulariter dicatur, legem non conſtitui de iis, quæ raro, ſed quæ ut plurimum eveniunt, *l. 3. 4. 5. & 6. D. de legib.*

AD TITULUM LIX.

COMMUNIA DE SUCCESSIONIBUS.

VENIO ad interpretationem tit. 59. *Communia de successionibus*. Ac primum quæro quid significent hæc verba, *communia de successionibus*. An ut glossa Rubricaria notavit, proponi sub hoc tit. communia, quæ sunt successionibus ex testamento, & successionibus ab intestato? minime: Neque enim in ea ulla lex est quæ pertineat ad successiones testamentarias. An igitur, quia initio hujus libri dixit de successionibus intestatorum, quæ jure prætorio deferuntur, id est, de bonorum possessionibus, quæ dabantur olim per septem gradus, hodie dantur per quatuor tantum, quorum primus est liberorum, secundus agnatorum, 3. cognatorum, 4. viri & uxoris. Postea vero dixit de hereditatibus intestatorum, quæ jure civili deferuntur agnatis solis, ac primum suis, deinde consanguineis, tum reliquis agnatis. Nunc proponit communia utriusque success. civilis, & prætoriæ ab intestato: Communia utriusque juris civilis, & prætorii. Et hoc certissimum est: nam & nominatim *l. 2.h.t.* nihil *referre*, ait, *jure civili, an jure prætorio pater meus ab intestato successerit propiori sobrino meo, quandoquidem sive hoc, sive illo jure successerit, si patri meo heres extiterim, & per eum propiori sobrino meo videor heres extitisse: ac proinde exercere possum omnes eas actiones, quæ propiori sobrino meo competierunt. Denique agere possum tutelæ in eum, qui gessit tutelam propioris sobrini mei, ut l. pen. sup. arb. tut.* Et hæc est sententia *l. 2. hujus tit.* Propior autem sobrinus, vel sobrino dupliciter dicitur. Is, qui patris mei consobrinus est, ut *l. JC.* §. 5. *D.de grad.aff.* Et aliquando etiam is, qui consobrini mei filius est, ut apud Sext. Pompe. & in *l. 2. sup. unde legit.* Item quod ait *l.7. hujus t.affinitatis jure nulla successio promittitur*, sic legendum, ut in Basil. *non permittitur, nulla successio*, id est, neque civilis, neque prætoria sive honoraria, ut nominatim *l. 3. hujus tit.* vitrico ait privigni successionem nec civili jure deberi, nec prætorio. Ac similiter novercæ privigni successionem nullo jure deberi, quia affinitatis jure nulla intestati successio est. Ita etiam accipienda est *l.4. hoc tit.* dum ait, servos successores habere non posse, ut scilicet successores nullo jure habere possint, quia & apud prætorem servus pro nullo habetur, *l. 1. D. de jure delib. l. nullo, D. ad l. Cornel. de fals.* & cum hac *l.4.* est conjungenda *l.liber, sup.de pet. hered.* utriusque idem est Imperator, & idem Cos. Et ex hac in illa dies corrigendus, & ex illa in hac locus addendus: integra autem sententia hæc est. Si is, cujus hereditas petitur, dubitetur liber fuerit, an servus, quæstionem de statu esse præjudicialem: Et de eo prius disputandum esse liber fuerit, an servus, quam petatur hereditas, quia servus heredem habere non potest, ut ait *lex servus, hoc tit.* Et eodem modo accipienda est *l. 10.* dum ait, educatores nec civili, nec honorario jure succedere posse alumnis suis, quæ etiam manifesto est communis utriusque juris, educatorem, inquam, alumno suo nullo jure ab intestato succedere, hoc solo nomine, quod sit educator, & veluti pater: ut veteres Virgilius & Plautus nutritores, & nutrices vocant patres, & matres, & in plerisque partibus juris, alumni filiorum loco sunt, ut tutores eis dati confirmentur, *l. Nesennius, D.de excus. tut.* ut alumni non cadant in generalem obligationem bonorum omnium, *l. 1. inf. quæ res pig. oblig.* ut imperfecto testamento relicta alumnis conserventur, ac si essent relicta filiis, *l. in testamento, D. de fid. libert.* ut non separentur ab educatore, *l. 3. §. proinde, D. de lib.hom.exhib.* ut etiam educatoris nomen assumant, *l. Lucius, §. munus, de leg.2.* ut dubitetur an alumnam uxorem ducere liceat, *l si quis, sup. de nupt.* ut dubitetur an in eis sit locus SC. Syllan. *l. 1. §. in eo, D. de SC. Syllan.* Et nunc ut dubitetur an eis

A educator ab intestato succedat, hoc tamen negatur, nisi alio jure nitatur, quam nudo nomine educatoris. Communis est etiam utriusque juris, & successionis *l.8.h.t.* quæ ita definit, ut est in Regul. juris, quamdiu ex testamento adquiri potest hereditas, licet scriptus in eo non haberet assis capacitatem, neminem ab intestato succedere. Quæ sententia proculdubio pertinet etiam ad utramque successionem intestatorum civilem, & honorariam. Communis etiam est utrique successioni, & juri *l. 9. hujus tit.* ut quod liber homo misceat se servis alienis, non ideo fiat servus domini ancillæ, nec ideo bonorum ejus successio vindicetur a domino ancillæ, cui ille liber homo commiscet se, ut in *l.3.inf.de lib.caus.* & hoc ita est, etiamsi liber homo me denuntiante, & vetante misceat se ancillæ meæ. Et respicit hæc lex ad SC. Claudianum, quo
B si libera mulier contra denuntiationem meam misceat se, servo meo, serva fit mea, & bona omnia ejus cum capite in me transferuntur genere quodam successionis, §. *ult. Instit. de success. sub.* quod tamen sustulit Justin. ut hac in re nulla esset differentia inter marem, & feminam .i. ut quemadmodum liber homo propter hanc commistionem non fit servus, ita nec libera mulier propter eam fiat serva. Et cum hac *l. 9.* est conjungenda *l.ult.sup.de rei vindic.* cui locus ex hac *l.9.* addendus est, & corrigendus dies, ut sit ubique 7. Cal. Jan. utraque autem lege conjuncta, intelligimus dominum ancillæ non habere justam caussam retinendi bona liberi hominis, qui contra denuntiationem suam consuetudinem habet cum ancilla sua: sed tamen quia bona ejus tenet ille liber homo, si ea vindicet, nihil agit, nisi probet se eorum bonorum esse dominum:
C Nam in dubio, vel in incerto pensior est conditio possessoris. Etiam *l.5.h.t.* pertinet ad utramque successionem, ut significant illa verba *tam agnationis, quam cognationis jure* .i. tam civili, quam Prætorio. Sed sententia *l. 5.* indiget interpretatione, vel explanatione verius. Sententia plenior hæc est. Amita mea, unde nos dicimus, *tante*; nam veteres Galli dixere, *amte*, quasi *amta*, inde depromptum est, *tante*, amita, inquam, mea, quæ suscepit filios ex Titio, habet filios ex alia uxore, quia amitæ meæ sunt privigni, amita mea illis est noverca: Amita, inquam, mea illa defuncta est intestata relictis filiis susceptis ex Titio, qui mihi sunt amitini, *ce sont des causins, qui s'appellent ainsi*, ergo illis sum consobrinus. Hi vero amitæ meæ heredes extiterunt ex SC. Orfitiano, non etiam privigni amitæ meæ, quia adfinitatis jure nulla est suc-
D cessio. Porro amitini mei etiam sunt mortui intestati sine liberis, relictis fratribus natis ex priore uxore patris sui, qui erant eis consanguinei fratres, puta nati ex eodem patre, diversa vero matre, & ideo hi succedent amitinis quasi proximiores, quia sunt in 2. gradu, & me excludent, qui sum in 4. gradu: Nam in linea collaterali excepto gradu filiorum fratris; vel sororis, proximior gradu excludit inferiorem, seu prolixiorem, remotiorem, ulteriorem. At nunc finge, ut absolvamus sententiam l.5. Amita mea, quæ suscepit filios ex Titio, qui mihi sunt amitini, ego illis consobrinus, mortuo Titio nupsit Cajo habenti filios ex alia uxore, qui amitæ meæ sunt privigni, & ex Cajo 2. marito nullos suscepit filios: Deinde ei mortuæ intestatæ successerant amitini mei. Nunc vero amitinis meis mortuis intestatis ego eis pro-
E ximior sum heres, quia privigni amitæ meæ, quos Cajus procreavit ex priore uxore amitinis meis neque sunt agnati, neque cognati, id est, nullo jure eis sunt fratres, quia neque sunt ex eodem patre, neque ex eadem matre, sed ex diverso patre & matre. Verum, ut elias ostendi in hac l.5. sic est legendum. *Nam si amitinis tuis alio etiam patre natis non consanguinei eorum matris privigni sunt*. Quod autem ait *l.6.hujus tit.* Avunculum, qui est 3. gradu præferri consobrino, qui est quarto, hoc sane proprie pertinet ad jus prætorium, quia est de cognatis. Sed cum sit posita sub hoc tit. idem omnino statuere licet in patruo, ut præferatur consobrino. Eodemque modo quod ait *l.1.h. tit.* pertinet quidem proprie ad jus prætorium, sed tamen quod in ejus specie statuitur, commune

est

est juri civili: nam sententia l. 1. hæc est: sororem emancipatam in bonis fratris emancipati pariter succedere cum fratre retento in familia, ut in *l. 1. sup. tit. prox.* videlicet per bon. poss. unde cognati: Nam ex Constit. Anastasii etiam fratri emancipato frater retentus in familia, & soror emancipata, ut legitimi heredes ex æquo succedunt adita hereditate, vel petita bon. poss. *unde legitimi.* Ergo & l. 6. & l. 1. quod statuunt de jure prætorio, idem obtinet etiam in jure civili. Denique, ut concludamus, omnes *ll. hujus tit.* sunt communes utrique successioni ab intestato, quæ vel proficiscitur ex jure civili, vel ex jure prætorio: una tantum est *l. ult.* quæ nihil videtur pertinere ad communionem istam, cujus sententia hæc est: filiusfamil. bona materna, & lucra nuptialia, & generaliter hodie bona adventitia non adquirit patri, nisi quantum attinet ad usumfructum. Quis igitur mortuo filiofamil. in eis bonis succedit? nempe liberi ejus, si quos habeat excluso avo, & reservato tantum ei usufructu: deficientibus liberis, ei succedunt fratres utroque parente conjuncti, & iis deficientibus, fratres altero tantum parente conjuncti reservato usufructu patri: & rursus deficientibus iis omnibus, proprietas horum bonorum redit ad usumfr: id est, ad patrem. Et hanc *l. ult.* probant Novellæ Justinia. quatenus præfert fratres utroque parente conjunctos, quos Græci vocant ἀμφιθαλεῖς, fratribus ex altero tantum parente conjunctis, ut Novella 84. At abrogatur hæc *l. ult.* quatenus fratres præfert patri: Nam Novella 118. vult fratres pariter succedere cum patre pro virilibus portionibus sine deductione ususf. hoc est, quod pertinet ad *l. ult.* ex cujus explanatione videmus, nihil in ea proponi, quod sit commune utriusque juris civilis, & prætorii, utriusque successionis. Sed quia tit. duo, qui sequuntur sunt de iisdem bonis maternis, vel de lucris nuptialibus, vel aliis, quæ filiusfamil. patri non adquirit, ideo posita hac *l. ult.* finem hujus tit. ipso quodam veluti nodo connexuit cum tit. seq. ut accidit *tit. de inst. & subst. sup.* qui est de substitutionibus precariis conditionalibus, non de directis, excepta *l. ult.* ut ab ea convenienter subiiciatur tit. *de impub. & aliis substit.* qui est de substit. directis. Denique sæpe leges ult. unius tit. sunt nodi sequentis tituli, ad quem jam accedemus.

AD TITULUM LX.
DE BONIS MATERNIS, ET MATERNI GENERIS.

QUÆ hactenus dicta sunt de intestatorum hereditate, ad patresf. tantum intestatos pertinent, non ad filiosf. nam lex 12. tab. de patrefamilias loquitur, non de filiof. ut M. Tul. retulit his verbis: *Si paterfmil. intestato moritur, familia, pecuniave ejus agnatorum gentiliumque esto.* Et ideo bona, quæ relinquit filiusf. vel dicuntur peculia, vel bona, ut in *h. tit. & tit. seq.* potiusquam hereditates, quia filiifam. plerumque hereditas non est. Potest autem filiusfam. habere bona quædam propria, vel tanquam propria: Nec enim omnia adquirit patri jure potestatis patriæ. Ea vero bona, aut sunt castrensia, sive militaria, aut pagana: Et castrensia, aut castrensia sunt, aut quasi castrensia: & pagana rursus, aut sunt profectitia, aut adventitia. Castrensia sunt quæ filiusfam. adquirit occasione armatæ militiæ: Quasi castrensia, quod adquirit occasione civilis, forensis, urbanæ, literatæ militiæ. Hujus peculii mentio fit in digestis non uno tantum loco, ut quidem non erubuit scribere, sed quamplurimis, ut *l. 1. §. nec castrense, D. de coll. bon. l. 1. § in filii, D. ad. SC. Treb. l. 3. §. dari, D. de bon. poss. l. filiusf. in fine, D. de donat.* Profectitia autem bona sunt, quæ filiofam. dedit pater, in cujus potestate est, quæ profecta sunt ex re patris, quod proprie patrimonium dicitur, id est, bona paterna, ut bona materna matrimonium apud Senecam, Suet. & Valer. Et bona fraterna fratrimonium, in libro notarum Senecæ. Adventitia autem sunt, quæ alius quilibet ei dedit, vel reliquit, ut bona materna aut materni generis, de quibus est hic tit. bona materna sunt, quæ mater ei dedit, vel reliquit. Bona materni generis, quæ avia, aut proavus maternus, avia, aut proavia materna: sic ut ait *l. 2. hujus tit.* ea in eum contulerunt vel testamento, vel fideicom. vel legato, vel donatione, vel quo alio titulo, vel intestati successione: ubi testamentum significat hereditatem testamento relictam, ut in *l. illud, D. de adq. hered.* Repudiare testamentum, id est, repudiare hereditatem testamento delatam. Et Isocrates in Trapezitico: ὁ πατὴρ τοῦ καταλίποντος τὴν διαθήκην ἐμοι, id est, *pater ejus, qui mihi testamentum reliquit,* id est, qui me heredem fecit, qui mihi hereditatem dedit: Et D. Ambrosius in eum locum Psalmi: *In veritate quæsivi testimonia tua, Novum testamentum,* inquit, *singuli adeunt,* id est, *singuli adeunt hereditatem novo testamento delatam, & omnes possident, tamen nec minuitur heredi quidquid a coheredibus vindicatur. Alia est conditio hereditatis humanæ: Nam si divisa fuerit hereditas inter coheredes, minuuntur emolumenta,* inquit, *& heredis est damnum adscriptio coheredis. Indivisum est autem regnum Christi, indivisa hereditas, quæ ad singulos pertinent ex asse, non ex parte.* Hæc ille pereleganter. Et in id, quod hæc *l. 2.* ait de donatione collata in nepotem, aut pronepotem, qui est in potestate sui patris, recte Thalelæus Græcus interpres exigit, ut ea donatio sit confirmata morte donatoris: Nam ut inter virum & uxorem donatio ab initio non valet, sed confirmatur morte, & silentio donatoris, si in eadem voluntate perseveravit usque ad supremum vitæ exitum, ita etiam si quid mater, uxor mea, vel si quid socer meus, id est, avus maternus filii mei donet filio meo, qui est in mea potestate, ab initio donatio non valet, sed morte confirmatur, si donator pœnitentia ductus non fuerit. Nam ea donatio pœnitentia penitus infirmatur: hæc omnia ostenduntur in *l. 3. §. verbum, D. de donat. int. vir. & uxor.* ut autem de singulis generibus bonorum, quæ proposuimus, dicamus, quo jure, quaque conditione sint: Primum castrensia bona, vel quasi castrensia bona, id est, castrense, vel quasi castrense peculium proprium est filiifamil. pleno jure, ut nec ususfru. pertineat ad patrem, *l. cum oportet, §. 1. tit. seq.* Et mortuo patre, id retinet præcipuum, sive excipuum, nec confert fratribus, *l. 1. §. nec castrense, D. de collat. l. Titius, D. ad Treb. l. 23. §. servum D. de fid. libert.* Ac præterea in eis bonis, castrensibus scilicet, vel quasi castrensibus filiusfam. testamentarium heredem in eis bonis habere potest, quoniam jus habet testamenti faciendi de his bonis ex beneficio constitutionum, ex privilegio militiæ, quod Constit. ultro concesserunt militibus armatis, vel literatis. Nam studiorum militia, & commilitium est, ut loquitur Apulejus Florid. lib. Denique quandiu viveret filiusfamil. voluerunt constitutiones principum, eum in bonis castrensibus, vel quasi castrensibus fungi jure, & vice patrisfamil. *l. 2. D. ad SC. Maced. l. 15. §. si servum, de castren. pec. l. 6. §. ult. D. de inj. rupt. test.* Sed si de his bonis filiusfamil. testamentum non fecerit, mortuus superstite patre, legitimum heredem non habet, atque ita facit exitum filiifamil. vivit ut paterfamil. in eorum bonorum causis, moritur ut filiusfamil. si testatus non sit, quia bona quasi castrensia, aut castrensia, pater ejus qui eum vivendo vicit, qui ei supervixit, retinet non ut hereditatem filii, sed ut peculium filii sui, quod potest occupare suo jure tanquam rem suam, non tanquam rem filii. Et hoc ostendit *l. 1. & 2. & 9. & l. pen. §. pater, D. de castren. pec. & l. pen. inf. de castr. pec. mil. lib. 12. & l. 1. §. si qui bona, D. de coll. bon. l. ult. D. ad SC. Tertull. l. filiusfamil. D. ad l. Falc.* Denique in castrensibus bonis, vel quasi castrensibus filiusfamil. testamentarium heredem habere potest, legitimum habere non potest ab intestato, si ei supervixerit pater. Et ita etiam virgo vestalis olim testamentarium heredem habere potuit, quia statim ut capta erat, sic loquebantur, exibat de potestate patris, & jus testamenti faciendi adipiscebatur, ut & Hermias retulit in historia Ecclesiastica 1. cap. 4. Et tamen ut La-

beo

beo ſcribit in commentariis ad *l. 12. tabul.* virgini veſtali inteſtatæ nemo legitimus heres eſſe potuit, ſed bona redigebantur in publicum. Et hæc de caſtrenſibus, vel quaſi caſtrenſ. bonis filiifamil. Profectitia proculdubio pertinent ad patrem pleno jure, non per uſumfructum tantum, & in eis filiusfamil. neque teſtamentarium, neque legitimum heredem habere poteſt, quod ante Conſtit. obtinuit etiam in omnibus bonis adventitiis, ut per filiumfamil. pleno jure adquirerentur patri etiam bona materna, ut inquam, bona materna adquirerentur patri pleno jure, ut rectiſſime in *l.1. h.t.* notavit Thalelæus. Atque etiam Acc. eorumque ſententia evidenter comprobatur *l. 6. in prin. & l. filiusfamil. de adq. hered. l. 1. §. qui operas, D. ad SC. Tert. l. 3. §. verbum, D. de donat. int.vir. & uxor. l. 1. inf. de lib. exhib.* Et Dominus Alciatus, qui contra ſcripſit, etiam ante Conſtantinum, ante edictum Conſtantini, quod proponitur in *l. 1. hujus tit.* dominium bonorum maternorum non pertinuiſſe ad patrem, id puto eum dicis cauſa, non quod revera ita ſentiret ſcripſiſſe. Et nihil eſt, quod hujus novæ, & paradoxæ ſententiæ (nam hoc ſcripſit in libris paradoxorum) nihil, inquam, quod hujus novæ ſententiæ introducendæ gratia adferat, nihil eſt quod careat calumnia manifeſta. Nam primum quod ait ex *l. cum oportet, in prin. tit. ſeq.* dominium bonorum maternorum non adquiri patri ex veteris juris obſervatione, hoc non eſt jure vetuſtiore edicto Conſtantini. Eſt igitur ex veteris juris obſervatione, id eſt, ex edicto Conſtantini, non ex eo jure, quod valuit ante Conſtantinum: nullum etiam eſt argumentum, quod ducit ex *l. filiusfam. ff. de inoff. teſt.* quæ l. ait patrem agentem nomine filii de inofficioſo teſtamento matris, commodum victoriæ parare filio. Non hoc ſignificat, bona materna adquiri filio, quia in querela inofficioſi teſtamenti matris, non agitur principaliter de bonis maternis, ſed eſt quæſtio officiorum, materia officiorum, ut Quintilia. ait, id eſt, agitur potiſſimum de meritis filii, an ſit merito exheredatus a matre, & commodum victoriæ patris, qui nomine filii egit querela inoff. teſtamen. proprie pertinet ad filium, quia judicatur non eſſe malemeritus de matre, & juſtas cauſas matrem non habuiſſe iraſcendi filio, atque ita aboletur nota exheredationis, quam filio inuſſerat quaſi ingrato, quaſi immerito. Commodum ergo victoriæ non eſt adquiſitio bonorum maternorum, quæ mox per filium ante Conſtantinum adquirebantur patri pleno jure, ſed bona exiſtimatio filii, ut exiſtimetur eſſe probus, gratus, & bene meritus erga matrem, & indignus etiam nota exheredationis. Nullum eſt etiam argumentum, quod ducit ex *l. pen. D. ad SC. Tert.* quæ dicit ex oratione Antonini Imper. hereditatem matris inteſtatæ pertinere ad filium, licet ſit in poteſtate patris. Ergo, inquit, non adquiritur patri hereditas matris delata filio, quæ illatio vitioſiſſima eſt: Nam fateor quidem pertinere hereditatem matris ad filium ex oratione Antonini, ſed mox per filium adquiri patri. Nec animadvertit idem eſſe orationem Anton. ad SC. Orfitia. quoniam SC. ſequi ſolebat orationem principis, qua Senatui princeps ſuadebat ut quid decerneret. Denique SC. Orfit. quo hereditas matris filio defertur ab inteſtato, fuit factum auctore Antonino, ut eſt in Inſtit. id eſt, ſecundum orationem Antonini in Senatu recitatam, ut etiam filiof. obveniret legitima hereditas matris, & mox ab eo tranſiret ad patrem jure patriæ poteſtatis. Ac poſtremo nullum eſt etiam, quod ducit ex *l. 1. ſup. qui admit.* Primum quoniam ea lex non loquitur de bonis maternis: deinde quia etiamſi intelligatur de bonis maternis, ea l. potius probat dominium bonorum maternorum adquiri patri, videlicet ſi filiusf. bonorum poſſeſſ. *unde legitimi* admiſerit intra conſtituta tempora, & intra eadem, quod fecit filius, ratum habuerit pater: Nam ita commodum bonorum poſſeſſionis adquiritur patri: at poſt tempora conſtituta petitio bonorum poſſeſſionis nec filio, nec patri proficit. Et hæc eſt ſententia *l. 1.* Igitur cum Alciatus ſit deſtitutus ſuis argumentis, licet ut eſt apud Ariſtot. argumentari ad hominem, quod fit hoc modo. Tu tuam ſententiam his teſtimoniis confirmare vis, hæc ego teſtimonia refutavi. Reſtat igitur eſſe falſam tuam ſententiam. Igitur concludamus, primum eſſe Conſtantinum, qui in *l.1. hujus tit.* definivit, ut bonorum maternorum delatorum filiofam. proprietas pertineret ad filium, & uſusfr. tantum ad patrem, ut fruendi duntaxat facultatem haberet pater. Tribonia. maluit ſcribere fruendi facultatem, quam uti verbo priſco, quod erat in C.Theod. *l.1. eod. tit. ut fruendi pontificium habeat pater*, id eſt, *poteſtatem*, ut in *l. 3. C. Theod. de fide Cathol. hæreticis non permitti facultatem, pontificiumque obtinendarum Eccleſiarum.* Et Symmachus in epiſtolis. *Optimum factu credidi, ut æternitati tuæ cauſa iſtius pontificium reſervarem.* Et Salinus cap. 21. *Devotionis, quam peregre proſequebantur pontificium, mox intra ſuos fines receperunt.* Et in precibus Eccleſiæ noſtræ recte: *Deus, qui beato Petro ligandi & ſolvendi dediſti pontificium.* Conſtitutio autem Conſtantini trahitur etiam ad bona materni generis in *l.2. h.t.* ut eorum quoque proprietas non adquiratur patri, ſed uſusfru. tantum, & nihil mutat ſi pater filio novercam ſuperduxerit: Nam ideo non amittit uſumfr. in bonis filii maternis, aut materni generis, *l. ult. h.t. l. de emancipatis, ſup. de leg. hered.* & novella 22. abrogata hac *l. 3.* *C. Theod. de bon. mater.* Addit autem Conſtantinus in hac l. 1. patrem debere uti frui bonis maternis filii ſui boni viri arbitratu, conſervatis rebus omnibus illæſis, qua in re debet præſtare diligentiam & cuſtodiam omnem, neque tamen exigit lex, ut pater filiof. præſtet ſatiſdationem fructuariam, non exigit ut filiof. caveat dato fideju. ſe boni viri arbitratu uſurum fruiturum, quoniam inverecundum eſt a ſacro nomine patris exigere fidejuſſ. nec fide ejus eſſe contentum, quod etiam confirmat *l. ult. §. ſin autem æs, t. ſeq.* item eadem l.1. ait patrem præter uſumfructum, quem habet in bonis maternis filii, etiam hoc habere, ut poſſit exercere omnes actiones. In examine, inquit, Baſilica vertunt, *ἐν δικαστηρίῳ*, id eſt, in judicio, deſcendentes ex cauſa eorum bonorum, quia ipſe filiusfamil. non habet legitimam perſonam in judicio, *l. filiusfamil. D. de oblig. & act.* quia rem in judicium deducere non poteſt, qui eſt in poteſtate alterius non ſua, *l. ult. §. 1. in fine, tit. ſeq.* quod adeo verum eſt, ut & pater eas actiones per procuratorem exercere poſſit. Qui alieno nomine agit, id eſt, procurator regulariter alium procuratorem dare non poteſt ante litem conteſtatam: at pater ante litem conteſtatam in hac ſpecie procuratorem dat ad inſtituendas actiones, quæ deſcendunt ex cauſa eorum bonorum, nimirum quia ſuo nomine agit, & ſuis etiam ſumptibus, ut lex ait, & ſuo nomine eum agere lex indicat, dum ait, *eum perinde agere, atque ſi ſolidum, perfectumque dominium earum rerum ei quæſitum fuiſſet*: agere igitur ſuo nomine. At poſtremo adiicit, patrem tamen non habere jus alienandi, vel diſtrahendi, vel pignerandi bona materna filii, ut in *l. 2.* atque ita hoc caſu evenit, quod tamen *lex ait prætor, D. de jure delib.* ait eſſe abſurdum & incongruum, ut cui interdicitur alienatio rerum, ei liceat exercere actiones, ut ante dictum eſt, propterea quod perſona filiifamil. non eſt legitima in judicio ſine voluntate patris. Ita fit ut pater exerceat actiones, & tamen jus alienandi, vel pignerandi non habeat: Nam ſi quid alienaverit, poſtea filio rem vindicanti nulla obſtabit præſcriptio longi temporis: præſcriptio 30. annorum, quæ a Caſſiodoro dicitur *patrona humani generis*, obſtabit, ut in *Nov. 22.* quæ tamen numeranda erit a pubertate filii, & ab eo tempore, quo ſui juris factus erit, ut in *l. 4. §. ult. tit. ſeq. l.1. §. ult. inf. de ann. except.* Et ultimo etiam addendum eſt ex *l. 2. hujus tit.* mortuo patre filiumfamil. bona materna, & materni generis retinere præcipua, ut bona caſtrenſia, nec conferre fratribus, ut in *l. 4. tit. ſeq. & l. ult. ſup. de coll.* & notandum tamen in hac *l. 2.* vulgo corrupte ita legi, *Præcipua computentur, nec ab illis, qui ex parte ſunt coheredes vindicentur.* Omnes libri ſcripti, & Codex Theod. habent *ex patre ἀπὸ τοῦ πατρὸς*: Baſil. Igitur re-

restituatur hæc lectio, & ita legatur: *ab illis, qui ex patre sunt coheredes*, id est, fratribus: nam extraneo heredi non fit collatio, sed fratri, id est, coheredi, consortique ejusdem patris. Quod jus fuit olim patriæ potestatis, ut bona adventitia, quæ obvenirent filiofamil. per eum confestim pleno jure adquirerentur patri, ab eo primum excepit Constant. in *l.* 1. *hujus tit.* bona materna, quæ noluit patri adquiri, nisi per usumfr. tantum, & iis adiecit, ut eodem jure essent, eademque conditione, Arcadius & Honorius bona materni generis in *l.* 2. sine distinctione, superduxerit filio novercam pater, an non, ut scilicet indistincte eorum bonorum ei usufructus debeatur, *l.* 4. *& ult. hujus tit.* At nunc quæro, quid sit dicendum, si posteaquam bona materna, aut materni generis ad filiumfamil. pervenerunt, is filius a patre emancipatus sit: Nam emancipatione filii ususfructus, quem in eis bonis jure potestatis habuit pater, proculdubio extinguitur finita potestate, & finitur emolumentum potestatis omne. Denique ususfructus finitur, quem in eis bonis pater habuit potestatis jure. Et hoc casu placebat pro præmio emancipationis, quod sua potestate filium liberaverit, eumque fecerit patremfamil. patrem posse retinere eorum bonorum trientem pleno jure, ut *l.* 1. *&* 2. *& l. penult. C. Theod. eod. tit.* Et est de eo præmio emancipationis aliquid etiam in *l.* 3. *hujus tit.* & in *l.* 2. *in fine, tit. seq.* hodie autem ille triens, illudve præmium emancipationis sublatum est Constitut. Justiniani, id est, *l.* 6. §. *cum autem, tit. seq.* §. *hoc quoque, Instit. per quas pers. nob. adq.* Et pro præmio emancipationis hoc tantum datur patri emancipatorum, ut in eis bonis habeat semissem ususfructus, nihil præterea, ad remunerandum beneficium emancipationis, quod est beneficium bonorum quærendorum, ut ait *l.* 1. *D. si a parente quis manu.* At rursus quæro, quid sit dicendum, si bona materna, aut materni generis obveniant filio jam emancipato: Nam per filium emancipatum nihil patri adquiri potest, sed tamen etiam ad remunerandam emancipationem leges in bonis quæsitis post emancipationem a matre, vel a materno genere concedunt patri virilem portionem ususfructus, sive unus, sive plures fuerint filii emancipati: virilem igitur partem habet ususfructus, non quasi adquisitam, cum per liberum hominem nobis non possit adquiri, sed quasi lege concessam. Et hæc est sententia *l.* 3. *hoc tit.* quæ ostendit idem procedere in omnibus liberis cujuscumque gradus, vel sexus sint, nedum in filiis, & filiabus. Et hæc sufficiant de bonis maternis, & materni generis.

AD TITULUM LXI.

DE BONIS, QUÆ LIBERIS, &c.

BONIS maternis, & materni generis in hoc tit. adjunguntur *l.* 1. 3. *&* 4. bona quæ filiusfamil. vel filiafamil. adquirunt ex causa matrimonii, puta ex causa dotis, quam maritus lucratur, vel ex causa donationis propter nuptias, quam uxor lucratur soluto matrimonio, vel ex hereditate, aut legato, aut fideicommiss. mariti, vel uxoris, ut hæc etiam bona eodem jure sint, & eadem conditione, qua in superiore tit. dictum est, esse bona materna, & materni generis. Ab iis bonis, quæ ex matrimonio filiifamilias adquirunt, recte *l.* 2. *hoc tit.* separat dotem, quam pater de suo dedit filiæ nomine, & donationem propter nuptias, quæ velut dos est viri, quam pater dedit filii nomine: Nam hæc soluto matrimonio si vivat pater, ad patrem redit pleno jure, vel ex conventione, vel auctoritate legum, ut ait *l. ult. sup. commun. utriusq. judicii*: quia ea bona sunt profectitia, non adventitia: & ideo merito separantur ab adventitiis in *l.* 2. Mortuo autem patre intestato, ad quem redierat dos, vel donatio propter nupt. profectitia plenissimo jure, & mortuo eo filiis superstitibus, ut cetera bona patris, ita ea dos & donatio propter nupt. in commune redigitur. Ex testamento autem, si collatio bonorum fuerit prohibita a patre, quod hodie omnino exigitur ex Novella 18. alioquin non minus ex testamento collatio bonorum fit inter fratres, quam ab intestato jure novissimo, non jure antiquo, quo collationi locus erat inter liberos ab intestato tantum, non ex testamento, *l.* 1. *sup. de collat. & d. l. ult. sup. communia utriusque jud. l. si filius, D. si quis omiss. caus. testam.* Dico ergo ex testamento si collatio bonorum fuerit prohibita a patre nominatim, adscriptis extraneis heredibus, filios & filias dotes suas præcipuas habere, quæ redierant ad patrem. Testamento autem facto inter liberos nullo adjecto extraneo, non retinere dotes suas præcipuas, nisi eatenus, quatenus ex bonis suis pater aliis filiis dedit ex eadem causa, vel militiæ adipiscendæ causa, id est, officii Palatini. Et hæc est sententia *d. l. ult.* Porro bonis, quæ filiifamil. adquirunt ex matrimonio, *l.* 5. *hujus tit.* adjungit etiam ea bona, quæ adquirunt filiifamil. ex sponsalibus, puta, munera sponsalitia, quæ & sponsalia dicuntur, ut etiam in eis bonis pater tantum habeat usumfr. non dominium proprietatis, plenius accepta *l.* 1. *hujus tit.* & mariti uxorisque nomine, quod est in ea *l.* 1. porrecto ad sponsum & sponsam, ut *l.* 3. refert, qui locus est singularis, Julianum JC. in interpretanda *l. Jul. de fundo dotal.* ut opinor, qua tractavit de eo capite l. Juliæ, quod erat in l. scriptum de marito. Ne maritus prædium dotale alienaret, vel obligaret, eum porrexisse etiam ad sponsum, ut & Cajus ex Juliano, ut opinor, facit in *l.* 4. *D. de fund. dot.* Et ad extremum Justin. generaliter constituit, ut nullorum bonorum adventitiorum dominium adquiratur patri per filium, aut filiamf. sed ut usufr. tantum eorum contentus esset, *l.* 6. *hoc tit.* quo jure utimur. Et observa quibus gradibus res lente processerit. Primum Constantinus noluit bonorum maternorum dominium adquiri patri, sed usumfructum tantum quandiu viveret in *l.* 1. *tit. sup.* deinde iis etiam adjecit Arcadius bona materni generis in *l.* 2. *eod. tit.* Tum iis adiecit Theod. lucra nuptialia in *l.* 1. *h. t.* post iis adjecit Leo lucra sponsalitia in *l.* 5. atque ita paulatim eo ventum est, ut eodem jure censerentur esse omnia bona adventitia in *l.* 6. quo certe modo jus vetus, cui populus insuevit, & quo vix fieri potest, ut desinat uti repente, dissuatur melius, quam discindatur, ut alio exemplo memini me demonstrasse in *tit. de leg. her. sup.* In castrensibus autem, vel quasi castrensi. bonis pater nihil omnino juris habet, nec proprietatem, nec usumfr. ulla ex parte. Ac ne præmium quidem ullum emancipationis, de quo ante dictum est, ex castrensibus bonis, vel quasi castrensibus ferre potest, *l.* 6. §. *cum autem, h. t.* Et iis bonis *l. penult.* adnumerat liberalitates principum collatas in filiosfamil. ut sint filiis, quasi in castrensi peculio. Idem etiam sequimur in bonis adventitiis, quæ scilicet a matre, vel avia, vel alio parente filiofamil. data, vel relicta sunt, ea lege ne usufr. adquiratur patri, sed ut is filius sit & proprietarius, & fructuarius, id est, plenus dominus in Nov. 117. quæ, inquam, ita sub ea lege data, vel relicta sunt filiofam. a matre, vel aliis parentibus post legitimam portionem, μετὰ τὸ νόμιμον μέρος, vel, μετὰ τὸ νόμιμον ποσημόριον, quoniam legitimæ portioni debitæ filiis, vel liberis a matre, vel alio parente nulla lex imponi potest. Sed ceteris tantum bonis extra portionem legitimam, & inter ceteras res hæc nimirum, ut ususfructus non pertineat ad patrem. Addo, idem etiam esse in bonis adventitiis, quæ lex culpa viri aut mulieris divortio facto addicit liberis: Nam in eis bonis nec usumfr. habiturus est pater ex Nov. 134. & convenit quidem hæc exceptio si culpa uxoris divortium factum sit. Sed si divortium factum sit culpa viri, bona, quæ viro auferuntur, & dantur liberis, cum dicuntur ad eos pertinere pleno jure; hæc exceptio non pertinet ad bona adventitia, de quibus tractamus, sed ad bona profectitia. Non est omittendum etiam in bonis adventitiis usumfr. habere patrem, secundum quod generaliter constituit

stituit

stituit Justinian. si velit: nam si nolit, filiusfam. erit plenus dominus bonorum adventitiorum. Et idem etiam erit si recusante patre filiusfamil. delata bona adventitia adeat, delatam hereditatem adventitiam adeat: nam & hoc casu in eis bonis, quibus quærendis non est adsensus pater, nihil juris habiturus est, *l. ult. h. t.* Idemque evenit, ut eadem lex ostendit in fine, si servus sit relictus filiofam. ut eum manumittat confestim post mortem testatoris, & aditam hereditatem: Nam quis potest momento illo temporis in eo servo usufr. competere patri? Etiam ab ea generali definitione Justinia. est excipiendus unus casus, qui proponitur in *Novella* 118. Sed priusquam ille casus explicetur, explicanda est gravis quæstio, cujus definitionem differam in diem crastinum. Quæstio hæc est, mortuo filiofam. ad quem pertineant bona adventitia, & an in eis heredem habere possit: & constat testamentarium heredem in eis habere non posse, quia filiusfam. non habet jus testamenti faciendi, nisi de castrensibus, aut quasi castrensibus bonis ex privilegio militiæ, vel quasi militiæ, non etiam de adventitiis, quæ nec alienare potest, nec pignerare sine voluntate patris, *l. 2. inf. de castr. pecul. mil. lib.* 12. Testamentum autem facere de eis, nec ex voluntate patris potest, *l. 6. D. qui test. fac. poss.* quia testamenti factio juris publici est, non arbitrii privati hominis, id est, jus publicum dat testamenti factionem, non pater, aut quisquam alius privatus homo. Denique ne permissu quidem patris de adventitiis filiusfam. testamentum facere potest quamdiu vivit pater, qui eorum bonorum usumfruct. habet, *l. ult. §. filiis, h. t.* imo & si quorundam bonorum adventitiorum usufr. non pertineat ad patrem, ut quibusdam casibus heri ostendi contingere, sed pleno jure ea bona pertineant ad filiumfamil. vivo patre de eis testamentum facere non potest, *l. Imperator, D. ad SC. Treb. l. pen. sup. qui test. fac. poss.* quia l. 12. tab. quæ jus testamenti faciendi dedit, de patrefamil. loquitur, non de filiof. his verbis. *Paterfam. uti legassit*, id est, *uti testatus, ita jus esto*. Et eadem ratione, quia etiam in causa intestati eadem lex de patrefamil. loquitur, non de filiofam. ut docui initio tit. sup. & legitimum heredem ab intestato filiusfam. non habet, sed omnia ejus bona pater, qui supervixit, occupat jure peculii, id est, ut rem suam a se filio concessam in peculium, non jure hereditatis, etiam castrensia, & quasi castrensia bona si filiusf. intestatus mortuus fuerit. Sed huic juri nonnihil derogarunt novissimæ constitutiones: nam ex novissimis constitutionibus filiusfamil. in bonis adventitiis habet heredes legitimos liberos suos, si quos reliquerit. Igitur si filiusf. liberos reliquerit, bona ejus ad eos transeunt jure hereditario potius, quam ad patrem jure peculii, etiamsi in ejus potestate sint, id est, in potestate avi paterni, *l. 3. h. t.* non quidem bona profectitia, quæ omnino redeunt ad patrem mortuo filiofam. id est, ad eum, a quo sunt profecta, sed bona adventitia, reservato usuf. avo paterno, exceptis casibus heri expositis, quibus bonorum adventitiorum ne usufr. quidem parenti adquiritur. Et ut quidam opinantur, filiusfamil. etiam in castrensibus, & quasi castrensibus bonis, de quibus testatus non est, habet legitimos heredes liberos suos ex Novel. 118. potius, quam patrem successorem jure peculii. Post liberos autem filiifamil. vocantur in bona adventitia fratres ejus ex utroque parente conjuncti una cum matre, si supersit, reservato toto usufr. patri. Et post hos vocantur fratres ex uno parente conjuncti æque reservato usufr. patri, ut in *l. 4. & l. 6. §. sub hac, & §. pen. h. t. l. ult. sup. communia de success. l. ult. §. ult. sup. ad SC. Tertul. l. de emancipatis, sup. de leg. hered.* & reservatur utique semper usufr. parenti, in cujus potestate defunctus fuit, sive is parens domum secundis nuptiis auxerit, sive non, ut *d. l. de emancip. & l. ult. sup. tit. prox.* abrogata *l. 3. & ult. C. Theod. eod. tit.* Post hos autem omnes, id est, post liberos, & post fratres vocatur pater defuncti filiifam. in ea bona, non etiam avus paternus, licet defunctus in ejus potestate fuerit, solo usufr. reservato avo

A paterno, ut *l. 3. h. t.* Et postremo post patrem vocatur avus, in cujus potestate est. Et hic quidem ordo obtinuit ante Novellam Justiniani 118. quæ hunc ordinem confudit, & perturbavit: namque ex ea si filiusfam. defunctus sit nullis relictis liberis, pater, & mater, & fratres ejus, si hi omnes supersint, simul jure hereditario vocantur in bona ejus adventitia pro virilibus portionibus pleno jure, nullo reservato usufr. parenti. Atque ita evenit, ut si fratres superstites sint in potestate patris, virilis portionis eorum usufr. non pertineat ad patrem. Qui est alius casus, quem in hanc recitationem heri reservaveram, quo bonorum adventitiorum, puta, fraternorum usufr. non pertinet ad patrem, sed plenum dominium pertinet ad filiumfamil. Et ita apparet ex iis, quæ diximus fieri, ut in bonis adventitiis filiusfamil. habeat

B legitimum heredem, qui in eis testamentarium heredem habere non potest, ut e contrario didicimus, in castrensibus, vel quasi castrensibus eum habere posse testamentarium heredem, non etiam legitimum. Nunc sequitur ut exponamus partem illam hujus Rubricæ, *Et de eorum administratione*, id est, de administratione bonorum, quæ acquiruntur liberis in potestate constitutis, cui scilicet ea competat, & in quibus consistat. Et certum quidem est administrationem bonorum adventitiorum pertinere ad parentem, in cujus sunt potestate liberi, licet proprietas sit liberorum. Administrationis partes hæ sunt, exercere actiones, id est, dictare, & pati consentiente filiofamil. nisi absit, vel infans sit, ut in *l. ult. §. ubi autem in unum, h. t.* exemplo tutorum, *l. 1. §. sufficit, D. de adm. tut.* Item impendere laborem, & sumptum in lites,

C quæ ex causa eorum bonorum moventur ex fructibus, quorum ipse pater dominus est, ut in *l. 1. sup. tit. prox. & d. §. ubi autem in unum*. Item mancipia, quæ in eis bonis sunt, alere & vestire, debitores exigere, creditores solvere, & nomine filii vendere res mobiles & immobiles, si opus sit, legatorum a filio relictorum, aut fideicommissorum solvendorum gratia, vel æris alieni solvendi gratia, maxime usurarii, quoniam nihil est, quod citius exedat bona, quam cursus usurarum. Nomine, inquam, filii vendere, ut ait *l. ult. §. sin autem æs alienum, et §. sin autem non habeat, et §. sed pater quidem, h. t.* quia suo nomine pater nihil alienare, vendere, aut obligare potest: & recte suo nomine, *l. 6. §. ne autem, h. t.* nam filii nomine alienare, & obligare potest ex justa causa, puta urgentibus creditoribus, aut legatariis. Item pars admini-

D strationis est vendere res onerosas hereditati adventitiæ filiofamil. delatæ, quas expedit vendere potius, quam retinere, quæ detrimento potius sunt, quam usui, & pretium redactum ex earum rerum venditione insumere in res, & causas hereditarias, in rem filii, non in rem suam, *l. ult. §. ne autem licentia parentibus, h. t.* Et generaliter prima pars administrationis est tueri omnia diligenter, in *l. 1. sup. tit. prox.* Nam ut in procuratore, in tutore, curatore, gestore, id est, procuratore voluntario, ita in omni administratore, etiamsi is sit pater ejus, ad quem negotia pertinent, exigitur asperitas, diligentia, & gravitas summa: & inde Martialis eleganter. *Sane certus, et asper homo, procuratorem, qui vultu præferat ipso.* Quod de procuratore ille, idem de quolibet administratore dici potest, ut ab eo exigatur custodia, cura, dili-

E gentia summa. Sed non tamen in omnibus eodem jure sunt omnes administratores, ut ecce pro officio administrationis tutoris, & curatoris bona tacito jure pignerata sunt iis, quorum res est, *l. pro officio, sup. de administ. tut. l. ult. sup. de leg. tut. l. un. sup. rem al. gerent. l. un. §. et ut plenius, sup. de rei uxor. act.* At nomine administrationis bonorum adventitiorum, quam habet pater in bonis ejus, filius non habet tacitam hypothecam, tacitum pignus. Item ab aliis administratoribus finita administratione rationes exiguntur: a patre non exiguntur, id est, non exigit filius a patre jure judicioque, ut ei reddat rationem administrationis suæ: hoc enim esset inverecundum. Item alii administratores incipientes administrationem satisdant *rem salvam fore*: pater non satisdat, re-

verentia patris, & santitas pro satisdatione est, *l.6. §. non autem, l. ult. §. sin autem non habeat, h.t.* neque pugnat *§. ult. l.6.* qui tamen pugnare videtur, & tacitæ hypothecæ subjicere bona patris pro officio administrationis, nisi dicamus statim, quod est verissimum, illam *l. 6. §. ult.* non loqui de omnibus bonis adventitiis, quorum proprietas pertinet ad filiumfamil. ususfruct. ad patrem, sed specialiter tantum de bonis, quæ pater lucratus est ex matre filiifamil. quæ quidem bona, si pater secundis nuptiis occupaverit domum, debet servare filiis priorum nuptiarum: & similiter loquitur ille *§. ult.* de bonis, quæ a matre, vel materno genere pervenerunt ad filium, quæ etiam pater fructuarius si secundis nuptiis occupaverit domum, omnino debet conservare filio suo famil. Et eo nomine bona patris filio sunt tacito jure pignerata, ut in *l. si quis prioris, §. ult. sup. de secund. nupt.* Igitur si quis objiciat illum *§. ult. §. non autem ejusdem l.6.* Respond. breviter, eum *§. ult.* loqui specialiter tantum de bonis profectis a matre, vel stirpe materna, & de patre, qui secundis nuptiis occupavit domum. Ratio secundarum nuptiarum ejus patris bona subjicit tacitæ hypothecæ nomine administrationis: non omnium bonorum adventitiorum, sed maternorum tantum, aut materni generis: etiam cum eo, quod diximus patrem reddendis rationibus non esse obnoxium, non pugnat *l. ult. §. sin autem æs alienum, h. t.* dum ait patrem, qui maturius non exolvit æs alienum usurarium, debere usuras, quæ post cesserunt, præstare ex fructibus, vel de suo. Nam hoc non est exigere rationem administrationis a patre, sed hoc est lege finire hanc administrationis partem, sive functionem, sicut in *§. non autem licentia parentibus, ejusdem leg. ult.* quod ait patrem pretium redactum ex venditione rerum inutilium, quæ oneri erant potius, quam fructui debere insumere in res, & causas hereditarias, hoc etiam est explicare partem officii administrationis, quæ patri incumbit, non dare facultatem filio agendi cum patre de rationibus reddundis. Postremo non est omittendum ex *l. ult. hujus tit.* quod quandoque eveniat, ut delatam hereditatem filiofamil. adventitiam, vel etiam castrensem, ut si a commilitone heres instituatur, vel filius recuset adire, vel pater: nec bene inter eos ea de re conveniat: & tum ita statuit *d. l. ult.* ut recusante filiofamil. delatam heredit. adventitiam, vel etiam castrensem, ut ait in *§. similique modo*, ipse pater possit adire suo nomine, seque implicare negotiis hereditariis, nihil juris in ea hereditate habente filio, nihil etiam sentiente ex ea oneris, vel incommodi, sed omni commodo & incommodo transfuso in patrem, qui suo nomine adivit recusante filiofamil. quo genere fit, ut qui non est heres scriptus adeat hereditatem veluti scriptus, quod ipse & is, qui scriptus est pro uno homine habeatur: nam vinculum potestatis efficit ut pater, & filius unus homo esse censeatur. Et quod dicitur de hereditate, idem obtinet in quolibet alio lucro adventitio, sive veniat ex contractu, sive ex ultimo judicio. Quod si pater recuset adire hereditatem delatam filio, aut filio si recuset consentire adeunti, filius suo nomine adire potest injussu patris, in cujus potestate est, quod est contra regulam juris, ne filiusfamil. adeat injussu patris. Sed is casus facile desciscit ab ea regula, quia nec si recusante patre filius adeat suo nomine, ea aditio patrem æri alieno obligat, sed omne commodum & incommodum hereditatis respicit ad filium, non ad patrem, qui etiam in ea hereditate, quam recusavit ne usumfr. quidem habiturus est. Et si forte filius sit minor 25. annis, id est, nondum capax administrationis rerum suarum, dabitur ei, vel potius hereditati curator, quoniam filiofamil. vix datur curator, sed bonis ejus datur: Et si velit agere filius suo nomine, vel excipere actiones, quia etiam filiifamil. persona in judicio non est legitima sine voluntate patris, pater officio judicis, licet non sponte patris ea bona adierit, cogetur ei litiganti consensum accommodare. Et hæc ita, si filiusfamil. infans non sit: Nam si sit infans, pater poterit nomine ejus adire hereditatem, quæ ei delata est, ut in *l. si infanti, sup. de jure delib.* adibit nomine filii: sed quod mirum est, nihilominus obligatur æri alieno hereditario, & omnibus molestiis hereditariis, *l. ult. §. ubi autem*, quod valde novum est, ut qui adiit alieno nomine, obligetur hereditati, quia scilicet non tam alieno nomine adivit, quam suo, sed postea filiusfamil. poterit mutare factum patris, & improbare petita restitutione in integrum adversus aditionem patris, vel etiam si dum erat infans, pater repudiaverit eam hereditatem, poterit filius restitui in integrum adversus repudiationem patris. Sed valde notandum est, ut etiam observemus quantum leges deferant sacro nomini patris, filio semel tantum dari restitutionem in integrum adversus factum patris, adversus gestum patris, ut si fuerit restitutus adversus aditionem patris non poterit postea restitui, ut ipse adeat, quia semel improbavit aditionem patris, & e contrario.

AD TITULUM LXII.

DE HERED. DECURIONUM, &c.

REDIT ad hereditates patrumfamilias intestatorum, ut doceat deficientibus legitimis, aut honorariis successoribus, in hereditatem patrisfamil. intestati non continuo venire fiscum, quasi in bona vacantia ex *l. Julia cad.* sed fisco præferri quandoque ex constitutionibus personas certas, vel corpora certa. Ac primum moriente intestato decurione, id est, senatore municipali, sine liberis, aut parentibus, sine agnatis, aut cognatis, sine uxore, Curia sua, vel quod idem est, is ordo civitatis suæ, in quo defunctus erat, ei succcedit excluso fisco, *l. 4. hoc t. l. un. C. Theod. de bonis decur.* Item naviculario mortuo nullo relicto herede, corpus naviculariorum, ex quo ipse erat, ei succedit remoto fisco, ut in *l. 1. hujus tit.* quæ scripta est ad præfectum annonæ, merito, quoniam sub ejus cura, & dispositione erat corpus naviculariorum. In urbe hi sunt, qui annonæ urbis serviunt invehendæ, quorum est certum corpus, certaque conditio, quæ obstringit etiam eorum successores, & bona, & pro isto munere, quod Reipub. impendunt, multa privilegia corpus naviculariorum habet, quæ proponuntur in *tit. de navicularis, inf. lib.* 11. & inter cetera, ut uno ex eis mortuo nullo herede relicto, hereditas ejus non veniat ad fiscum, sed ad corpus naviculariorum, quod idem etiam constituit Valentinian. *in Novella de navicularis amnicis*: item ex *l. 2. hoc t.* Si quis eorum, qui in legione, aut in vexillatione Comitatensi, vel in cuneo, ut ait l. militans vita decessit, sine ullis heredibus, ei fisco excluso succedit legio, aut vexillatio, aut cuneus, in quo militabat: quod etiam est proditum in DD. uno loco singulari in *l. si quis filio, §. ejus qui, in fine, de inj. rupt.* ut bona militis defuncti nullo herede relicto legioni vindicentur. Et inde librarii caducorum in castris, *l. ult. D. de jure immunit.* qui scilicet conficiunt rationes, & servant eorum, quæ morte militum in legionem cadunt, aut in vexillationem. Videtur tamen obstare huic sententiæ *l. 2. D. de veteran. & milit. success.* quæ post quintum gradum cognatorum in bona militis vocat fiscum, non legionem. Sed quod nos dicimus legionem succedere, obtinet tantum in milite sua morte functo, de quo non est sumptum supplicium: illa *l. 2.* est accipienda de milite capite damnato, quod suadet vicinitas *l. 1.* quæ nominatim est scripta de milite capite damnato, atque etiam inscriptio *l. 2.* nam *lib. 16.* Respons. ex quo ducta est illa *l. 2.* Papinian. scripsit tantum de reis capitalium criminum. Ergo licet illa *l. 2.* nominatim non faciat mentionem damnationis militis capite damnati, tamen duplici illo argumento, & vero reipsa moveor, ut adfirmem esse accipiendam de milite capite damnato: unde ita constituo: Militi capite damnato, ab intestato in bonis castrensibus succedunt cognati usque ad quintum duntaxat gradum, & post eos fiscus,

fiſcus, *d.l.2.* Militi patrifamil. autem non damnato ab inteſtato in omnibus bonis ſuccedunt cognati uſque ad 6. vel 7. gradum, & poſt eos legio, aut vexillatio, aut cuneus, iſve numerus, in quo militavit fiſco remoto. Et ita recte etiam Græci interpretes diſtingunt illo loco 45. Baſil. Ne autem ignoremus quid diſtet legio a vexillatione: vexillatio eſt equitum: Militant enim ſub vexillis, id eſt, flammeolis, ut Vegetius oſtendit initio *lib.*2. Legio autem, & cuneus eſt peditum, ſed tamen habuit etiam legio equites, qui legionarii dicebantur, quod eſſent connexi alis legionum. Denique alii fuerunt equites vexillarii, alii legionarii: Et hæc differentia etiam ſervatur in *l. veteranus, inf. quando provocare non eſt nec. l. ult. de iis qui non impl. ſtip. lib.* 10. *l.* 22. *C. Theod. de erogat. milit. ann.* Et hoc loco, & aliis quibuſdam comitatenſes legiones, aut vexillationes dicuntur, quæ ſequuntur ſacrum comitatum, qui ſic definitur, *ubi eſt princeps, ibi eſt ſacer comitatus, ubi princeps agit*, ut in *l. milites, §. miſſionum, D. de re mil. conj. l.2. §. ignominia, ff. de iis qui not. inf.* una lex dicit, militem ignominia miſſum, non Romæ, neque in ſacro comitatu morari poſſe: Altera dicit, eum neque Romæ, neque alibi ubi Imperator eſt, morari poſſe: Conjunctio utriuſque docet, ſacrum comitatum ibi eſſe ubi princeps eſt, ut & recte in *l.*20. *C. Theod. de decurion.* quod l. ait decurionem eſſe deſtinandum ad Comitatum, id Anianus interpretatur, tranſmittendum eum eſſe ubi rerum dominus eſt, id eſt, princeps. Et hoc item invenio Herodianum *lib.*1. ſcribere de Roma, *Ibi eſſe Romam ubi eſt Imperator*, ἐκεῖτε ἡ Ῥώμη, ὅπη ποτ' ἂν βασιλεὺς ᾖ. Addatur etiam ex *l.*3. *hujus tit.* Cohortali mortuo nullo herede relicto, cohortales ejuſdem provinciæ ſuccedere excluſo fiſco. Et cohortales breviter ſunt apparitores, ſive officiales præſidis provinciæ, qui erant perpetui in provinciis, ut ait *l. præſidis, D. de reb. cred.* Et erant gregarii milites, atque adeo viliores: qua de cauſa a Græcis in hac l. vocantur εὐτελεῖς, id eſt, viliores, gregarii, vulgares: nam ita Græci exprimunt ſententiam hujus l.3. ἐὰν εὐτελὴς τελευτήσῃ ἀδιάθετος, καὶ μὴ ἔχων συγγενεῖς, ἐξ ἀδιαθέτου ἐκ τῶν ἄλλων εὐτελῶν κληρονομεῖται. Quæ ſententia extat etiam 5. Epitom. Harmenop. & male interpretantur alii, *ſi vilis, ſi tenuis, ſi abjectus homo moriatur inteſtatus, viles ei ſuccedunt*. Eſt inepta ſententia: ſic debuit verti ab interprete Harmenop. & Baſilicorum: *Si cohortalis moriatur inteſtatus nullis relictis cognatis, ab inteſtato ei cohortales ſuccedunt*, ejuſdem ſcilicet provinciæ. Et adnotat in hanc l.3. Patricius Græcus interpres, Cohortales, ſive Cohortalinos, quod idem eſt in *l.3. inf. de cohortal. lib.*12. eſſe beneficiarios, quib. mandantur onera manſionum equorum publicorum: definit cohortales a parte una tantum muneris eorum: Nam fateor cohortalibus mandari curam, & exhibitionem curſus publici, curam veredorum, ſive equorum publicorum, ut indicat *l.4. inf. de curſ. publ. & l.7. Cod. Theod. de cohort.* quæ etiam, quod confirm. ſententiam Patricii, cohortales appellat beneficiarios, quod promoveantur beneficio præſidis: & ait beneficiarii, ſive officiales rationales ſi neglexerint beneficium curſus equorum publicorum, exhibitionem curſus, *s'ils n'ont des chevaux de poſte preſts*, vel ſi neglexerint primipili curam, annonæ militaris curam: pars una hæc eſt officii cohortalium: ſed injunguntur etiam eis pleraque alia munera provincialia ex præcepto præſidum; quibus parent. Ac poſtremo in *l. ult. h.t.* oſtenditur fabricenſi mortuo inteſtato ſine legitimo, aut honorario ſucceſſore, corpus fabricenſium ſuccedere excluſo fiſco: Fabricenſes ſunt, qui in publicis fabricis faciunt arma bellica, *ce ſont armeuriers*, qui arma publica vendunt, quæ reponuntur in publicis armamentariis, parent denique fiſco, ſerviunt fiſci utilitati, ſive Reipub. & his ſolis licebat arma fabricare, ut conſtat ex *tit. de fabric. inf. lib.* XI. & ex *Novella de armis*. Et recte in gloſſ. Cedreni, Fabricifii, inquit, id eſt, Fabricenſes, οἱ τῶν ὅπλων δημιουργοί. Fabricenſes autem cum ſunt creandi, vel ſufficiendi in locum demortuorum, corpus ipſum fabricenſium

A ſuo periculo eos nominat. Eſt enim ea nominatio pro fidejuſſione, adeo ut ſi quid geſſerit fabricenſis, quem ceteri nominarunt in fraudem fiſci, illi ex ſua nominatione fiſco obligentur, ut ſimiliter fit in ſpecie *l.8. inf. de ſuſcept. lib.*10. Et in *tit. de peric. nominat. lib.*11. Et hi nominatores creatores appellantur: Nominare, & creare idem eſt, ut in *l.2. §. ſi eo tempore, D. de adminiſt. rer. ad civit. pert.* In Pand. Flo. recte creator, ante quos perperam legebatur procurator. Et ita etiam in *l. ſi quos* 59. *inf. de decur. & l.2. inf. quo quiſque ord. conveni. lib.*10. Et ita etiam ad *d.l. ſi quos*, ego primus oſtendi in hac *l. ult.* pro *creditores*, legendum eſſe *creatores*, id eſt nominatores, ut in Baſil. hoc loco ὡς ἂν χειροτονηταί, velut creatores, veluti ordinatores. Et ſic etiam in *l.1. inf. quemadmodum civilia munera ind. lib.* 10. pro *curiæ*, repoſui *creaturæ*, B id eſt, *nominationis, ſive creationis, & conditionis, ſive conditura*. Et his quidem, quæ proponuntur in hoc tit. nos etiam addere oportet præterea clericum, vel monachum, vel devotam virginem, qui, quæve moritur nullo herede relicto: Nam ex conſtitutionibus ei ſuccedit Eccleſia, vel Monaſterium, cui dedicatus, vel dedicata erat excluſo fiſco, *l. ſi quis presbyter, ſup. de Epiſ. & cler.* Addatur etiam, apparitor præfecti prætorio, qui uno verbo dicitur Præfectianus in libris noſtris, qui ſi moriatur nullo herede relicto teſtamentario, aut legitimo, aut honorario, in ejus ſucceſſione fiſco præfertur arca PP. quæ erat publica arca, id eſt, deſtinata uſibus publicis. Et hoc oſtendit *l.3. inf. de apparit. præf. præt. lib.* 12. Item ſi quid princeps ultro donaverit duobus, aut pluribus, ſi eandem rem princeps donaverit duo- C bus, aut pluribus, uno ex eis mortuo nullo herede relicto, conſortes liberalitatis principis fiſco præferuntur, *l. unica, inf. ſi liberalitatis Imp. ſocius ſine her. deceſſ. lib.* 10. his exceptis, deficientibus teſtamentariis legitimis, aut honorariis ſucceſſoribus, poſt omnes, ut didicimus *in tit. de caducis*, fiſcus vocatur ex *l. Julia cad.* Et hic eſt finis libri ſexti Codicis.

JACOBI CUJACII J.C.

RECITATIONES SOLEMNES, SIVE COMMENTARII

D *In ſeptimum Librum Codicis Domin. Juſtiniani.*

AD TITULUM I.

DE VINDICTA LIBERTATE, ET APUD CONCILIUM MANUMISSIONE. Anno 1577.

UT cohæreat hic liber cum ſuperiore, & tractatus, qui initio ejus inſtituitur de libertatibus, facile intelligemus, ſi repetamus lectione, memoriave ea, quæ ante nobis tradita ſunt. Cœpit codex iſte a jure ſacro, ac deinde de jure publico nobis propoſuit partes juris civilis, variaque officia magiſtratus, & quo ordine apud eos ageretur, & quorum interventu, & patrocinio. Tum a titulo vigeſimo octavo libri tertii de E inofficioſo teſtamento, de actionibus tractatum inchoavit, qui quidem omne jus complectitur, & propoſitis actionibus multis tam in rem, quam in perſonam, quæ vel ex contractu naſcuntur, vel ex quaſi contractu, puta ex adminiſtrat. tutelæ, vel curationis, vel ex aditione hereditatis teſtam. aut legitimæ. Modo parat initio hujus libri ſeptimi tractare de præjudicialibus actionibus, in quibus quæſtio vertitur de ſtatu hominum, puta, ſervus quis ſit, an liber: ingenuus, an libertinus: Idcirco de manumiſſionibus dicere inſtituit, quibus ex ſervis homines liberi fiunt, & cives Romani, & liberi libertini, non liberi ingenui: hi naſcuntur, illi fiunt: & quia manumiſſio, vel fit inter vivos, ut loquitur *l.27. §.1. D. de adm. leg.* vel cauſa mortis: ab ea incipit in titulo primo, quæ fit inter vivos, ſecundo

dictu-

dicturus de ea, quæ fit causa mortis, id est, testamento, aut directis, aut precariis verbis. Ea vero, quæ fit inter vivos fit vindicta, apud prætorem, vel consulem, vel proconsulem, aut præsidem, ut in *l.2. D.de offic.proconf.* vel etiam in concilio principis, ut significat *l.ult. h.t.* & *l.2. sup.de liber. & eorum liber.* Et vetus inscriptio, sive titulus hujusmodi: *Priscus manumissus ad conciliam procuratorio nomine, apud Domitianum Imperatorem.* Et addit *l.ult. h.t.* vindicta manumissionem posse apud magistratus municipales fieri: ut puta duumviros, qui sumuntur ex ordine curiæ civitatis: sed addit, *Quibus hujusmodi jus est:* non igitur apud omnes magistratus municipales: sed apud eos tantum magistratus, quibus hujusmodi jus est, id est, qui habent legis actionem: nam manumissio est legis actio, sive legitimus actus, quo servo donatur legitima libertas, id est, civitas Romana: Et ita recte Paulus *lib.2. Sentent. tit.25. apud magistratus municipales si habeant legis actionem, emancipari, ac manumitti potest:* Nam manumissio est legis actio, id est, legitimus & solemnis actus, qui peragitur solemnibus verbis, solemnique ritu quodam: & idcirco etiam manumissio non iteratur, ut ait *l.2. h.t.* sicut nec ullus actus legitimus. Aditio hereditatis non iteratur, *l.si solus 89. §.ult. D.de adquir. heredit.* Optio etiam servi, quæ & inter actus legitimos numeratur in *l.actus, D.de reg.jur.* non potest iterari, vel retractari, *l.5. D. de legatis* 1. Eademque ratione manumissio non potest fieri per procuratorem, *l.3. h.t.* quia (ut est in regula juris) nemo alieno nomine lege agere potest. Legis actiones explentur, & expediuntur per nosmetipsos, non per alios: non per procuratores, non per maritos: puta uxor non manumittit per maritum, *d. l.3.* & omnino nullus actus legitimus fit per procuratorem. Aditio hereditatis non fit per porcuratorem, *l.per procuratorem, D.de adquir. hered.* Adoptio etiam, quæ est actus legitimus, non fit per procuratorem, *l.post mortem, ff. de adopt.* Acceptilatio, quæ etiam in *d. l.actus* legis actionibus adnumeratur, non fit per procuratorem, *l. 13. §.tutor, ff.de acceptilat.* Et ne nos fallat *lex 3. ff.de acceptilat.* dum ait: per procuratorem acceptilationem fieri non posse sine mandato: ex quibus verbis hauriunt hanc sententiam falsissimam, per procuratorem habentem mandatum acceptilationem fieri posse: cum alia sit mens legis tertiæ: puta per procuratorem non posse fieri acceptilationem, nisi præcedente mandato, prius ei permissum sit novare obligationem, eamque in se transferre: puta hoc modo: *quod illi debes, promittisne mihi dari, aut fieri?* Novata obligatione recte per eum fiet acceptilatio, quia suo nomine fiet, non alieno, *ut d. l.13. §.tutor, & l.4. inf. de novat.* Atque ita remedio novationis per procurationem fit acceptilatio. Et sic etiam aditio hereditatis recte fiet per procuratorem remedio procuratori cessæ in jure hereditatis. Et ita quoque remedio mancipationis, vel traditionis recte fiet manumissio per procuratorem. Et ita sunt explicandæ leges, quas adversus *legem 3. h.t.* adducit Accursius, *l. eum proponas, sup.de dolo, l.si vero negotium, sol.matr. l.quod autem, §.ult. ff. de donat. int. vir. & ux.* Constat etiam causam manumissionis posse probari per procuratorem, propter quam nos volumus servum manumittere: vel quod fiet educator noster, vel pædagogus, vel alia ex justa causa, *l.etiam, §.absens, ff.de manum. vind.* Itemque per filiumfam. pater recte manumittit servos suos, id est, filius servos patris, vel servos peculiares recte manumittit jussu patris: & res ita plerumque geritur, cum pater est surdus, aut mutus, ut manumissionis vindicta solemnia nesciat expedire, *l.10. ff.de manum. vind.* Hoc vero modo ipse pater videtur manumittere, dum filius manumittit jussu patris, ut est nominatim scriptum in *l.si quis hac lege, §. 1. ff. qui et a quibus, l.matrimonii, ff.de ri.nupt.* Potestas patris, vel domini unius personæ, uniusve hominis intellectum constituit in patre, & filiofamilias, in domino, & servo, ut eleganter ait *l.si Pamphilo, ff. de opt.leg.* Et contra manumissio dividit personas, id est, ex una facit duas: ut etiam eleganter ait Theophilus noster in *§. an servo, Instit.de leg.* Et tamen ea ratione dominus non posset manumittere vindicta per servum suum alios servos suos: quia servi persona apud prætorem nulla est, *l.1. ff. de jure delib.* servi persona legitima non est in jure, vel in judicio: nec si sistat se servus voluntate domini. At filiifamilias persona legitima est adhibita voluntate patris, *l.6. §.necessitate, sup. de bonis, quæ liber. adqu.* Et ita, quæ per filiumf. jussu patris fit manumissio, per ipsum patrem facta intelligitur: sicut donatio, quæ fit a filiofam. voluntate patris, aut jussu, a patre facta intelligitur, *l.9. §. pen. D. de donat.* Ad hoc notandum, prætorem, apud quem fit manumissio vindicta, necesse non habere cogere concilium suum ob eam rem: imo sine concilio apud eum manumitti posse: modo is, qui manumittit sit major viginti annorum, & is, qui manumittitur major 30. annorum ex lege Ælia Sentia, ut Ulpianus docet *lib. reg. tit.1.* & est etiam relatum in Institutionibus nostris: nam minor 20. annis ex lege Ælia Sentia non potest vindicta manumittere, nisi causa probata apud concilium prætoris: Itemque is, qui minor est 30. annorum non potest manumitti vindicta, nisi causa probata apud concilium prætoris, aut præsidis: Imo & minor 20. annis in testam. suo, aut minor 30. annorum in testamento domini sui frustra manumittitur, ut perveniat ad justam libertatem, id est, civitatem Romanam: ideoque in libris nostris invenies libertatibus, & manumissionibus testamentariis sæpe adscribi hanc conditionem: *Liber esto, cum eris annorum triginta, in l.ex parte, §. Sticho, ff. fam.ercisc. l.Aristo, de manum. vind. l.si quis, §.ult. de statuliber.* Cur apponitur illa conditio, *Cum erit annorum* 30. quia non poterat pervenire ad civitatem Romanam ante eam ætatem, ut ostendi supra: & in concilium quidem præsidis (quod titulus exigit ut exponamus propter illa verba, *Et apud concilium*) apud quem in provinciis fit manumissio, ut Ulpianus docet supradicto loco, & Theophilus noster in *§.eadem, Inst. quib. ex caus. man. non licet*, adhibentur 20. recuperatores cives Romani, viginti judices. In concilium autem prætoris, in urbe adhibentur quinque Senatores, & quinque equites Romani: in medio eorum sedet prætor: sexto igitur loco, habens ab utroque latere quinque. Et inde explicandus est hic locus M. Tulli pro Cluentio: *Quid est Q. Naso, cur tu in hoc sexto loco sedens?* puta ut prætor ad concilium. Medii loci fuit semper honos præcipuus, etiam in conviviis, ut est apud Virgilium, *Aurea composuit sponda, mediamque locavit.* Et Pomponius Mela *lib.2. Binisque poculis perpotatis interlocantur, is honor præcipuus est.* Et in incessu quoque medius locus honoratior fuit: ut apud Josephum legimus Herodem in senatu creatum regem Judææ, exisse e Senatu incedentem medium inter Antonium, & Pompejum. Et Spartianus refert Hadrianum Imperatorem cum vidisset servum suum ambulantem inter duos Senatores, misisse, qui ei servo colaphum duceret. Et ita etiam Capitolinus in Vero. *Ælius* (inquit) *cum resedisset inter Verum, & Marcum.* Et hoc evidenter (ne in eo morer) nobis expedivit Ovidius in Fastis: *Et medius juvenum, non indignantibus ipsis Ibat, & interior si comes unus erat: au bas de la main, non pas au haut.* Verum pergamus. Si causa fuerit probata apud concilium, & ita minor 20. annorum manumiserit servum suum vindicta, aut major manumiserit minorem 30. annorum, ea manumissio rata est, nec revocari ullo modo potest, etiamsi postea appareat fuisse falsam demonstrationem, ut ait *l.1. h.t.* id est, falsam causam, quæ extorsit manumissionem. Libertas, quæ semel competiit, ægre revocatur, quod maxime notandum est ex l. 1. quæ est rescriptum D. Pii, quod in eam rem etiam citatur *l.9. D.eod.* Exposui leges hujus tituli. Sed die proximo his, quæ diximus de manumissione vindicta addemus nonnulla. Lex ultima ait, manumissionem vindicta fieri apud concilium principis, fieri etiam apud consules: quod solum videntur

novis-

novissima ætate consules retinuisse .i. jurisdictionem voluntariam, quæ consistit in auctoritate, aut consilio præbendo manumittere, vel emancipare volentibus, vel adoptare: hæc pars jurisdictionis appellatur voluntaria, quia jus dicitur statuiturque inter volentes. Jurisdictio autem, quæ dicitur contentiosa exercetur inter invitos: puta invito adversario perducto in jus, vel in judicium. Et hæc differentia jurisdictionis voluntariæ, & contentiosæ ponitur in *l. 2. D. de offic. procons.* In titulo autem de officio consulis, hoc tantum pertinere ostenditur ad officium consulis, cujus tum scilicet valde deminuta erat potestas, omne imperium occupante principe, ut consilium præbeat manumittere volenti: quando consilio est opus, & alias ut auctor sit manum. volenti. Nec inter vivos .n. manum. fit sine magistratu, *d. l. un. D. de offic. consul. & l. laudabilem, §. pen. sup. de advoc. divers. judic.* Cassiodorus initio *lib. 6. de consule, in augmentum*, inquit, *gloriæ publicæ* (consul) *solvebat famulos jugo servili, qui libertatem tantæ dederat civitati.* Nam (ut scitis) Consules reges expulerunt Brutus & Valerius, civitati reddita libertate pristina, ac deinceps hoc retinuerunt, ut per eos servi liberi fierent volentibus, postulantibusque dominis: Et ita etiam Ammianus Marcellinus *lib. 22. Dein*, inquit, *Mamertino manumittendis ex more inductis per admissionem proximum ipse lege agi dixerat, ut solebat*: id est, jusserat lictorem suum lege agere: qui locus demonstrat manumissionem, ut dicebam nudius quartus, esse legis actionem, esse actum legitimum, ideoque nec iterari posse, nec peragi per procuratorem: idemque demonstrat *l. ult. inf. de iis qui a non domin. manumiss.* quæ etiam valde pertinet ad *l. ult. h. t.* quia unam constituit differentiam inter eam manumiss. quæ fit apud consulem, vel alium magist. & eam, quæ fit apud principem: primum quidem, sive quis apud magist. sive apud principem manum. servum alienum, ipso jure nulla est manumissio. Nec idem de manumissione dicimus, quod de alienatione. Alienatio rei alienæ valet, & parit obligationem inter ipsos contrahentes, sine præjudicio veri domini, *l. res aliena, ff. de contrah. empt.* Manumissio servi alieni ipso jure non valet: & is quidem, qui servum alienum manumisit apud magistratum tanquam servum suum, nulli pœnæ subjicitur: qui tamen manumisit servum alienum tanquam suum apud principem, damnatur in quintuplum: puta, ut præter servum, quem frustra manumisit, vero domino servi præstet duos servos ejusdem precii, sexus, ætatis, artis, & tres servos fisco: quia grave est fallere conscientiam principis, *se mocquer de son Prince*: gravius certe, quam fallere conscientiam magistratus. Unum plectitur pœna quintupli, si lege actum sit apud principem, ut ait: alterum impunitum manet. Et his, quæ dixi nudius quartus de prætore, qui in consilio, quod præbet manumittere volentibus sedet sexto loco, & de medii loci dignitate, addam quod hodie fit in consistorio Imperatoris, conventuque, & concilio publico, ut ei a dextra adsideant Togati: a læva viri militares. Addam invenire me etiam apud Flavium Vopiscum in Aureliano, Valerium Augustum consedisse apud Byzantium præbentem consilium, adsidentibus a parte dextra præside Orientis, Præfecto Prætorio, & Consule ordinario, qui erant togati, qui est habitus civilis, non militaris: a læva autem parte, adsidentibus duce Scythici limitis habitu militari, & Duce Orientalis limitis: & duce Rhetici limitis: & duce Illyriciani, & Thracii limitis: a dextra tres, a sinistra quatuor: ut fit etiam hodie in consistorio Imperatoris: Eunapius in Ædesio de philosopho quodam, quem Imperator Constantinus in concilio ob excellentiam ingenii ejus habuit sibi adsidentem a parte dextera, sic ait: *ὁ βασιλεὺς δημοσίᾳ σύνεδρον εἶχεν εἰς τὸν δεξιὸν καθέζων τόπον*: *eum etiam* (inquit) *publice adsessorem habuit adsidentem a parte dextera.* Et hunc ordinem nosse, locorumque dignitatem sane & Jurisconsulti proprium: ut in Chronicis Marcellini Comitis, Jacobus medicus quidam ait, se didicisse a veteribus Jurisconsultis, licere juxta thorum

A Imperialem in regia sella considere medico invisenti ægrotum Imperatorem, quod is locus sit honorarior, nec temere usurpandus a quoquam. Et ita Xenophon *ἀναβάσεως 7. ei*, inquit, *obtigit honoris causa, ut in proximiori sella principis adsideret.* Spartianus in Hadriano, *Severinum mori coegit, quasi affectatorem Imperii, quod in sedili regio juxta lectum posito sedisset.* Et idem in Severo: *Sedit & in sella Imperatoria temere a ministro posita, ignarus quod non liceret.* Verum ad alia pergamus. Quod ad *Vindictæ* nomen attinet, de quo nondum diximus, a Vindice Vitelliorum servo id ducunt: qui ob indicium conjurationis in Rempublicam fuit libertate, & civitate donatus: Vindex scilicet primus etsi libertinus, factus est etiam civis Romanus: & ab eo, qui manumitti dicuntur vindicta, etiam omnes fiunt cives Romani. Et

B hac de re est *l. 2. §. initium, D. de orig. jur.* Et inde illud etiam Claudiani *in 4. de consulatu Honorii. Deductum Vindice morem lex celebrat*, id est, lege agitur in servis vindicta manumittendis: & ab eo etiam Vindice quidam tractum putant vindiciæ, aut vindiciarum nomen: ut Livius ait *lib. 2.* scribens de eodem Vindice. Quidam & *vindiciæ* nomen (sic legi in veteribus, non *vindictæ*) ab illo tractum putant. Vindicias, aut vindiciam dicimus addictionem, & apprehensionem possessionis, *la recreance*. Vindictam autem dicimus virgulam, sive festucam, ut alii loquuntur, alii *κάρφος*, quam dominus apud prætorem, vel lictor pro domino, imponit capiti servi manumittendi: & ob id hæc libertas inter vivos imponi dicitur: testamentaria autem relinqui, *l. unica, §. pen. inf. de comm. serv. manum.* Et inde in *l. apud eum, D. de ma-*

C *numiss. ex lege Augusti*, id est, ut interpretor ex lege, quæ de imperio Augusti lata est, qua plurimis legibus solutus est, ex Augusto privilegio, ut loquitur *lex un. inf. de caduc. tollend.* in fine, principem servos manumittere, & cives Romanos facere nuda voluntate; & si eis vindictam non imponat, quod erat ex solemnibus: etiamsi non feriat caput servi virgula illa, qua etiam servi feriri dicebantur: ut in declamatione *Quintiliani 342. vindicta ferires* (inquit) *& mancipium circumverteres*: & *Circumvertere* vocat, quod circumducere, *l. ult. D. de emancipat. liber.* & alii *στρέφειν*, aut *περιστρέφειν*, ut Arrianus 2. *in Epictetum*, *ἔστρεψε τὸν αὐτοῦ δοῦλον ἐπὶ στρατηγοῦ*, id est, *circumduxit servum suum apud magistratum.* Et Appianus *in fine quarti*, *περιστρέψας τὸν δοῦλον ὡς Ρωμαίοις ἔθος ἐλευθεροῦν*, id est, *circum-*

D *ducens servum, ut mos est Romanis peragere manumissionem.* Alii dicunt *circumagere*, ut Seneca 1. *Epistolarum. Qui se Philosophiæ subjecit, & tradidit, statim circumagitur*, id est, liber fit statim. Mitto alios locos notissimos. Ea vertigo, sive circumductio significabat servo abire licere quo vellet: quod & quandoque exprimi solebat, ut apud Plautum *in Menæchmis, Mea hercle causa liber esto, & abito quo voles*: quamobrem recte dicitur in *l. pen. sup. de operis libertor.* libertinum ubi velit morandi facultatem habere. Et ita libertinus apud eundem Arrianum, *πορεύομαι ὅπου θέλω, ἔρχομαι ὅπου θέλω, καὶ ὅθεν θέλω*. Et inde non imperite a Grammaticis *ἐλεύθερον* (sic vocant Græci liberum hominem) dici quasi *ἐλευθόντα ὅπου ἐρᾷ, qui va là où il luy plaist*. Porro quod significat lictorem adhiberi in manumissione apud præto-

E rem, aut Consulem, hodie ex more novissimo non est in usu: nam *lex ego, D. eod.* significat recte peragi manumissionem vindicta etiam absente lictore, *& l. non est, eod.* eam non fieri pro tribunali, nisi scilicet cum causæ cognitione opus est, causæ probatione, sed posse fieri de plano, ut in transitu: aut etiam fit per lictorem tacente domino, hodie omissis verbis solemnibus, ut ait *lex manumissio, D. eod.* verbis, inquam, solemnibus, quibus & lictor utebatur, ut Boetius scripsit in Topica Ciceronis: & quibus dominus ipse utebatur, ut apud Festum, *hunc hominem liberum esse volo.* Hodie etiam tacente domino peragi manumissio potest, præsentia domini tantum desideratur. Item sublatæ sunt illæ circumductiones, ut indicat *d. l. ult. inf. de emancipat. lib.* Non

solet

solet etiam ex *d. l. ult.* aut necesse non est, quod olim A erat in usu, dominum, aut lictorem vice domini manumisso illidere alapam (quod erat proprie manumittere) ore perciso, atque batuito: quod Latini appellarunt proprio vocabulo Pitanem, *un soufflet*, & ipse Cicero, ut veteres glossæ testantur veteres dixisse, *Salapittam*, pro alapam, quo verbo usus est Arnob. *Salpictrum sonitu*, quo se Comœdi invicem verberabant. Hodie *l. ult.* illæ alaparum, sive ῥαπισμάτων contumeliæ sublatæ sunt: quod etiam ostendit *Nov.* 81. Item non est in usu hodie vectigal, quod pro servo manumisso fisco dependendum erat: nam servi manumissi vindicta erat pendenda fisco vicesima ex lege Manlia, & Senatusconsulto. *Livius l. 7. Legem*, inquit, *tulit de vicesima eorum, qui manumitterentur*. Et sequitur postea: *Patres quod ea lege haud parvum vectigal inopi ærario additum* B *esset, auctores fuerunt*. Id etiam significat Arrianus supradicto loco: ἔστρεψε δοῦλον, καὶ εἰκοστὴν ὑπὲρ αὐτοῦ διδόναι ὀφείλει: quod ego memini me jampridem monuisse in 5. *Observation. cap.* 13. Ex his intelligimus cur in *l. actus, de reg. jur.* inter actus legitimos, id est, perquam solemnes, qui & legis actiones dicuntur, non ponit manumissiones: quia ut apparet ex superioribus manumissio hodie expeditur sine ulla solemnitate. Denique manumissio vindicta non est legis actio. Alii, quam JC. his de rebus, quæ nostræ artis sunt propriæ, scribere non timent. Navim agere, ignari navis non est. Inter quos Sigonius, quem tamen honoris, & laudis causa nominamus. Sed quis non peccet in arte non sua? Is non JC. dum de jure libros scribit, & in eis etiam multa peccat, dum ea, quæ pertinent ad manumissio- C nem vindicta attingit. Primum, quod statuat generaliter in eis manumissionibus causæ cognitionem exigi, quod nudius quartus didicimus non esse verum, nisi is, qui manumittit sit minor, quam 20. annorum, vel is, qui manumittitur minor, quam 30. annorum natu. Alioquin manumissio fit sine consilio, sine causæ probatione, cognitioneve, alioqui non possent fieri de plano: Nam quæcunque causæ cognitionem desiderant, non possunt expediri, nisi pro tribun. *l. ubicumque* 105. *de reg. jur.* Deinde etiam peccat in eo, quod scribit inter solemnia verba manumissionis vindicta fuisse hæc verba prætoris: *Secundum tuam causam, sicuti dixi, ecce tibi vindicta*: quæ formula non resipit ullo modo antiquum morem concipiendarum formularum: imo vero nullum sensum exprimit: & singulariæ literæ Valerii D Probi, unde hunc errorem hausit, ita restituendæ, & interpretandæ sunt. *Secundum servitutis causam ejus servi dico tibi vindicias*, id est, do tibi jus abducendi ejus servi quasi tui: quæ erat formula sententiæ prætoris in lite vindiciarum, id est, in lite de possessione, non in solemnibus manumissionis vindicta. Deinde etiam plane falsum est, quod de manumissione, quæ fiebat olim censu, puta servo nomen suum deferente in censum voluntate domini, ac si esset civis Romanus: quoniam soli cives Romani censebantur: cum, inquam, de hoc genere manumissionis ita scribit Ulpianum JC. scripsisse: Servi, qui in peculio 100. haberent, aut quibus eas facultates dominus impertiret, si eos dominus a Censoribus in censum civium adscribi jussisset, libertatem consequebantur, civitatem assequebantur: Hoc E vero si quæsieris ubi Ulpianus scripserit, frustra fueris diligens φεῦ αὐθαδείας. Postremo etiam abutitur falso nomine Martiani Jurisconsulti, etiam notato loco in *l. 2. D. de offic. proconf.* Ac si ita scripsisset Martianus: *Apud legatum proconsulis manumittere non possumus, quia apud eum non est legis actio*. Non utitur hac ratione Martianus, cujus ætate jam manumissio desierat esse legis actio, sed utitur hac ratione, *quia non habent jurisdictionem talem*, id est, jurisdictionem voluntariam. Et hæc sufficiant ad hunc titulum. Die crastina explicabimus titulum sequentem.

AD TITULUM II.

DE TESTAMENTARIA MANUMISSIONE.

SERVI testamento manumittuntur, aut jure directo, aut fideicommissi: Et ut manumissi jure directo liberi fiant, & cives Romani, lex XII. Tabularum facit, ut nominatim scribit Ulpianus *lib. regul. tit.* 1. quæ quidem lex confirmat non tantum testamentarias hereditates, aut tutelas, aut legata, sed & libertates directas, *l. verbis*, *l. lege obvenire, de verb. significat.* fideicommissarias libertates lex XII. non novit, sed eas prætor tuetur, is, qui proprie de fideicommissis quibuscunque cognoscit, qui ab ea re prætor fideicommissarius dicitur. Hic autem titulus est de directa manumissione, sive libertate, quæ testamento relinquitur, quæ etiam codicillis relinqui non potest, nisi testamento confirmatis, quia confirmati habentur pro parte testamenti. Et hæc est alia differentia inter libertatem directam, & fideicommissariam: nam fideicommissaria, & ab intestato relinqui potest, & codicillis testamento non confirmatis, & quolibet scripto, vel etiam sine scripto, *l. ult. hoc tit. l. libertates, D. eod.* Hinc oritur quæstio *l. 1. hoc tit.* quia minor 20. annis, licet de re sua, pecuniave sua testamentum facere possit, non potest tamen ex lege Ælia Sentia in testamento servo suo dare libertatem, non alia ratione, quam quod libertas sit res inæstimabilis, impretiabilis, res sine pretio pretiosa, quæ non sit temere relinquenda a quolibet, nec cuilibet, nec nisi firmiore, gravioreque judicio, quam quo est is, qui pervenit ad pubertatem: a qua ætate incipit habere testamenti factionem, sed non jus manumittendi servi ante impletum annum 20. ex lege Ælia Sentia. Si igitur minor 20. annis testamentum fecerit, & in eo codicillos confirmaverit, quos postea faceret, hoc modo: *Si quos codicillos fecero ratos esse volo*: Ac deinde major factus codicillos fecerit, & in iis servo, aut servis libertatem dederit: an libertas valeat? quod non videbatur: quia ex regula juris, quæ in codicillis scribuntur perinde habentur, ac si in testamento scripta essent, *l. 2. D. de ju. codicill.* Atqui tempore testamenti minor fuit 20. annorum. Ergo non valet libertas, quam postea dedit major factus in codicillis, quod videatur eam dedisse cum erat minor, id est, testamenti faciendi tempore. Sed favore libertatis hic casus ab ea regula excipitur: ut (quemadmodum ait *l. 1.*) consideretur potius potestas judicii, quo scilicet fuit præditus major 20. annis eo tempore, quo in codicillis libertatem dedit: ut consideretur, inquam, stabilitas judicii (ut loquitur hac in re Justinianus *in fine tituli qui, & a quibus manum. in Instit.*) potius, quam potestas juris, id est, fictio juris & regula juris, quæ fingit scripta in codicillis post testam. factis, qui testamento confirmati erant, videri scripta tempore faciendi testamenti. Atque ita in causa libertatis valet potius potestas, firmitasque judicii, quæ viget in majore 20. annis, dum in codicillis dat libertatem, quam potestas, sive fictio juris: & ita ille locus *l. 1.* est explicandus. Nec omittendum, in quibusdam codicibus initio legis addi duo, vel tria verba, quæ non sunt contemnenda, maxime, quia rem perspicuiorem reddunt: nam sic legitur, *si codicillos qui minor testamentum fecerat, major XX. &c.* Sic etiam in simili casu in *l. 4. ff. de ju. codicill.* si is, qui testamenti tempore non erat solvendo, codicillorum vero tempore erat solvendo, fuerit auctus facultatibus, libertas codicillis data, quo tempore erat solvendo, & par solvendo æri alieno, valet: licet ex lege Ælia Sentia non valeret si testam. data intelligeretur, cujus tempore inops fuit & egenus: Sed plus valet veritas, quam fictio juris, cum quæritur de obtinenda libertate. Et quidem hoc caput legis Æliæ Sentiæ etiam hodie manet, de quo est *l. 5. hoc tit.* At illud caput ejusdem legis ne minor 20. annis testamento ser-

servum suum manumittat, aut ne valeat libertas testamento data a minore 20. annis, hodie sublatum est a Justiniano *Novell.* 119. *cap.* 2. Et olim in ea parte etiam erat differentia inter directam, & fideicommissariam libertatem: Nam directa libertas, quam testamento dedisset minor 20. annis, ipso jure nulla erat: fideicom. sustinebatur, si modo habuisset justam causam manumittendi servi, quam si eum manumisisset inter vivos, facile approbasset concilio: & ita accipienda *l.* 5. *tit.* 4. *inf.* & *l.* 4. *sup. de testam. mil. l.* 4. §. *item si minor, D. de fideicom. libertat.* Atque ita habuimus jam tres differentias inter directam, & fideicommiss. libertatem, quæ testam. relinquitur, vel codicillis. Addamus alias; Directa libertas non potest dari nisi iis, qui proprii testatoris fuerunt tempore faciendi testamenti, & tempore mortis: inutiliter datur servis heredis, aut servis alienis, *l.* 9. *h. t.* At constat fideicom. libertatem etiam servo alieno dari posse, ut scilicet heres rogatus eum manumittere, eum redimat, si possit a domino justo pretio, & redemptum manumittat, *l. deberi, tit.* 4. *inf.* Item ut ostendit *l.* 10. *h. t.* directo manumissus statim ab adita hereditate liber fit, si modo sit pure manumissus, & si in testamento alterius cujusdam domini, in cujus olim potestate fuit, non fuit prohibitus manumitti, ut in *l.* 7. *h. t. l. servus ea lege, D. de manumiss.* vel etiam si ejus libertati nulla lex obstet, ut lex Ælia Sentia, vel lex Fabia de plagio, nulla constitutio, nullum Senatusconsultum; ut in *l. si non lex, D. de hered. instit.* Et hoc est quod ait *l.* 10. si nulla juris impediat constitutio: & similiter Ulpianus *in regulis, tit.* 1. nullo jure impediente: *Cives Romani* (inquit) *sunt liberi, qui legitime vindicta, aut censu, aut testamento nullo jure impediente manumissi sunt.* Hi si pure manumissi sint, statim ab adita hereditate eripiuntur in libertatem ipso jure: non tamen ante aditam hereditatem: etiamsi forte ante aditam hereditatem sumpserint pileum libertatis: Et ita est accipiendum quod ait *l.* 10. non sola pilei impositione eos fieri liberos: quod fit plerumque ante aditionem hereditatis: ut pileati prosequantur funus defuncti domini, qui ejus testamento directam libertatem acceperunt: sed expectari debere etiam aditionem hereditatis: antequam tamen (ut dixi) funeris ordinandi gratia simul atque defuncti, sumebant pileum attonso capite strictim, vel per pectinem: ut invenio apud Plutarchum libro *de fortuna Alexandri*: Nicomedem regem se appellasse libertum populi Romani attonso capite, sumptoque pileo, τὴν κεφαλὴν ξυράμενος καὶ πῖλον ἐπιθέμενος τῶν Ῥωμαίων εἶπε ἐλεύθερον. Et didici ex interpretibus Græcis *ad l. unic.* §. *sed & qui dominus, inf. de Lat. libert. toll.* ubi agitur etiam de pileatis servis, fuisse pileum ex lana alba, cum eum vocent ἔριον λευκὸν, & Leo & Constantinus Imperatores in novellis πάνιον, *veut dire une chose blanche*, οἰκέτης ἐν τῇ κεφαλῇ φορέσας πάνιον, *servus ferens album in capite*, scilicet pileum, *sequitur funus defuncti*. Et ita Livius lib. 27. *pileati autem lana alba velatis capitibus Volones epulati sunt*, &c. fuisse etiam teretem, *en escuelle*, didici ex Lactantio *de opificio Dei*, *In figuram* (inquit) *pilei teres factus*. At ut ante dixi, directo manumissus non a sumptione pilei fit statim liber, sed ab adita demum hereditate; & ut ait eadem lex, libertus Orcinus, quo verbo passim utuntur nostri auctores, id est, nullius viventis libertus, ut ait *l.* 4. *de bonis damnatorum*: sed libertus defuncti, libertus Orci, Acherontis, Plutonis, Charonis, ut a Theophilo vocatur libertus Charonianus, & libertus familiæ defuncti, nullius certæ personæ libertus, *l. si socius, ff. de manum. testam. l.* 3. §. *si plane, D. de legitim. tutor.* Quomodo etiam heredes omnes possunt appellari Orcini heredes, quia defuncti sunt heredes: Viventis enim nulla est hereditas, *l.* 1. *ff. de hered. vendit.* Et ita Apulejus in *Apologia*, *Non diu est* (inquit) *cum te crebræ mortes propinquorum immeritis hereditatibus fulserunt. Unde & tibi potius, quam ob istam tetriorem faciem Charon nomen est.* Is autem, qui manumittitur per speciem fideicom. non est

A Orcinus libertus, sed viventis: puta ejus qui rogatu defuncti eum manumisit, *l. hi quibus, tit.* 4. *inf.* Et quia de pure manumisso diximus, etiam adnotandum, pure manumissum videri, & libertum esse Orcinum eum, qui manumissus est in testamento, dispensatorem scilicet, vel actorem rerum domini, quem dominus posuerat super rationes suas sub conditione rationum reddendarum: quod mirum videri non debet: Nam & *l. aliquando, de condit. & demonstrat.* docet, legatum conditionale aliquando purum videri. Ita manumissus sub conditione rationum reddendarum, pure videtur manumissus, si modo reliquator visus non fuerit, si fuerit pariator, ut loquimur, id est, ejus rationes fuerint pares, non impares, paria accepta impensis, ut ostendit *l.* 4. *h. t. & l. Julius, D. de condit. & demonstrat.* Is, qui est B manumissus sub conditione, vel in diem, ut nec intelligatur pure manumissus, non fit statim liber, sed statuliber, de quo in *l.* 13. cujus conditio, id est, statulibertas, quæ est media inter servitutem, & libertatem (ut ea lex ostendit, & plurimæ in titulo de statuliberis) nec alienatione, nec usucapione mutari potest: & is ita demum vocatur statuliber, si sit directo manumissus, non si sit manumissus per fideicom. nam statuliber interim non intelligitur esse heredis: manumissus per fideicommissum, sub conditione, vel in diem interim est heredis pleno jure, *l.* 11. *D. de legat.* 2. *l. etiam*, §. *ult. D. famil. ercisc.* Denique statuliberorum nomen tribuitur tantum directo manumissis sub conditione, vel in diem, non etiam similiter manumissis per fideicommissum: quia statuliberorum nomen est ex 12. tabulis, C quæ non noverunt fideicommissa. Et hæc est alia differentia inter directam, & fideicommissariam libertatem. Et adnotatur etiam alia ad *l.* 5. Libertas data in fraudem creditoris, vel patroni ipso jure nulla est, id est, ex lege Ælia Sentia: sed in definitione fraudis distinguimus directam libertatem a fideicommissaria: nam si sit directa libertas, fraudem æstimamus non ex eventu solo, sed ex consilio testatoris, qui directo manumisit, id est, desideramus etiam, ut testator habuerit animum fraudandorum creditorum: at si sit fideicommissaria libertas, eventus sufficit, id est, fraus in re ipsa, ut scilicet ob manumissum servum per fideicommissum non sint in residuo habituri creditores æs suum: Et ratio differentiæ est notissima: quia libertates fideicommissariæ non debent præstari, nisi deducto ære alieno: quod si D deducatur integrum servis non computatis, qui sunt manumissi per fideicommissum, tum præstabitur eis fideicommissaria libertas: sin minus, replebunt æs alienum, nec liberabuntur per fideicommissum. Et hoc ostenditur in *l.* 1. & *l. ult. inf. qui manum. non poss.* & *l.* 1. §. 1. *D. si quis in fraud. patr.* & *l.* 4. §. *si quis igitur, D. de fideicom. libert.* Adhuc restant alia quædam in hunc titulum, quæ tamen absolvemus die crastina. His, quæ heri diximus addamus: Ut valeat libertas testamento data verbis directis multa requiri, ac primum quidem, ut testamentum sit jure perfectum, alioquin neque jure directo, neque jure fideicommissi libertas valet: nisi testamento sit inserta clausula codicillaris, *l.* 11. *h. t.* hoc obtinet etiam in fideicommissaria libertate, & in quolibet fideicommisso, *l. ex legato, sup. de fideicomm.* & in legatis om- E nibus, *l.* 2. *sup. si adversus solut.* quæ, ut paritas inscriptionis & subscriptionis suadet, cum hac *l.* 11. ita conjungenda est, ut nec testamento, quod jure non subsistit data libertas valeat, nec legatum: & si forte ex testamento injusto & imperfecto solvatur legatum, ut possit repeti condictione indebiti, & si ab herede minore 25. annis per ignorantiam solutum sit, beneficio restitutionis in integrum: quia minori 25. annis jus ignorare permittitur, *l. pen. in prin. D. de jur. & facti ignor. l.* 5. *de lege Corn. de fals. l.* 6. *sup. de iis, quibus ut indig.* Non autem est satis si testamentum, in quo data est libertas, sit jure perfectum: sed oportet etiam, ut postea irritum non fiat, aut vivo, aut mortuo testatore: ut puta, si post mortem testatoris memoria ejus damnata sit, si nomen ejus posteris

interdictum sit: Nam hoc genere testamentum ejus irritum fit, *l.2. h.t. l.6. §.sed ne eorum, D.de inj. rupt.testam.* veluti ex causa perduellionis, ex qua in historiis legimus innumeros post mortem fuisse damnatos. Et quod alibi non legitur, Bartolus noster in *l.1.D.de requir. reis*, refert Dantis memoriam, sive ille fuerit Poeta, sive philosophus, uterque fuit Florentinus, Dantis illius Alligerii (*il s'appelloit ainsi*) memoriam fuisse damnatam a Pontifice, quod scripsisset, Imperium non pendere ex auctoritate Romanæ Ecclesiæ *in libro de Monarchia*, quem se vidisse Bartolus scribit: & ita non dudum est formis expressus ab Opporino cum aliis libellis Alciati, & Radulphi, & Jordanis ejusdem argumenti. Quod dixi de irrito testamento, ut in eo data libertas nullo jure valeat, idem etiam est si destitutum sit testamentum, id est, si ex eo adita hereditas, vel adquisita alio modo non sit, *l.2. h.t. l.1. tit.4.inf.* At quæ libertas semel competit adita hereditate, vel suo herede existente, statim ipso jure a morte testatoris, quæ libertas etiam competiit, statim non revocatur: etsi postea heres per restitutionem in integrum abstinuerit hereditate, *l.3. h.t. l.sciendum, D.eod. l.4. §.quid ergo, D.de fideicommiss. libertat.* Idemque est, etiamsi ei, qui petiit sibi bona addici libertatum conservandarum causa, qua de re inferius dicemus, & sic hereditatem adivit, postea bona abstrahantur ab eo, qui meliorem & ampliorem conditionem offerat creditoribus, & manumissis, *l.ult. §.ult. inf. h.t.* Ubi legendum est, *abstrahantur*, non *distrahantur*. Idemque est etiamsi heredi, qui semel adivit testamento, postea heres legitimus evincat hereditatem perlusorio judicio, id est, dum heres scriptus cum eo colludit, & se vinci patitur, injustumque testamentum pronunciari in fraudem manumissorum: nam hæc fraus non est fraudi manumissis, sive libertatibus, quæ semel ab adita hereditate competiere, quia lusorium illud judicium est: quod *l.12. h.t.* ait esse ex constitutione Antonini Pii, ut mirer cur glossa id referat ad edictum si quis omissa causa testamenti, quæ ad hanc speciem nullo modo accommodari potest, nec recordetur *legis a sententia*, & *l.si perlusorio, ff.de appellat.* in quibus fit mentio ejusdem constitutionis D. Pii: nihil igitur est, quod difficilius revocetur, quam libertas, quod apparet etiam ex multis aliis partibus juris, ut *l.si ex causa, §.ult. ff.de minorib. l.ult. sup. si advers. libert. l.4. sup.de inoffic.testam. l.1. tit.1.* hujus libri, qua de causa & olim libertas data testamento, ab ipso testatore adimi non potuit, ut indicat *l.10. §.ult. ff.de manum.testam.* & *l.si servus, ff. de fideicommiss. libertat.* & hodie etiam vindicta datam libertatem constat a domino adimi non posse, nisi ex causa ingratitudinis, qua ex causa & donatio quælibet revocatur. Ad hæc notandum est, quod si ideo non adeatur hereditas, neque ex testamento, neque ab intestato, quod nimis laboret ære alieno, libertatum relictarum conservandarum gratia, simul atque famæ defuncti, quæ laboraret, si bona ejus nomine distraherentur a creditoribus, quod erat turpe & ignominiosum, licet servo testamento manumisso satisdationem offerre creditoribus hereditariis pecuniæ debitæ, vel partis, prout inter eum & creditores convenerit, & polliceri manumissis libertates: atque ita eum hereditatem excluso fisco obtinere simul atque libertatem sibi adscriptam ex constitutione D. Marci: de qua in *l.6. & ult. h.t.* Idem etiam licet offerre cuilibet extraneo homini libero, & sic eam hereditatem adire, quæ vacat. Imo idem quoque licet servo non manumisso in testamento, qui si admittatur, si audiatur, & ei addicantur bona, quæ vacant, erit heres, aut tanquam heres, & liber, qui ceteris conservat hoc modo amplectendo bona, relictas libertates: nec .n. potest esse heres domini sui sine libertate: igitur fit liber, qui conservat libertatem ceteris, licet ipse non sit scriptus liber. Et hi omnes admittuntur ex Sententia Ulpiani, etiamsi res non sit integra .i. etiamsi bona distracta sint a creditoribus. Sed admittuntur intra annum tantum post venditionem bonorum ex Ulpiani sententia, ut dixi: & contra constitutionem Severi, ut ait *l.ult. h.t.* & in eo, quod refert ex Ulpiano & Severo, est singularis, *il ne se trouve point autre part*, Divus Severus non nisi re integra .i. ante venditionem bonorum admisit eam petitionem, & oblationem, & addictionem bonorum vacantium. Nec deerant argumenta pro Severo *ex l.quod si minor, §.Scævola, ff.de minor. l.ult. sup.de repud. hered.* At ex hac lege ultima, intra annum post venditionem bonorum ut licet beneficio constitutionis D.Marci. Ideoque ut l.ult. ait, interim intra annum emptores bonorum nihil novi patiantur, quæ verba nullo modo intellexit gloss. .i. intra annum potest venditio rescindi: Nondum igitur sunt possessores firmo & perpetuo jure: quamobrem nihil ab eis interim exigitur: & hoc est quod ait, interim eos nihil novi pati. Hoc est perspicuum. Et hic unus locus tantum erat obscurus *l.ult. h.t.* In his vero, quæ ex ea lege resultant, nova & inopinata hæc sunt, quantum potes intelligere ex supradictis, ut ex testam. hereditatem adire possit qui testamento heres scriptus non est, ut ei competat velut ex testamento libertas, cui testamento non est data libertas, ut ii servi manumissi testamento, quibus non placet sibi conservari libertatem, remedio constitutionis D.Marci, Inviti liberi non fiant, & cives Romani, in *l.ult. §.sin vero quidam*: alias enim civitas Romana datur invito, ne quis dedecoret dignitatem tantæ civitatis, dum oblatam eam spernit, quam alii magno redimunt, & impetrant ægre, ut Hermias scribit *Ecclesiasticæ hist. lib. 1. cap. 9.* πολλολὼ δυχέρειαν εἶναι εἰς τὴν πολίτειαν Ῥωμαίων, *magno sudore parari justam libertatem*, quam, inquit, vocant πολιτείαν Romanorum, id est, civitatem Romanorum: & eleganter Leo Imperator *in Novella* 102. aliud beneficium esse si quis cogatur accipere beneficium, id est, duplex beneficium φιλάνθρωπον καὶ εὐεργεσίας: atque ita invito libertas datur, & civitas: non tamen in causa *l.ult.* Et quidam sunt adeo prono & infelici ingenio, ut liberi esse nolint. Servus apud Plautum in *Querulo*. *Nobis*, inquit, *quotidie sunt nuptiæ, natales, debaccationes, ancillarum feriæ, propter hoc quidam nec manumitti volunt*. Et ut hæc hora finem afferat huic quæstioni de testamentaria manumissione.

AD TITULUM III.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

NOTANDUM & titulum tertium de lege Fusia Caninia sublata pertinere ad libertates testamento datas jure directo, quibus lex Fusia Caninia certum modum imposuit: puta ne quis in suo testamento universam suam familiam manumitteret, qui tamen vindicta universam manumittere potest. Et ratio differentiæ est evidens, quia quo liberaliores sunt, qui moriuntur, quam vivunt, eo magis cohibendi sunt, & coercendi, ne rem suam omnem perdant, & heredibus parum aut nihil relinquant, præter nudum nomen. Et eadem ratione cur Senatusconsultum Vellejanum succurrit mulieri se obliganti pro alio, non alii donanti: quia, ut ait *l.4. ff.ad Senatusconsf.Vellej.* facilius mulier se obligat, quam donat: igitur cohibenda fuit intercessio mulieris, non certe donatio. Cur etiam lex Julia prohibuit hypothecam prædii dotalis, non etiam venditionem, ut est in *§.1. Instit.quib.alienare licet vel non*, quoniam unusquisque facilius hypothecæ opponit res suas, quam vendit, & abalienat. Cur etiam in *l. ult. inf. de præd. curial.* decurio prædia sua prohibetur vendere, non etiam donare? nimirum quia facilius quis res suas vendit, quam donat: unum indiget fræno, non alterum. Cur etiam ex *Nov.134.* si mulier se obligaverit pro marito, ipso jure non teneatur, si pro alio, ipso jure tenetur? nimirum quia mulier facilius se obligat pro marito, quam pro extraneo. Cur, ut est in more Parisiensium, potest Parisiensis inter vivos omnia sua bona alienare, & testamento relinquere non nisi certam partem?

quo-

quoniam facilius relinquimus morientes, quam alienamus viventes. Ex his intelligimus satis, qua ratione hanc differentiam lex Fusia Caninia imposuerit inter manumissionem inter vivos, & testamentariam. Et notandum, quod hic titulus tertius præponatur titulo quarto de fideicommissariis libertatibus: & proxime jungatur titulo secundo, qui est de directis libertatibus, ex eo apparere, quod alii non observant, legem Fusiam Caniniam non pertinuisse ad fideicommissarias libertates testam. relictas: quia scilicet eæ non auferunt heredibus totum servum: quoniam quidem eis conservantur commoda juris patronatus, quæ sunt amplissima: directis igitur libertatibus tantum lex Caninia certum numerum præscripsit, quem intellexit proculdubio *l. pen. C. Theod. de Judæis*, illo loco, *libertatibus obtinentibus si intra legitimum numerum fuerint*, id est, intra numerum legis Caniniæ: Et quis ille numerus fuerit, quive modus, luculenter exposuit Ulpianus *in regulis*, & Gajus *in Instit.* & Paulus *in Sententiis*: ut qui habet duos, tres, quatuor, vel quinque, duos tantum testamento verbis directis manumittere possit: & qui sex, aut septem, tres duntaxat, & cetera, quæ illi enarrant prolixe. Verum ad extremum lex Caninia cavet, etiamsi quis habeat ingentem numerum servorum, ut ne testamento supra centum manumittat, & inde Vopiscus in Tacito: *Servos manumisit, intra centum tamen, ne Caniniam transire videretur*. Et de eadem lege fit mentio in *Querulo* Plauti his verbis, *Ad legem Porciam, Caniniam, Furiam, Fusiam consulibus Torquato & Taurea*: quod si quis servos suos manumiserit supra numerum legis Caniniæ, ii, qui priores nominati erunt, & manumissi, pervenient ad libertatem usque ad legitimum numerum: reliqui manebunt servi: quod etiam servatur in lege Ælia Sentia, quæ vult, ut is, qui non est solvendo, possit unum tantum servum heredem necessarium facere, & liberum, ut bona veneant ejus nomine potius, quam defuncti: etsi plures manumiserit in fraudem creditorum, ut is tantum, qui prior nominatus fuerit, liber & heres fit, in *l. qui solvendo 2. & l. si non lex, §. 1. ff. de hered. instit.* Sed tamen in lege Fusia Caninia, vel in lege Ælia sentia, si plures servi liberi esse jubeantur ultra legitimum numerum in orbe tereti, *en un cercle*, ita ut non appareat quis sit primus, quis imus, ut si in orbe tereti, ita scribas, *Stichus, Pamphilus, Davus, Eros, & in area orbis, liberi sunto*. Quid fiet? Nam ut recte dixit Plato in Timæo, in Sphæra non est invenire *τόπον ἄνω ἢ κάτω* id est, *non est in sphæra locus superior, nec inferior*. Et hoc casu propter incertum ex utraque lege placet nulli servo competere libertatem: & ita Gajus scribit in Institutionibus, & probat *l. qui solvendo, & l. sequens, ff. de hered. instit.* verum in constitutione hujus tituli hoc caput legis Caniniæ sustulit Justinianus, quod tamen habuit summam rationem, ut scilicet nulla esset differentia inter manumissionem vindicta, & manumissionem testamento: ut utroque genere possit quis universam suam familiam liberare; sed non sustulit totam legem Caniniam: nam hoc adhuc ea lege manet, ut servis relinquatur libertas nominatim, §. *libertas, Instit. de legat.* qua de causa, quid sit nominatim, explicabitur in *l. nominatim, ff. de manumiss. testam.*

AD TITULUM IV.

DE FIDEICOMMISSARIIS LIBERTATIBUS.

DICEBAM nudius quartus, legem Fusiam Caniniam non pertinere ad fideicommissarias libertates testamento relictas .i. non eis libertatibus certum numerum eam legem præscribere, sed directis tantum. At hoc profecto verum non est. Moveor eo, quod *lex si legatarius, §. 1. ff. de fideicom. libertat.* ponit testatorem, qui tres tantum servos habebat, duos manumisisse per fideicom. qui certe fuit modus legis Caniniæ, ut qui tres haberet, duos tantum testam.

A manumittere posset: denique servavit testator modum legis Caniniæ, etiam in relinquendis fideicom. libertatibus. Moveor quoque *l. si quis eum, ff. de condit. & demonstrat.* quæ est inscripta ad legem Fusiam Caniniam, & loquitur de fideicom. libertate. Verius igitur est, legem Caniniam coarctare non tantum directas, sed & fideicommissarias libertates. Ideoque dicamus, titulum de lege Fusia Caninia fuisse positum in confinio tituli superioris, qui est de directis libertatib. & tituli sequentis, qui est de fideicom. quoniam ea lex communis erat utrique titulo. Et nunc veniamus ad titulum quartum de fideicommissariis libertatibus. Non tantum directæ libertates in testamento, vel codicillis relinqui possunt, sed & fideicommissariæ, id est, quæ verbis precariis relinquuntur: dum tamen, ut ait *l. libertates, ff. eod.* ea verba sint vulgaria, id est, usitata, & quibus voluntas testatoris exprimatur, qualia sunt, *Peto, Rogo, Volo, Mando, Fideicommitto, §. ult. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.* Verbum autem *Commendo, Commendo tibi illum servum*, non satis exprimit voluntatem defuncti, non satis exprimit fideicommissum, denique non est verbum precarium, quod necessitatem non imponit, sed arbitrium permittit ei, cui servum commendat: Et preces testatorum sunt permistæ necessitati: ut de precibus tyrannorum inquit Plato, & Publius Syrus, *Cogit rogando, qui rogat potentior*, & Accursius in *l. 1. ff. quod jussu, Rogatio domini*, inquit; *est preceptum*: At qui commendat, nihil adprecatur, ergo necessitatem non imponit: nec fideicommissum facit, *l. 12. hoc tit.* Et quod ait *l. 12. §. 1. ff. eod. tit.* his verbis, *Illos servos tibi commendo, ne cui alii serviant*, fideicommissariam libertatem relictam videri: etiam detracto illo verbo *Commendo*, idem esse si hoc solum dixisset, *ne cui alii serviant, l. 9. l. 10. l. rogo, l. generaliter, §. si petitum, ff. eod. tit.* Nihil ergo potest, nihil efficit, nihil adjicit in eam rem *Commendo* verbum. Porro directæ libertates statim ab adita hereditate, vel si necessarius heres sit, statim a morte testatoris ipso jure competunt velut ex testamento, sine ullo facto, aut voluntate heredis, non tamen sine herede, qui adierit, vel extiterit: nam ab heredibus relinquuntur: & ut dicimus, *legare ab herede illo vel illo*, ita *manumittere*. Quintilianus *declamat.* 388. *Hunc* (inquit) *a filio manumisit*. Et post mortem quoque heredis olim inutiliter relinquebantur, ut Ulpianus scribit *libro regularum tit.* 1. fideicommissariæ autem libertates præstantur ab herede, vel legatario, vel fideicommissario, qui rogatus est manumittere servum defuncti, vel servum proprium, vel servum alienum: nec sine illius manumissione, sine illius facto & voluntate is servus ad libertatem pervenire potest, *l. 11. hoc tit.* nisi latitet is, qui rogatus est servum manumittere, id est, nisi fraudandæ, frustrandæ, detrectandæ libertatis gratia, non justa ex causa absit, vel nisi evocatus a magistratu fideicommissariæ libertatis nomine potestatem sui non faciat: quo casu, ut ait *d. l. 11.* contra latitantem interposito decreto, id est, si causa cognita prætor, aut præses pronunciaverit libertatem servo deberi, statim fit liber & libertus Orcinus, licet non fuerit directo manumissus: videlicet si servus testatoris fuerit; quod est ex SC. Rubriano, quod factum est Rubrio consule. Non est igitur libertus ejus, qui rogatus est, ne is habeat commoda juris patronatus, qui non manumisit, quive precibus defuncti non obtemperavit. At si is servus, quem heres rogatus est manumittere, servus heredis fuerit, heres non amittit libertum, id est, fit libertus heredis, etsi latitaverit heres, vel abfuerit non justa ex causa, quod est ex SC. Junciano. Et ita suum quodque SC. reddere oportet ad *l. 5. ff. eod. tit.* Absente autem justa ex causa eo, qui fideicommissariam libertatem præstare debet, non in fraudem libertatis, ex decreto quidem eo absente servus fit liber, sed absens non perdit jus patronatus, non perdit libertum, quod est ex SC. Dasumiano, de quo in *ff. eod. tit.* Igitur cum quæritur de libertate servi absente domino, qui rogatus est eum manumittere, non distinguimus utrum absit justa, an

an non justa ex causa, quia omnimodo libertas servo servatur. At cum quæritur cujus fiat libertus, si dominus abfuerit, tum distinguitur: & si abfuerit non justa ex causa, dicimus eum fieri libertum Orcinum: si justa ex causa, eum fieri libertum domini. Et male Græci in *l.29. ff. eod. tit.* pro *libertas*, legunt *libertus*: quam lectionem etiam infirmat *l. 20. §. 1. ff. eod. tit.* Quod autem diximus de latitante, vel absente non justa ex causa herede, qui fideicommissariam libertatem debet, id etiam obtinet ex constitutione Justiniani in eo herede, qui neque latitat, neque abest, si moram fideicommissariæ libertati faciat, ut scilicet ex sententia prætoris, vel præsidis servus eripiatur in libertatem, & fiat libertus Orcinus, non libertus heredis, qui non exequitur voluntatem defuncti, qui moras trahit in præstanda fideicommissaria libertate, *l. 15. h. t.* Moram autem facit heres, qui petitam suo tempore libertatem non præstat, *l. 4. h. t.* Opus est petitione, interpellatione, ut mora fiat in personam heredis: videlicet si libertas fideicommissaria sit relicta majori 25. annis: nam si minori 25. annis, semper mora ei fit in rem, id est, sine petitione, sine interpellatione ex solo tempore tardæ præstationis, *l. cum vero, §. apparet, ff. eod. l. 3. sup. in quibus causis in integ. restit. non est necess.* Majori autem non fit mora ex die tardæ præstationis, ex die, quo libertas peti potuit, sed ex die, quo petita est interpellato herede, *d. §. apparet*, quod notandum: quia quod vulgo dicitur, diem interpellare pro homine, non est verum, nisi in pœnalibus causis, ut docui in *l. trajectitiæ, de obligat. & action.* scilicet quando dies adjicitur, ut quid detur, vel fiat: ita ut qui ad eum diem non fecerit, aut dederit, incidat in pœnam certam, quia in causis pœnalibus severius agitur cum eo, cum quo nobis res est, pœnæ adjectio plane demonstrat, quod agitur, ut summo jure agatur, denique ut dies solus interpellet satis: imo etiam ut post diem non possit purgare moras oblata pecunia, vel re debita, & se liberare pœna, quam commisit: *Ita lex trajectitiæ, & l. maximam, inf. de contrah. stipul. l. 2. sup. de jure emphyteutico*; extra causas pœnales dies non interpellat pro homine: ut demonstrat *lex cum filiusfam. §. ult. ff. de verborum obligat.* quæ ex contrario sensu demonstrat post diem esse necessariam interpellationem, ut reus constituatur in mora. Hic vero nobis explicanda est *l. 4. h. t.* quam ante adduxi: & explicanda ex jure veteri, quod nostri ignorarunt, atque adeo præclarissimum sensum hujus legis. Sciendum est quosdam esse manumissos, qui dicuntur ex voluntate domini in libertate morari, quod quid sit mox intelligemus: & non esse liberos, sed ex voluntate domini in libertate morari, ut sunt manumissi inter amicos, *§. multis, Inst. de libertinis*: Tales manumissiones frequenter occurrunt in Comœdiis. Et manumissi per Epistolam, *l. qui absenti, de adquir. possess.* & manumissi per mensam, ut Theophilus noster loquitur in titulo de libertinis, & ut Cajus loquitur in Institut. Convivii adhibitione, puta si dominus servum convivio excipiat: sicut dicebant homines Deos fieri, si adhiberentur conviviis Deorum, illo loco, *Tu das epulis accumbere divum*. Et illo: *Nec Deus hunc mensa, Dea nec dignata cubili est*. Qui ita manumittuntur, veteri jure non fiunt liberi, sed serviendi tantum metu dimittuntur, quamdiu domino libuerit: nam mutata voluntate domini, per vim in servitutem reduci possunt, & cogi ut serviant, quod tamen prætor non permittebat, ut Ulpianus scribit in fragmentis quibusdam regularum, & interim quidquid adquirebant, domino, a quo ita erant manumissi, tanquam servi adquirebant: solo enim onere serviendi liberati erant: Sed postea lex Junia eis dedit propriam libertatem, qui manumissi essent inter amicos, per epistolam, aut per mensam, videlicet ut fierent non cives Romani, sicut qui manumittuntur vindicta, aut censu, aut testamento, sed fierent Latini, qui & ab ea Junia dicti sunt liberti Latini Juniani: dum autem hoc voluit lex Junia ut illi fierent Latini, hoc voluit, ut eodem jure essent, quo olim erant Latini Colonarii, deducti in coloniam, ut *inf. titulo 6.* qui tamen Latini Colonarii, quod pauci, aut nulli explicant, tempore latæ legis Juniæ mutarunt istam conditionem, quia tum omnes erant cives Romani, mutata Latinitate in civitatem Romanam ex lege Junia, ut Cicero ait pro Balbo: lege Junia Latinis datam civitatem. Et hoc est quod eleganter ait Ulpianus illo loco: Lex Junia manumissos inter amicos exæquavit Latinis Colonariis, qui tunc erant cives Romani, & nomen suum in civitatem dederant. Non hoc vult Ulpianus, exæquatos esse Latinos Junianos Colonariis, ut tunc erant cives Romani, sed ut fuerant olim non cives Romani, sed Latini Colonarii: Ergo sublata conditione Latinorum Colonorum, emersit illi similis conditio Latinorum Junianorum, qui ut eodem essent jure, quo olim erant Latini Colonarii: puta ut certis modis possent pervenire ad civitatem Romanam, ut etiam Livius lib. 41. scribit, Latinos Colonos pervenisse ad civitatem Romanam beneficio stirpis liberorum, aut lege, aut migratione, aut censu, aut magistratu, ut est addendum ex Asconio Pædiano *in orationem in Pisonem*. Et ita Ulpianus in *tit. de Latinis* docet, Latinos Junianos certis modis fieri cives Romanos. Hoc cognito facilis erit species *l. 4. hoc t.* Finge: heres rogatus est ancillam manumittere, & qui ita rogatus est, quod summe notandum, semper intelligitur rogatus præstare justam & legitimam libertatem, id est civitatem Romanam, non Latinam libertatem, *l. generaliter, §. hostium, ff. eod.* Porro heres moram fecit in præstanda fideicom. libertate .i. petitam non præstitit, sed ancillam morari sivit in libertate: Puta manum. inter amicos, aut per convivium, aut per epistolam: post moram ancillæ factam edidit partum. Lex ait ex constitutionibus, quæ factæ sunt ad Senatusconsultum Rubrianum, partum nasci ingenuum post moram factam ancillæ manumittendæ ex fideicommisso: Atq; ita evenit ut ex ancilla ingenuus nascatur, ut ait *l. 1. §. quæri, ff. de suis & legit. hered.* quia ipsa etiamsi passa sit moram, nondum est libera: qui voluntate domini in libertate moratur non est liber. Nec obstat *lex cum quasi, §. ult. ff. eod.* quæ ait ad justam libertatem pervenisse servum, qui voluntate heredis in libertate moratur. Justa & legitima libertas, id est civitas Romana, *tousiours*: Sed ne fallamur, lex non dicit simpliciter, qui in libertate moratur voluntate heredis, sed qui præstandæ fideicommissariæ libertatis causa voluntate heredis in libertate moratur, id est, cui præstitit fideicommissariam libertatem effectu ipso, dum animo præstandæ ejus, eum sivit in libertate morari; hic utique fit liber & civis: alioquin voluntas nuda sinentis servum morari in libertate non facit eum liberum: sed neque post moram factam præstandæ libertatis legitimæ servus fit liber secundum jus vetus: nam ex constitutione Justiniani, id est, ex *l. 15. hoc t.* Post moram factam ancillæ ex sententia præsidis, vel prætoris ipso jure ancilla fit libera: ut non mirum sit hodie, si ingenuum pariat, & si ei partus intestatæ succedat, & vicissim illa partui intestato, ut in *l. ult. sup. de S.C. Orfit.* quæ conjungenda est omnino cum *d. l. 15.* utriusque eadem est inscriptio & subscriptio: & plurimum illustrat *d. l. ult.* hanc *l. 15.* Et hoc post moram factam, id est, ex die petitæ libertatis fideicommissariæ: nam ex die, quo peti potuit libertas, nec tamen petita est (qui dies non inducit moram) qui nascitur partus, servus nascitur: sed postea matri manumissæ traditur, ut ab ea manumittatur, id est, ut ipsa sit patrona potius, quam heres, qui suo tempore non reddidit libertatem fideicommiss. *l. si prægnans, & l. cum vero, §. apparet, ff. eod.* Et ita est explicanda *l. 4. h. t.* Reliqua explicabimus die crastino. His, quæ heri diximus ad titulum quartum de fideicommissariis libertatibus, hodie addam quæ in eo invenio esse communia inter directas ac fideicommissarias libertates. Ac primum ut destituto testamento, id est, non adita hereditate, nec eæ nec illæ competant, nisi testamento adjecta sit clausula codicillaris, quæ huic oneri subiiciat

etiam

etiam legitimum heredem, *l.* 1. *h. t.* quæ obtinet etiam rupto, aut injusto, aut irrito testamento: Verum ut additur in fi. *l.* 1. si heres scriptus pecunia accepta a legitimo herede destituerit, repudiaveritque testamentum: hoc casu cogetur servo præstare libertatem, quod in eo constitutiones induxerunt exemplo ejus, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem; & servatur etiam in directis libertatibus: & male Accursius in fi. *l.* 1. prius conveniri possessorem hereditatis, id est, legitimum heredem: cum aperte lex dicat, heredem scriptum, qui pecuniam accepit a legitimo repudiandi testamenti gratia, servo libertatem præstare compelli: Igitur prius convenitur heres scriptus, ac deinde si solvendo non sit, heres legitimus, qui possidet hereditatem, *l.* 10. *ff. si quis omiss. cau. testam.* quia ex causa debita fideicommissariæ libertatis servus in judicio potest consistere adversus dominum; dominum in judicium vocare potest, & petere fideicommissariam libertatem ab eo, *l. vix, ff. de judic. l. de libertate, ff. de fideicommiss. libertat. l. mulier, §. non tamen, ff. ad Trebell. l. Titius, ff. de action. emp.* Et quod ait *l.* 2. *& l.* 4. *ff. si quis omiss. causa testam.* prius excuti possessorem, id est, legitimum heredem, quod fefellit Accursium, tunc duntaxat locum habet, cum heres scriptus a legitimo nullam pecuniam accepit repudiandi testamenti gratia: non cum accepta pecunia a legitimo herede repudiavit testamentum: Nam hoc casu, quo heres legitimus non habet lucrativam possessionem, prius convenitur de libertate fideicommissaria, vel etiam directa, ne servum retineat in servitute, heres scriptus, quam legitimus. Et hoc tantum adnotandum est ad *l.* 1. Est etiam hoc commune tam directis, quam fideicommissariis libertatibus, ut competant, satis esse ex pluribus heredibus si vel unus hereditatem adierit, *l. si legato, §. ult. l. testam. ff. de manumissis testamento, l.* 8. *hoc tit.* Licet ab eis, qui repudiaverunt hereditatem, nominatim libertates relictæ sint: nam portiones repudiantium, ei, qui adiit adcrescunt cum suis oneribus, *l. Titio, §. ult. de legat.* 2. Est autem species *l.* 8. dilatanda, & explicanda hoc modo ex *l. Lucius, ff. eod. Uxor, & filius mihi heredes sunto: Stichum liberum esse volo, si ita placeat uxori meæ.* Uxor repudiavit hereditatem: Portio ejus adcrevit filio coheredi, quem Sticho libertatem præstare oportebit: quod utique certissimum, si uxor non contradicat: nam taciturnitas uxoris consensum imitatur, quid si contradicat? Hoc vero non faciat me auctore, cum post repudiationem nihil ejus intersit Stichum non manumitti: sed si hoc faciat tamen, id est, si dicat sibi displicere libertatem Stichi, sane non audietur: neque enim est indulgendum malitiæ ejus, nihil laturæ, nisi ut officiat, ex *l. in fundo, ff. de rei vindicat.* est etiam commune utrisque libertatibus, quod proponitur in *l.* 2. *hoc t.* ut si ex codicillis libertas competierit, vel præstita sit: qui postea falsi pronuntiati sint, non ideo revocetur libertas, quæ contigit semel: sed ex constitutione Hadriani, ut manumissus heredi præstet 20. aureos quasi pro pretio sui capitis, *l. cum ex falsis, ff. de manum. testam. l. pen. ff. de jure patronat.* ut, inquam, præstet 20. aureos: nam hoc erat commune pretium servi unius, *l. si fundum sub conditione, §. si libertus, ff. de leg.* 1. *l. Papinianus, §. ult. & l. seq. ff. de inoffic. testam. l.* 4. *sup. de servis fugit.* Et ideo vectigal vicesimæ, quod ex lege Manlia inferebatur ærario pro servo manumisso, olim fuit unus aureus tantum. Et ponenda ita est species ad hanc *l.* 2. Servum Titio legavi, & ab eodem servo reliqui fideicommissariam libertatem: eam legatarius præstitit, quam defunctus reliquerat codicillis, ante motam quæstionem falsorum codicillorum, & ita servo contigit justa libertas, quæ etiam ei conservabitur, licet postea codicilli falsi pronuncientur, adnumeratis heredi 20. aureis. Nec quicquam obstat *l. ult. sup. de petit. hered.* quam objicit Accursius, quia libertas, quæ semel contigit, conservatur. At in specie *d. l. ult.* testamento falso pronuntiato, in quo erant relictæ libertates, illæ non

A intelliguntur contigisse servis, quod nemo eas dederit in ea specie, aut præstiterit: neque enim finguntur obtigisse ipso jure. Quod etiam est in *l.* 10. *h. tit.* porrigi debet & ad directam libertatem ex *l. si ita scriptum, ff. de manum. testamento.* Species hæc est: Testator ita dixit, *filius heres esto: Stichus, cum filius meus pervenerit ad* 25. *annum, liber esto:* vel per fideicommissum hoc modo: *Stichum, cum filius meus pervenerit ad* 25. *annum liberum esse volo:* hoc est verbum precarium: Filius decessit impubes heres ejus præstituta die, qua si filius viveret, pertingeret 25. annum, Sticho libertatem præstabit, *l.* 10. *hoc tit.* quia non intelligitur data sub conditione, si filius ad eam ætatem pervenerit, sed in diem certum, in diem justæ ætatis: quæ interpretatio jure singulari recepta est favore libertatis, ut ait *l.* 23. *§. pen. ff.*

B *eod.* namque aliud est in fideicommisso pecuniario: quandoquidem si quis ita legaverit, *Titio cum pervenerit ad annum* 25. *fundum illum dari volo:* Titio mortuo ante eam ætatem, fideicommissum ejus heredi non debetur, nec præstituta die, quia intelligitur fuisse conditionale, *l. si Titio, ff. quando dies leg. ced.* Neque *l.* 10. *hoc tit.* quicquam obstat *l.* 8. *sup. de testam. manum.* quæ dicit conditionalem libertatem esse ita relictam: *Stichus liber esto tempore nuptiarum filii mei:* & ideo mortuo filio ante nuptias contractas, Sticho non deberi libertatem, quia defecit conditio. Cur etiam in specie *d. l.* 10. non dicimus libertatem esse conditionalem? Differentia est in perspicuo: quoniam *d. l.* 8. non expressit certam ætatem, cum filius pervenerit ad illam ætatem, ut non possit videri libertas data in diem certum: sed expressit tan-

C tum casum nuptiarum, qui conditionalem manumissionem fecit. Porro in hac specie *l.* 10. ut jam dixi, apparet differentiam esse inter fideicommissariam libertatem, & fideicommissum pecuniarium. Et addi potest alia differentia ex *l. Paulus respondit, ff. de fideicomm. libert.* Si per fideicommissum relinquam rem alienam, valet fideicommissum, si sciero esse alienam, si sciens hoc fecero: sed si ignoravero, id est, si eam reliquero ut meam, non valet fideicommissum: quia forte si scissem eam rem, eumve servum esse alienum, non legassem: denique servi alieni fideicommissum non valet, quem quis alii reliquit ut suum, nesciens esse servum alienum: At fideicommissaria libertas etiam ab ignorante data servo alieno tanquam suo, cum dominum ejus se esse opinaretur omnino valet, quod favor, id

D est, studium ampliandæ libertatis extorsit, quod est in *l.* 9. *hoc t.* quam ego memini me exponere in *titulo* 26. *lib.* 6. *de necessar. heredibus.* Etiam favor libertatis id extorsit, quod est *l.* 14. *h. tit.* Et est etiam commune utrique libertati, ut possit relinqui ei, qui in utero ancillæ est: hoc scilicet modo: *Quicunque ex Pamphila genitus erit, liber esto.* De eo dubitabant veteres, an postumo alieno data libertas valeret, quia postumo alieno legari non potuit, quod sit incerta persona; at hodie legari potest, & libertas relinqui ut cum sole libertatem aspiciat, ut ait *l.* 14. & ita servo quoque ejus, qui in utero est id est, futuro servo ejus recte relinquitur fideicommissaria libertas, *l. generaliter, §. servo ejus, ff. eod. tit.* Et ut definit *d. l.* 14. illa quoque oratione: *Quicunque ex Pamphila genitus erit, liber esto:* si plures geniti sint

E omnes manumittendi sunt: nam in ambiguis pro libertate respondere melius est: & favor libertatis alias plerasque benigniores sententias extorsit contra regulas juris, *l. pœnales, §. ult. ad l. Falc. l. generaliter, §. si quis servo, ff. de fideicomm. libertat. §. ult. Inst. de donation.* Et placet valde, quod ait *l.* 3. *§.* 1. *ff. de alienat. judic. mut. caus.* prætorem favere libertatibus: Nam (ut didicimus ex reliquiis regularum Ulpiani) inter cetera prætor manumissum inter amicos (quod heri dicebam) non permittebat servire, aut reduci in servitutem a domino, qui illa manumissione non desierat esse dominus: & similiter manumissum a peregrino, licet jure non valeret manumissio, nec faceret Latinum, nec civem; tamen prætor non permittebat servire. Et ita eleganter illa lex

ait,

ait, prætorem favere libertatibus, cum eis lex non favet. Et istius favoris si vis, suppetunt exempla multa: notabis hos locos, in quibus excutiendis te potes exercere, *l. duobus, de liber. causa, l. 1. 16. 26. ff. de manumiss. testam. l. 4. ff. de manumiss. vind. l. talem, in pr. de heredib. instit. l. quidam, §. ult. ff. ad Senatusconf. Trebell. l. cum ita datur, ff. de condition. & demonstrat.* & quod Paulus 2. *regul. tit.* 24. In quibus locis omnibus fit mentio favoris, quem leges impertiuntur libertati, & *l. ult. sup. de his quibus ut indig.* Puto pertinere etiam ad favorem libertatis, quod est in *l. pen. hoc tit.* ut si testator ex pluribus servis, uni, quem eligeret heres, reliquerit fideicommissariam libertatem, herede non eligente, aut moriente, nullo electo, omnes servos esse manumittendos: cum favore libertatis, tum etiam ut plectatur heredis instantia: ubi instantia, id est, *ἐπιμονή, μέλλησις, la demeure*, cunctatio, mora: alias instantia est ἔπειξις. Ac postremo notandum legem ultimam definire id de quo Paulus in *l. itaque, ff. eod.* scripserat, adeundum esse principem, ut libertati prospiceretur, quod æquum esset ei prospici in ea specie, necdum prospectum esset. Species hæc est. Rogavi legatarium, ut servum, quem ei legavi, manumitteret, & heres latitat, nec servum præstat legatario, cessat Senatusconsultum Rubrianum: quia is, qui rogatus non est, latitat, non is, qui rogatus est: puta legatarius, qui paratus servum manumittere, si eum haberet: quid fiet? Et placet Justiniano in *l. ult.* ut post duos menses, quem latitavit heres, servus ille perinde fiat liber, ac si a legatario manumissus fuisset, ut tamen legatarius habeat salvum jus patronatus, qui in nulla culpa versatur. Idemque est si dum heres detrectat etiam in judicio servum præstare legatario, judex jusserit heredem legatario præstare æstimationem servi, quod tamen stulte jusserit: nam debet omnimodo compellere heredem ad præstandum legatum, si ejus restituendi facultatem habeat: nisi adferat justam causam retinendi servum: puta quod sit pater suus naturalis, aut mater, aut frater: rogat judicem ne is sibi eripiatur, & ut legatario satisfiat æstimatione litis, ut *l. si domus, §. qui confitetur, & §. seq. de legat.* 1. alias præcise cogitur præstare servum legatum, cujus copiam habet: Et ita etiam vero verius est, venditorem omnimodo compelli tradere rem venditam, quam possidet, si eam malit emptor, quam id, quod interest, ut in §. *perficiuntur, Inst. de donat.* quæ fuit opinio Martini, quam etiam Accurs. æquiorem esse ait, *l. 1. de action. emp.* & probat omnino eam Paulus *lib.* 1. *Sent. tit.* 13. *Si* (inquit) *id quod venditum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet.* Et ita quoque in specie *l. ult.* judex debuit omnimodo cogere heredem ad præstandum servum legatum: si hoc non fecerit, quomodo prospicietur libertati, puta si damnaverit heredem in æstimationem servi tantum? Et placet hoc casu perinde haberi servum, atque si ante eam condemnationem a legatario manumissus fuisset: Et ut ait *l. ult.* etiam legatario sumptuum nomine in eam litem factorum, heres præstat quadruplum: illa autem sententia est vitiosa & nulla. E hic est finis hujus tituli.

AD TITULUM V.

DE DEDITITIA LIBERTATE TOLLENDA.

De fideicommissaria libertate etiam egimus in *l. 43. ff. eod. tit.* fideicommissariam libertatem testamento relictam, vel codicillis non deberi ei quem dominus postea vinxit pœnæ causa in ergastulo: Cur ita? nimirum quia ex lege Ælia Sentia ad civitatem Romanam pervenire nullo modo potest is, qui a domino vinctus est pœnæ causa, vel qui compunctus est notis, qui dicebatur, *Stigmatias, & Subverbustus*, apud Plautum, & Tertullianum. Ejusdem conditionis est is, qui propter noxam tortus, nocensque inventus est, vel qui datus est ad ferrum, vel ad bestias, vel conjectus in publicam custodiam: Sed quocumque modo fuerit manumissus, neque fit civis Romanus, neque Latinus, sed habetur Dedititiorum numero, auctore Ulpiano *lib. regul. tit. 1. & Theophil. in tit. de libertinis*: quod est (ut dixi) ex lege Ælia Sentia: ideoque Ulpianus scribens ad legem Æliam Sentiam in *l. verum, ff. de verb. significat.* definit, quis vinctus dicatur: quæ lex nisi secundum inscriptionem coangustetur ad legem Æliam Sentiam, & caput de Dedititiis, omnino pugnabit cum ea *l. succurritur, ff. ex quib. caus. major.* Fuit autem lex Ælia Sentia lata Augusti temporibus, & auctore eodem Augusto, si non etiam latore, sicut lex Fusia Caninia, cum & Suetonius in Augusto scribat, Augustum manumittendi modum, numerumque terminasse, quod fecit per legem Caniniam, & cavisse etiam, quod pertinet ad legem Æliam Sentiam, ne vinctus unquam, tortusve quis ullo libertatis genere civitatem Romanam adipisceretur, & illi, qui in ea sunt causa ex lege Ælia Sentia dicuntur esse Dedititiorum numero, quod eodem numero sint, eodem jure, conditione eadem, qua sunt peregrini, qui se & sua victi a Romanis dediderunt in ditionem & potestatem populi Romani, qui parum absunt a servis, & infami nomine Dedititii dicebantur. Erat enim ignominiosum nomen, quia & se dedere ignominiosum est abjectis armis. Certe Dedititii deteriore conditione erant, quam Latini: nam Latini Colonarii, & Latini Juniani, habebant commercium, id est, inter eos poterat fieri mancipatio rerum non minus, quam inter cives Romanos, non etiam inter Dedititios, vel cum Dedititiis, ut idem Ulpianus scribit *in regulis tit.* 19. Item cum Dedititiis non erat testamenti factio: cum Latinis erat testamenti factio, si modo intra diem cretionis, sive aditionis delatæ hereditatis, jus Quiritium, id est, civitatem Romanam adipiscerentur, ut idem Ulpianus docet: & poterant Latini variis modis adipisci civitatem Romanam, ut idem docet *tit. de Latinis*, quam Dedititii numquam, & nullo modo adipisci poterant. Ac primum quidem Latini fiunt cives Romani, & jus Quiritium consequuntur beneficio principis, patrono tamen consentiente, sicut proditum est, libertum non restitui natalibus, nisi consentiente patrono, aut patroni filio, *l. pen. & ult. ff. de natal. restit.* liberto non dari jus annuli aurei, id est, non redigi libertum in equestrem ordinem nisi consentiente patrono, *l. 3. ff. de jure aureor. annulor.* quia beneficium principis semper dare oportet sine injuria alterius, *l. 4. inf. de emancipat. l. impuberi, ff. de administrat. tutor. l. 1. Cod. Gregoriano, de testamentis*. Et ita beneficio principali Latinus non fit civis nisi consentiente patrono, aut patroni filio. Plinius in Epist. ad Trajanum: *Rogo des Jus Quiritium liberto Antoniæ, quod ego volente patrono peto*: & alio loco: *Rogo illis indulgeas jus Quiritium, quod ego volentibus patronis peto*. Sed quid si forte Latinus invito, aut ignorante patrono a principe impetravit civitatem Romanam? & edicto D. Trajani cautum est, ut proponitur in §. *ult. Instit. de succes. liber.* ut is vivat quidem ut civis Romanus at moriatur ut Latinus. Item Latinus fit civis Romanus beneficio liberorum, vel filii unius, aut filiæ anniculi, vel anniculæ factæ: puta, si uxorem duxerit Latinam, quæ nuptiæ non sunt justæ, justæ fiunt tantum inter cives Romanos: is potest causa probata apud prætorem, cum eam uxorem duxerit, vel apud præsidem, civitatem Romanam adipisci cum filio, & uxore, ut idem Ulpianus docet *tit. 3. & tit. 7.* Item Latinus fit civis Romanus iteratione: ut puta, si qui manumissus est inter amicos: manumissio Latinum facit, non civem ex lege Julia Norbana, quæ etiam fuit lata Augusti temporibus: si postea ab eodem patrono is manumittatur vindicta, fit civis Romanus. Plinius 7. Epist. *Si voles*, inquit, *vindicta manumittere, quem proxime inter amicos manumisisti*. Et de illa manumissione, quæ Latinum facit, etiam Seneca *libro de vita beata. Justæ libertatis*, inquit,

quit (ea vero est civitas Romana) *an libertatis data inter amicos*, quæ scilicet est Latina libertas. Item Latini militia, beneficio militiæ, cives Romani fiebant, si in urbe inter vigiles aliquot annis militassent ex lege Visellia, quæ etiam alio capite cavit, ne libertini legerentur in Senatum, vel in Curiam, de quo est *lex unica, inf. ad legem Viselliam*. Item Latini fiunt cives Romani navi, si navem fabricaverint aliquot modiorum capacem, quæ serviat annonæ populi Romani. Item si ædes construxerint, aut pistrinum. Præstat quandoquidem populum exhortari ad exstruendas ædes quibusdam præmiis: vel ad pistrina, aut moletrinam, quæ sint usui universo populo. Et similiter, ut idem Ulpian. refert *titulo de Latinis*, Latina fit civis Romana, si ter enixa sit. Addi potest alius casus ex *l.1. Cod. Theod. de raptu virginum*, quo Latinus civis Romanus efficitur, si crimen raptus in publicum detulerit, servus autem fit Latinus. Variis igitur modis Latini possunt pervenire ad civitatem Romanam. Dedititii nullo modo possunt. Est igitur eorum conditio deterrima, & miserrima, quam in hoc titulo penitus sustulit Justinianus, abolito illo capite legis Æliæ Sentiæ, quod etiam, ut ait, desierat esse in usu. Sed absolvamus etiam hodie titulum sequentem.

AD TITULUM VI.

DE LATINA LIBERTATE TOLLENDA, ET PER CERTOS MODOS IN CIVITATEM ROMANAM TRANSFUSA.

PRIMUM non repeto quæ dixi de Latinis in *l.4. tit.4. sup.* quæ tamen licet vobis transferre etiam in hunc locum. Sed hoc tantum nunc adiiciam, Latinos comparatos esse ex lege Junia Norbana Augusti temporibus, qui ante non erant liberi, licet fuissent manumissi inter amicos, aut per epistolam, aut per mensam. Conditio autem eorum talis est, ut vivant tanquam liberi, moriantur tanquam servi, *§.ult. Instit.de, success.libert.* Salvianus Episcopus, *lib.3. ad Ecclesiam Catholicam. Jugo Latinæ libertatis addicunt, quos scilicet jubent quidem sub titulo libertorum agere viventes, sed quæ superstites habent, morientes donare non possunt*, id est, moriuntur ut servi, quia testari non possunt, sed bona omnimodo sunt relinquenda patronis, & ita in *l.8. C.Theod.de liber.causa. Latini*, inquit, *licet servitutis necessitate solvantur, patroni tamen privilegio tenentur*. Denique Latinus vivit ut liber, moritur ut servus, ut simili forma diximus eum, qui invito patrono a Principe meruit civitatem Romanam, vivere ut civem Romanum, mori ut Latinum. Et simili forma etiam dicimus donatum a Principe libertinum jure aureorum annulorum, vivere ut ingenuum, mori ut Latinum, *l.3. D.de bonis libert. l.2. sup.de jure aureor. ann. l.unica in fi. ad legem Visselliam*. Latinus autem moritur ut servus, quia bona ejus manumissor occupat jure peculii, itemque liberi manumissoris non emancipati, id est, liberi agnati, ut in *l.1. C.Theod.de petit.heredit.* quæ est etiam de Latinis scripta nominatim: liberi, inquam, non emancipati, item non exheredati, qui quidem liberi, etiamsi sint a patre instituti adjectis coheredibus extraneis, in bonis Latinorum libertorum patris, præferuntur extraneis coheredibus ex Senatusconsulto Largiano, ut proponitur in *d. §.ult. Instit.de success. libert.* Verum in hoc titulo etiam tollitur conditio Latinorum, omnesque libertini pronuntiantur esse cives Romani, unam tantum esse libertatem justam, legitimam, & plenam. Et initio hujus legis recte Haloander legit, quapropter titubat: nam alii Codices longe aliter, quam scripturam Haloandri confirmant Basilica, in quibus ita est, *διά τισκάζουσα*. Ex hac autem lege, quibus modis, puta undecim, manumissi fiebant Latini, non cives, hodie iisdem modis fiunt cives Romani, quod Justinianus in fine tituli de successionibus libertorum, profitetur se introduxisse cum adjectionibus quibusdam. Quærunt quid illa verba significent, *adjectionibus quibusdam*. Et non est verum, *adjectiones* vocari undecim modos relatos in hoc titulo, quibus olim manumissi fiebant Latini, hodie fiunt cives Romani: Nam verum est quidem, modum Latinitatis dandæ esse modum dandæ civitatis hodie, sed nullam hic video adjectionem. Non est etiam verum, quod Dominus Alciatus scribit 1. *παρέργων*, *cap.16.* illis verbis, *cum quibusdam adjectionibus*, illo loco Institut. significari familiarum adjectiones, ut Cornelius Tacitus scribit *lib.1. Historiarum*, Othonem Imperatorem Hispalensibus, & Emeritensibus dedisse familiarum adjectiones; Nam constitutionem hujus tituli, si perlegamus, nihil in illa reperiemus de istis familiarum adjectionibus. Hoc unum semper, modum scilicet dandæ Latinæ libertatis hodie esse modum dandæ civitatis Romanæ. Et idem etiam Dominus nescit quid apud Cornelium Tacitum sint familiarum adjectiones, quas scribit fuisse datas illis populis Hispaniæ, cum scribit familiarum adjectionem, id est, jus succedendi suis libertis, vel suis clientibus, quod nec probaverim unquam. Et manifestius ex Livii 43. discamus licet, familias adiicere, esse augere colonorum numerum: Hæc sunt verba Livii elegantissima, quæ explicant hunc locum: *Eo anno postulantibus a Senatu Aquilejensium legatis, ut numerum colonorum augeret, mille & quingentæ familiæ ex Senatusconsulto scriptæ, triumvirique, qui eas deducerent, missi sunt*. Adjectiones autem, de quibus intellexit Justinianus illo loco, dum scribit, se vias faciendi Latini, fecisse vias adipiscendæ civitatis Romanæ cum adjectionibus quibusdam: puta dum constituit, ut per epistolam servus fieret civis Romanus, qui olim fiebat Latinus tantum, non quidem simpliciter per epistolam, sed cum hac adjectione, si epistolæ subscripsissent 5. testes. Et ita etiam servum manumissum inter amicos fieri civem Romanum cum hac adjectione, si hoc fiat præsentibus testibus quinque, vel intervenientibus actis, quibus subscribant quinque testes. Eæ sunt adjectiones, nam nudum sermonem domini inter amicos non vult facere civem Romanum, nudamve præsentiam domini: exigit præsentiam quinque testium. Sexta Synodus tamen habita in Trullo, quod fuit palatium cujusdam Imperatoris Constantinopoli, exigit tantum tres testes *Canone* 85. Recte autem manumissum inter amicos, vel per epistolam adhibitis quinque testibus, recte eam epistolam, vel ea acta, dicit esse imitationem codicillorum, quia scilicet in codicillis tot testes, scilicet quinque exiguntur, *l.ult. sup.de codicill.* Persequemur etiam cursim reliquos modos. Latinus fiebat servus, quem dominus in adversa valetudine exposuisset, & dereliquisset, ubi convaluerat, Latinus fiebat ex edicto Claudii, de quo est *lex 2. D.qui sine manumiss. ad libert.perven.* qua de re etiam Svetonius scripsit in *Claudio cap.* 25. Et Dio *ad finem libri ultimi*. Hodie fit civis Romanus servus *ἀπρονόντος*, *duquel le maistre ne fait aucun conte*: male vulgo interpretantur, quid sit *ἀπρονόντος*. Sic vocatur in Basilicis, & Harmenopulo. Fiebat etiam ex Latina, quæ vendita fuerat sub conditione, ne prostitueretur, si prostituta fuisset contra legem venditionis, hodie fit civis Romana. Item Latinus, aut Latina fiebat, qui, quæve ex voluntate defuncti, vel heredis pileatus præcessisset funus defuncti, ut populo pateret, aut videretur defunctus multos servos fuisse ab eo perductos ad libertatem captandæ falsæ opinionis, vel aucupandæ humanitatis defuncti, quæ tamen dissimulatio ita coercebatur, ut qui pileati præcessissent funus defuncti, fierent Latini, nec manerent servi. Idemque est, ut eleganter ait, si in funere quidam fuerint adhibiti servi defuncti, qui stantes ad lectum, sive feretrum, *cercueil, ou biere* defuncto veluti ventum facerent: Sic est explicandus locus ille, ut etiam Latini fierent constitutum erat, hodie fiunt cives Romani. Item si quis testamento manumissus sit hac lege ut fieret Latinus,

fie-

fiebat Latinus, hodie civis. Item si pendente conditione libertatis datæ testamento, servus sit manum. ab herede vindicta, fit Latinus tantum, hodie civis, & existente conditione libertatis libertus Orcinus, deficiente libertus heredis. Idem est, si detur pretium servi domino, ut eum manumittat, quia domino non manumittente fit Latinus, hodie civis. Idem evenit, si dominus ancillam collocaverit in matrimonium libero homini, ut fiat civis Romana, quæ ex hac causa olim tantum fiebat Latina. Item, ut si inter acta, quæ eleganter vocat figuram judicii, & quæso notate hunc locum, quod fit inter acta, *au greffe*, videatur fieri in judicio, in figura judicii, si, inquam, inter acta servum suum filium nominaverit, ut hæc nominatio veluti in judicio facta civem Romanum faciat, quæ olim faciebat tantum Latinum. Ac postremo si instrumentum emptionis servi, si instrumentum servitutis, dominus servo det, quo casu etiam exigitur præsentia quinque testium, si, inquam, illis præsentibus, ei reddat instrumentum servitutis, vel si coram eis instrumentum conscindat, fit civis Romanus, qui olim Latinus tantum. Et eodem argumento legimus debitorem liberari, si creditor ei chirographum reddiderit, vel si id corruperit, & consciderit, *l.4.ff.de pactis*. Optatus Afer libro contra Donatistas: *Extorta creditoribus chirographa reddebantur*. Quod est etiam in Augustini epistola quadam ad Bonifacium. Et sic D.Ambrosius 1. Officior. *est etiam illa benevolentiæ liberalitas, ut si quod habes debitoris chirographum, scindens restituas, nihil a debitore consecutus debiti*. Et in libro de Nabuce *cap.13. Cautionem quoque, si quam habui, debitoris, scissam sine debiti recuperatione reddidi*, quomodo significat liberatum fuisse debitorem ære alieno. Quomodo etiam dicimus, liberum fieri servum reddito instrumento servitutis.

AD TITULUM VII.

DE COMMUNI SERVO MANUMISSO.

UT titulo quinto, & sexto Justinianus jus vetus abrogavit, ita in hoc titulo idem abrogat, quod scilicet olim obtinuit in communi servo manumisso ab uno ex sociis. Et eleganter *lex 2. h.t.* servum communem apud unumquemque dominum partim esse proprium, partim alienum: quod & de re qualibet communi dici potest, ut scil. definias eam esse rem communem, quæ partim est propria, partim aliena. Ideoq; unus ex sociis dominis servo communi potuit legatum relinquere cum libertate, ut servo proprio, & sine libertate, ut servo alieno, ut Ulpianus quoque *regularum tit.22.* scribit, servum communem ab uno ex dominis recte heredem institui cum libertate, quasi proprium, & sine libertate, quasi alienum, qui si per omnia esset proprius, si in solidum esset proprius, non posset institui, nec posset ei legari utiliter sine libertate. Et hoc idem ostendit *lex 3. in princ. & lex 6.§.pen. D.de hered.instit.* Et eadem ratione, ut ostendit *l.2. h.t.* servus communis ab uno ex dominis alii potuit legari, non tantum per damnationem, sed & per vindicationem, ut proprius servus. Nec enim ideo minus est proprius noster, quod sit & proprius alterius. At dubitabatur valde, an etiam servo communi unus ex dominis possit directo libertatem dare vindicta, vel testamento: nam ut alienum, id est, si servum communem accipias pro alieno, non potest ab uno domino directo manumitti, per fideicommissum potest. Sed si accipias pro proprio, potest & ab uno ex sociis directo manumitti vindicta, vel testamenro: in causa libertatis, valde dubitabatur, utrum servus communis esset accipiendus tanquam proprius, an tanquam alienus: in causa, inquam, libertatis dandæ ab uno ex sociis: Et placebat olim unum ex sociis directo manumittendo servum communem, amittere partem suam, eamque adcrescere socio, qui non manumisit, auctore Ulpiano *libro regular. t.1.* & Paulo 4.

A *Sentent. tit. de manumissionibus*. Igitur servus communis manumissus directo ab uno ex sociis non perveniebat ad libertatem, sed manumittentis pars adcrescebat non manumittenti: denique veteres hac in re non pro libertate pronuntiabant, sed pro servitute, quod libertas non posset dividi, id est, ut qui non potest fieri liber pro parte, maneret servus. Post vero paulatim res ita processit, ut tandem sublato illo jure adcrescendi, Justinianus favore libertatis statueret, servum communem pleno jure liberum fieri, optimoque jure, quem unus ex dominis directo manumisisset præstita parte pretii sui domino, qui non manumisisset, vel eo nolente accipere partem pretii, oblata ea, & obsignata & deposita in æde sacra, vel in tabulario urbis, a quo tempore pecuniæ oblatæ, & depositæ periculum pertinet ad socium, ad eum, qui B pecuniam noluit accipere; ut *l.2. in fi. h. t. l.acceptam, sup.de usuris:* Nam ea oblatio & depositio solutionem imitatur, *l.9. in fi.de solut.* Atque ita socius, qui non manumisit servum, cogitur partem suam vendere, ut servus liber efficiatur ex voluntate alterius domini, & vendere, vel ipsi manumisso, vel manumissori, vel heredi manumissoris: nam & ex constitutione D. Severi, ut Justinianus scribit in *l.1. h.t.* Marcianum retulisse in Institutionibus (sic est corrigendum, non in constitutionibus) milite testamento manumittente servum communem verbis directis, heres ejus cogitur redimere partem socii, quatenus servo competat libertas: imo & pagano manumittente servum communem, ut scribit in *h. l.1.* quæ valde singularis est, cum varias citat constitutiones, variasque auctoritates juris auctorum, scribit, inC quam, ex alia constitutione D. Severi & Antonini socium socio manumittere volenti, compelli vendere partem suam, pretio constituto arbitrio Prætoris, ut servus perveniat ad libertatem. Regulariter nemo vendit invitus, sed favor libertatis hoc extorquet, ut socius invitus vendat partem suam alteri socio servum manumittente, ut prævaleat sententia mitioris, quam durioris domini. Et (†) scribit etiam sensisse sextum Ælium antiquum interpretem duodecim tabularum, ut socius non manumittens manumittenti invitus vendat partem suam. Et hanc sententiam Sexti Ælii referre Ulp.6. *Fideicommissorum*, & Paulum 3. Itemque Marcellum in notis ad digesta Juliani, quam ego notam Marcelli ad Julianum, id est, 30. Digestorum, adhuc residere opinor in *l.si servus, ff.de vulg.substit.* Illo loco, *quod si neque a patre, &c.* D Lex inscripta est Juliano, & agit de servo communi, quem unus ex dominis substituit filio impuberi: & hunc ait esse redimendum a patre, vel a fisco, ne inanis sit substitutio pupillaris scripta cum libertate, ut proponitur, servi communis. Et subjicit: quod si neque a patre, neque a filio redempta sit pars servi, æquitatis rationem suggerere, ut servus pretium partis suæ offerens, & libertatem, & hereditatem consequi possit ex substitutione pupillari, mortuo impubere intra pubertatem. Hunc postremum versum dico esse notam Marcelli, cujus mentio fit in hac *l.1.* quod sciam scriptis Juliani solere misceri notas Marcelli, etiam non notato Marcelli nomine. Tandem vero ad extremum Justiniano placuit absolute, & protinus, ut fiat liber servus communis, quem unus ex dominis directo manumittit, sed ut compellatur parE tem sui pretii præstare domino, qui non manumittit, ne ea res ei sit fraudi: nam nec liber quisquam fieri debet cum detrimento alterius. Et eadem æquitas valet in specie *legis duobus, ff. de liber. causa*. Duo sunt socii, qui hominem vindicant in servitutem, ut servum communem, sed vindicant eum separatim, id est, separatis judiciis, non apud unum eundemqne judicem, & evenit, ut unus vincat servum uno judicio, alterum vincat servus altero judicio, quid fiet? Nam homo dividi non potest, id est, non potest pro parte duci in servitutem, pro parte in libertatem: Veteres statuebant ducendum esse in servitutem: sed quod puto additum in *l. duobus* a Tri-

(†) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.2. cap.11.*

Triboniano ex mente *h. l.* 1. Commodius est, inquit, favore libertatis liberum eum esse prævalente sententia ejus judicis, qui secundum libertatem litem dedit: sed compelli servum victori partem præstare pretii sui, arbitrio boni viri, aut sane ducendus fuit in servitutem in totum, aut in libertatem: & melius est eripi eum in libertatem: quia dividi non potest, *l. alieno*, §. 1. *ff. de fideic. libert.* Quamobrem lex Falcidia non minuit libertatem: quia libertas est res individua, *l. Papinianus*, §. 4. *ff. de inoffic. testam.* Et hæc individuitas magis facere debet, ut fiat liber, quam ut fiat servus, id est, ut proniores nos faciat ad id quod est humanius, ad libertatem, quam ad servitutem. Deminutio, quæ fit ex lege Falcidia, sive resciffio, divisio est, ut in *l. si debitor*, §. *pen. ff. de fideic. libertat. si divisum fuerit fideicommissum*, per legem Falcidiam scilicet, quæ fideicommissa, & legata dividit pro quadrante, & pro dodrante. Secundum hæc, quæ diximus, hodie si unus ex dominis servum communem heredem instituerit, vel ei legaverit cum libertate, hereditas, & legatum pertinet ad servum, quoniam liber fit: olim adquirebatur socio non manumissori, ut nominatim Paulus scribit 3. *Sent. tit. de leg.* Sed si sine libertate eum heredem scripserit, vel ei legaverit, servus erit communis inter alterum socium, & heredem testatoris: hereditas autem tota, & legatum totum adquiretur alteri socio, quod optime probat *l. verum*, §. *si servo*, *ff. pro soc. l. Plautius*, *ad leg. Falcid.* Hic non est omittendum, quod definitur in *l.* 2. unum ex dominis, qui partem, quam habet in servo communi, legat ipsimet servo, videri eum testamento manumisisse, & ideo in eo esse servanda ea omnia, quæ ante dicta sunt ex *l.* 1. de communi servo manumisso ab uno ex dominis.

AD TITULUM VIII.

DE SERVO PIGNORI DATO MANUMISSO.

JAM a titulo septimo cœpit quodam modo tractare de his dominis, qui manumittendo servos, liberos eos non faciunt: nam si respicias ad jus vetus, unus ex dominis manumittendo servum communem, eum liberum facere non potuit. Huic additur alius casus in hoc tit. Puta, debitor, qui servum suum pignori dedit, vel obligavit, ut ait *l.* 3. nam hac in re non est differentia inter pignus & hypothecam, id est, nihil refert servus pignori traditus sit corporaliter, an hypothecæ oppositus nuda conventione, sine traditione corporis. Et de hujus generis servo ita invenio esse scriptum in reliquiis regularum Ulpiani: *servum* (quod notandum, ut restituatur ea sententia) *pignori datum civem Romanum debitor potest facere, nisi solvendo non sit*: obstat enim libertati lex Ælia Sentia, quæ vetat fraudandorum creditorum causa manumissum civem Romanum fieri. Hanc sententiam Ulpian. confirmat aperte *l. generaliter*, *ff. qui & a quib. man. lib. non fi.* quæ ait servum pignori datum pleno jure esse debitoris: & ideo a debitore justam libertatem consequi posse, id est, civitatem Romanam: Nam qui pleno jure dominus est, civem Romanum facere potest, *l.* 11. *sup. de act. emp.* id est, dominus ex jure Quiritum, ut veteres requirebant: is est pleno jure dominus, ut Theophilus loquitur, qui est dominus Quiritarius: nam qui est dominus in bonis tantum, quod regulæ Ulpiani explicant, & Theophilus ipse, qui est dominus Bonitarius, ut idem loquitur, non est pleno jure dominus, & ideo civem Romanum facere non potest. Cum vero debitor servi pignori dati sit pleno jure dominus, ergo, ut ait *d. l. generaliter*, civem Romanum facere potest, nisi lex Ælia Sentia obstet libertati, quæ datur in fraudem creditorum. Idem etiam ostendit *lex* 1. *sup. de necess. hered. instit.* debitorem scilicet, qui est solvendo, posse manumittere servum pignori datum, non etiam eum, qui non est solvendo, propter legem Æliam Sentiam. Verum huic sententiæ valde obstat *lex* 3. *de manumis.* quæ abscise ait debitorem etiam locupletem, id est, qui est solvendo, servum pigneratum non posse manumittere, quod & probat *l.* 1. *hoc tit.* cujus sententiam exponamus, prius cum ea conjuncta *l.* 1. *in fin. de rem. pig.* quæ est eadem de re, & habet inscriptionem & subscriptionem eandem, ut inde utrique legi lux reddatur clarior. Quæstio primum est de servo dotali: Servum dotalem maritus ut dominus, etiam invita uxore manumittere potest, si solvendo sit, quia lex Julia prohibet alienationem fundi dotalis, non manumissionem servi dotalis. Idemque juris est in eo servo, quem maritus ex pecunia dotali comparavit: nam & hic intelligitur esse dotalis, *l. res quæ*, *ff. de jur. dot. l. ult. h. t.* Et hunc igitur & illum servum maritus ut dominus, etiam invita uxore manumittere potest, si solvendo sit, si locuples sit: nam si solvendo non sit, libertati obstat lex Ælia Sentia, quæ fraudem facit doti quandoque reddendæ uxori, *l. servum dotalem*, *ff. qui & a quibus manum. lib. non fi.* Ut autem maritus locuples possit manumittere servum dotalem invita uxore, hoc verum est cum hac exceptione, quam ponit *l.* 1. *h. t.* nisi idem servus dotalis sit uxori specialiter pigneratus ob creditam pecuniam, ut in *d. l.* 1. *de remiss. pign.* nam hoc casu propter nexum pignoris specialem, non poterit servus dotalis manumitti invita uxore, id est, contradicente uxore: nam taciturnitas uxoris similis est consensui, ut indicat *d. l.* 1. *de remiss. pigno.* quæ, ut dixi, conjungenda est cum hac *l.* 1. Utraque scripta est ad Proculum servum dotalem manumissum a marito, qui tamen ob creditam pecuniam uxori erat specialiter obligatus: Et ex sententia hujus legis apparet eum, qui solvendo est invito creditore non posse manumittere servum pignori obligatum, vel traditum. Sed respondendum (ne qua repugnantia resideat inter auctores) sane manumissum ab eo, qui solvendo non est, non fieri liberum, nisi satisfiat creditori, vel nisi satis offeratur, ut *l.* 5. *hoc tit.* Alioqui si satis offeratur creditori, qui solvendo est, jure manumisit servum pignori datum, fecitque civem Romanum: & eadem subauditione nos uti oportet ad *l. generaliter*, §. *si quis servo*, *ff. de fideicom. libert.* Species hæc est. Debitor servo pignerato in testamento dedit directam libertatem: ipso jure non valet libertas, sed ex æquo & bono verba directa inflectentur ad fideicommissum, & perinde erit, ac si per fideicommissum is servus manumissus fuisset, atque ita perveniet ad libertatem, non tamen antequam satis factum sit creditori, & ideo Græci interpretes rectissime in illo §. supplent hæc verba, *soluto tamen debito*. Item notandum est, quod dicimus servum pignori datum a debitore inutiliter manumitti, ita verum esse, si sit pignori datus specialiter, non si generaliter, ut cum quis obligat omnia, quæ habet, quæque habiturus est. Generalis hypotheca non impedit manumissionem servi, quæ est in bonis, imo nec tacita hypotheca, nec quam fiscus habet semper, *l. aufertur*, §. *fiscus*, *ff. de jure fisci.* Tacita etiam hypotheca non impedit manumissionem servi, *l.* 2. & 3. *hoc tit.* nisi favore pupillorum, *l.* 6. *hoc tit.* Sciendum est, ea, quæ tutor comparavit sibi ex pecunia pupilli, pupillo tacito jure obligata esse una cum ceteris bonis omnibus, quæ tutor habuit initio susceptæ tutelæ, ex constitutione fratrum, ut ait *lex* 6. & *l.* 3. *ff. de rebus eor. qui sub tut. vel. cura.* Unus hic est favor pupillorum, ut comparata ex eorum pecunia, tacite eis obligata sint, hoc enim idem alii non habent, in *l.* 17. *in fi. de pign. l. licet*, *in fi. qui pot. in pignor. hab.* Igitur plus favoris tribuitur in *l.* 6. pupillis, quam fisco in *l.* 2. quoniam & hic pupillis tribuitur favor, ut tacita hypotheca, quæ eis competit, impediat manumissionem servi, & tacita tamen hypotheca, quæ fisco competit, non impedit manumissionem servi: nam excepto illo favore pupillorum, hac in re est differentia inter specialem, & tacitam hypothecam: quia quodammodo creditori magis nexa sunt ea, quæ specialiter obligata sunt, quam quæ generaliter & perfusorie, quæ specialiter, quam quæ tacite, ut in *l. pen. ff. in quibus causis pignus, vel hypotheca tacite contrahat.* Illud non

non eſt dubium conſentiente creditore ſervum pignori datum recte manumitti, ut in *l. 4. hoc tit. l. qui in fraudem, ff. qui & a quib. manumiſſi liberi non fiant.*

AD TITULUM IX.

DE SERVIS REIPUBLICÆ MANUMITTENDIS.

SERVOS Reipublicæ vocat ſervos populi Romani, vel alterius civitatis: quod ante conſtitutionem Arcadii & Honorii (id eſt, *l. generali, in fi. de tab. lib.* 10. quæ vetat ſervos homines præeſſe, vel intereſſe tabulario civitatis, vel tabellis, aut actis publicis) Ante eam legem, inquam, ſervi publici erant deputati tabulario civitatis, quod Græci vocant λογιστήριον, quod in eo ſubducantur rationes publicæ: proinde deputati erant rationibus, tabellis, & chartis publicis, & recte *l. 3. h. t.* ſignificat, tabul. adminiſtr. eſſe actum ſervilem: quem tamen liber homo, ſi velit, gerere poterit, & ita Livius *lib.* 34. *Cenſores*, inquit, *ſignatis tabellis publicis, clauſo tabulario, dimiſſiſque ſervis publicis, negarunt ſe quidquam publici negotii geſturos*. Sed & ſervos publicos in Senatu fuiſſe adhibitos ad acta Senatus excipienda, aut regerenda Capitolinus in Gordanis indicat, dum ait, tacito Senatuſconſulto faciendo nullos intereſſe ſcribas, nullos ſervos publicos. Utebantur etiam ſervis publicis ſinguli cives, quanquam non ſingulorum civium eſſent ſervi, ſed Reipublicæ: ut ſcilicet publici illis ſtipularentur, quod in rem eorum erat, & ex uſu, vel ex neceſſitate, cum videlicet ipſi non poterant ſtipulari propter ætatem, nec poterant huic rei adhibere liberum hominem, qui liber homo alii ſtipulatur inutiliter, nec habebant alium ſervum proprium, qui ipſis ſtipularetur, cum uterentur opera ſervi publici. Servus publicus unicuique ex civibus ſtipulatur recte, *l. non aliter, de adopt. l. 2. rem pup. ſalv. l. orphanotrophos, ſup. de epiſ. & cler. §. cum autem, Inſt. de adopt.* Legi etiam apud Ulpianum in ſecundam Olinthiacam Demoſthenis, Athenis fuiſſe ſervos publicos, peritos literarum, quos mittebant in bellum cum Imperatoribus, & Quæſtoribus ad conficiendas rationes accepti & expenſi: ut finito bello in reddendis rationibus veritatis eruendæ cauſa, de eis ſervis haberetur quæſtio: quia non licebat torquere civem Athenienſem, ſicut non licet civem Romanum: fraude autem ducis, vel Quæſtoris comperta per ſervum publicum, tum in eum lege agebatur, non habita ratione libertatis: Et hac in re præcipue utebantur ſervi publici bona & fideli opera: ut eleganter ſcripſit ille Demoſthenis interpres. Servus publicus populi Romani unum habuit præcipuum, quod non habuerunt ſervi aliarum civitatum: nimirum jus teſtamenti faciendi de parte dimidia bonorum, ſive peculii, ut Ulpianus ſcripſit in regulis *tit.* 20. Sicut is, qui ſe impuro flagitio turpificavit, etiam parte tantum dimidia jus teſtamenti faciendi habuit, ut Paulus ſcripſit *Sententiarum lib. tit. de adulteriis*. Ex Novella autem Leonis 38. ſervus non publicus, ſed ſervus fiſci, ſervus Principis, plenam teſtamenti factionem habet: verum ab inteſtato heredem habere non poteſt: ſicut in titulo de bonis maternis docuimus, filiumfamilias in caſtrenſi peculio teſtamentarium heredem habere poſſe, non legitimum: & pari modo virginem Veſtalem. Servos autem publicos manumittendo Reſpublica olim non faciebat cives Romanos, ſed Latinos. At ex lege Vettii Lybici (ſic eſt legendum in *l. 3. h. t.*) eos manumittendo Reſpublica cives Romanos facit. Fuit quædam Vettiorum familia Romæ: nam & Vettium Rufinum legimus, qui fuit præfectus urbi, *l. 1. ſup. de bonis maternis*, in ſubſcriptione: & Vettium Atticum, & Lucium Vettium, qui detexit conjurationem Catilinæ apud Dionem, & hunc Vettium Lybicum. Et cum pertineret ea lex tantum ad urbem, & municipia Italiæ, deinde porrecta eſt etiam ad municipia provincialia, ut ait *h. l. 4.* Senatuſconſulto facto Juventio Celſo & Neratio Priſco conſulibus: cujus conſulatus fit mentio in *l. 2. de orig. jur.* Et ita cum lex Attilia de tutoribus dandis locum haberet in urbe tantum, deinde lege Julia & Titia porrecta eſt ad provincias, ut eſt in Inſtit. *tit. de Attil. tutore*, ante legem Vettii Lybici, etiam Reſpublica ſervos ſuos manumittere poterat, ſed Latinos eos faciebat, non cives Romanos, ut dixi. Varro 7. *de lingua latina*: *Habent plerumque libertini nomen a municipio manumiſſi*. Et recte nomen a municipio: nam (ut ſcitis) liberti aſſumebant nomen patroni, ut Tyro libertus M. Tullii aſſumpſit nomen Tullii. Libertus autem civitatis nullum alium habet patronum, quam civitatem, aut Rempublicam, non ſingulos cives, *l. non tantum, §. 1. de rer. div. l. ſed ſi hæc, §. qui manumittitur, de in jus voc.* Sumit igitur nomen a municipio, puta ut dicatur Faventinus a Faventia, Valentinus a Valentia: in provinciis autem ſervi publici, ut erat cautum legibus municipalibus, & conſtitutionibus Principum hac forma obſervata, plerumque manumittebantur, puta ex decreto ordinis, & decurionum, & Præſidis provinciæ, & in locum manumiſſi dato ſubdito vicario, *l. 1. & 2. hoc tit. l. 1. in fi. ne quis liber invitus act. ger. cogatur lib. 10. l. 1. de libert. univerſ. l. 3. de man. quæ ſer. ad univerſ. pert. &c.* Ita vero perveniebant ad Civitatem Romanam, nec reduci poterant in ſervitutem, licet poſtea tabulario civitatis ſerviſſent ſua ſponte, vel publice geſſiſſent alium actum civitatis: nam ex actu ſervili ſolo non poſſunt duci in ſervitutem nullo juſto titulo præcedente, *l. 6. inf. de ingen. manumiſſ. l. 2. h. t.* quæ lex 3. eſt conjungenda, ut paritas inſcriptionis demonſtrat cum *l. 1. ſup. de jure aur. annul.* Ex utriuſque conjunctione emergit hæc ſententia, ordinem decurionum ſervum publicum donare civitate Romana, non etiam donare ingenuitate, non reſtituere eum natalibus, hoc ſolius eſſe Principis.

AD TITULUM X.

DE HIS, QUI A NON DOMINIS MANUMISSI SUNT.

IN hoc titulo oſtenditur, ſervo alieno directam libertatem dari inutiliter invito domino, fideicommiſſaria poteſt dari, *l. alieno, de fideicom. libert.* Directa inutilis eſt, & tamen venditio alieni ſervi valet, non quidem ut præjudicet domino ſervi, quia eſt ſatis illicita venditio, ut ait *l. 1. ſup. de commun. rer. alienat.* Et certe non fit jure, ut ait *l. 3. ſup. de rei vindicat.* non etiam ut mutet conditionem ſervi, ſed ut naſcatur obligatio inter venditorem & emptorem. Manumiſſio ſervi alieni nullam conſtituit obligationem, quæ facta eſt directo, conſervatur tamen libertas, quæ data eſt ſervo alieno, ſi dominus noluit eam revocare, id eſt, ſi dominus contentus ſit pretio ſervi, *l. 1. h. t.* in qua ſine articulo *vel*, Græci legunt ita recte, ut *pretium eorum dominis, ſi hoc elegerint, dependat quanti ſua intereſt*. Unde ibi Thalelæus notat, idem eſſe pretium, & id quod intereſt: ut non abs re quidam definiant id quod intereſt, pretium rei, quia certe id quod intereſt, plerumque non egreditur pretium rei: ſed tamen aliquando egreditur, ſi plus interſit, quam res valet, aut empta eſt, *l. 1. de act. empt.* Interdum etiam minoris intereſt, quam res eſt, ut oſtendit *l. 9. inf. ad exhibend.* id eſt, minus utilitatis nobis abeſt, quam ſit in pretio rei. Nam ut vere definiatur, id quod intereſt nihil aliud eſt, quam utilitas, quæ nobis abeſt. Servi alieni manumiſſio directa non valet, ſi fiat verbis directis: hoc *l. pen.* oſtendit verum eſſe, etiamſi pater manumittat ſervum filii, puta caſtrenſem conſentiente filio minore 20. annis: nam manumiſſio non valet: ſed hoc non tam quod ſit alienus ſervus, quam quod manumiſſio fiat contra legem Æliam Sentiam, quæ vetat minorem 20. annis ſervos manumittere ſine conſilio Prætoris, aut Præſidis, & probatione cauſæ: Nam in majore 20. annis aliud dicerem, quia ipſe filius videtur manumittere, dum ſervum ejus conſentiente eo pater manumittit, in cujus poteſtate eſt, ſicut e contrario cum

filius

filius servum patris manumittit consentiente patre, ipse videtur manumittere, *l. matrimonii, de ritu nupt.* Sed si proprietario, aut debitori manumittenti servum consentiat minor 20. annis, qui in servo habet usumfructum, vel jus pignoris, manumissio valet: nec est contra legem Æliam Sentiam, quia non manumittitur servus minoris, sed alienus, *l. 2. l. si pater, §. ult. ff. de manu. vind.* In hoc proposito, quod notandum, dominum accipimus pro pleno domino, nam fructuarius non potest manumittendo servum perducere ad libertatem, quia non est plenus dominus, *l. 9. sup. de testam. man. l. 4. & 5. sup. hoc tit.* Idemque est in eo, cui relictum est ministerium servi, *l. 4. hoc tit.* ministerium est simile usuifructui, *l. 9. sup. de usu & habitat.* Nudus quoque proprietarius sine consensu fructuarii frustra manumittit, sed manumittendo amittit dominium secundum jus vetus, ut idem Ulpianus scribit *in regulis tit. 1.* & probat *lex quoties, in fin. de hered. instit.* & servus est sine domino, ut servus habitus pro derelicto, servus est sine domino, ut ait *l. quemadmodum, §. 1. de noxal. action.* Is quoque liber homo, qui se patitur vendi ut servum, servus est sine domino, si quis sciens eum esse liberum, vendat, & cedat usumfructum ejus eo patiente, nam usufructus recte constitutus intelligitur. At qui mala fide hoc perpetravit, non habet dominium servi: denique servus est sine domino, *l. si usumfructum, de liber. causa.* Hodie autem ex *l. 1. inf. comm. de manum.* si nudus proprietarius manumiserit servum, in quo alius habet usumfructum, fit liber, & libertus proprietarii, sed quasi servus permanet apud fructuarium, quoad finitus fit usufructus: & ex contrario, si fructuarius manumiserit servum fructuarium in gratiam servi, manet servus, nec tamen quandiu vivit fructuarius cogitur observare dominum, non cogitur servire domino, non præbere ministerium, sed quietam agit vitam sine servitute, quamdiu vivit fructuarius, qui isto beneficio ipsum donavit, ut neque ipse, neque alius eo servo uteretur, frueretur, ex constitutione Justiniani *inf. l. 1. commun. de manumiss.* Postremo addamus ex hoc titulo venditorem, & donatorem servi esse dominum, antequam servum tradat, & recte manumittere igitur eum servum, *l. 3. & 5. hoc tit. l. 11. sup. de action. empt.* Sed venditor tenetur emptori actione ex empto in id quod interest, nec revocatur libertas, quæ recte data est. Donator autem tenetur donatario condictione ex lege in id quod interest, prodita a Justiniano in *l. pen. inf. de don.* Item dominum esse emptorem, cui servus traditus est a venditore, licet eum emerit mandato alieno, & nec dum tradiderit mandatori, quæ est sententia *l. 2. hoc tit. & l. res quas, de acqu. rerum domin.* Et hoc si ei servus traditus sit a venditore suo nomine, alioquin obstaret *lex qui mihi, de donation.* Obstarent & multæ aliæ similes, quæ sic accipiendæ sunt, ut si procuratori res tradatur nomine mandatoris, dominus fiat mandator, non si nomine proprio procuratoris ipsius, ut in hac *l. 2. & d. l. res quæ.* Legem ultimam exposuimus in tit. 1. hujus libri.

AD TITULUM XI.

QUI MANUMITTERE NON POSSUNT, ET NE IN FRAUDEM CREDITORUM MANUMITTANTUR.

JAM a titulo septimo cœpit tractare de iis, qui servos suos, vel olim non potuerunt, vel hodie non possunt facere liberos, & cives Romanos: ut quos habent communes cum aliis, secundum jus vetus, & etiam hodie, quos creditoribus suis obligaverunt, & olim quoque Respublica publicos servos non potuit donare civitate. De servis alienis, qui manumittuntur directo a non dominis, illud etiam est compertissimum, eos non perduci ad libertatem. Nunc iis adduntur hoc titulo servi principis, Imperatoris, ut scilicet non possint manu-

A mittere vicarios, sive peculiares servos suos, *l. 2. hoc tit.* quamvis eorum sint domini quodammodo. Servus ordinarius est dominus servi vicarii, id est, peculiaris, quem ordinarius habet in peculio, *l. si servus meus, D. de pecul.* quod si servus Principis non potest manumittere servum peculiarem, multo minus servus privati hominis: Nam generaliter verum est quod ait *l. 9. ff. qui & a quib. manum. lib. non fiant*, nullam competere libertatem, ut recte in Flor. legitur, datam ab eo, qui postea servus ipse pronuntiatur: denique servus non potest facere liberum, ut non dominus non potest facere dominum, nec plus juris quisquam dare, quam ipse habeat. Et ita ex *l. 1. sup. de test.* intelligimus, nullum esse testam. obsignatum ab eo, qui postea servus ipse pronuntiatus est, quia servus non est idoneus signator testamenti, non est idoneus testis, non B est classicus testis: Nam a veteribus Classici testes dicebantur, qui adhibebantur in testamentis. De servo Principis dubitabatur, quia servus Principis pleraque jura præcipua habebat, quæ non habent servi privatorum, ut ex *Novella Leonis* 38. Servus Principis de suo peculio testamentum facere potest. Ergo & de servo peculiari, sive vicario: *c'est tout un.* At inter vivos, ut significat *l. 2.* servus Principis, nec per se, nec per interpositam personam, ut ait, veluti per imaginarium emptorem, servum vicarium manumittere potest: nam in jure hoc fere perpetuum est, ut quod quis per se non potest, non possit etiam per suppositam personam, *l. aufertur, §. quod a præside, ff. de jur. fisc.* ne fraus fiat legibus, *l. 2. §. 1. ff. de administrat. rer. ad civitat. pertin. l. quæritur, ff. de bonis libert. l. 3. §. non tantum, ff. de donat. inter vir. & ux. l. 58. Cod.* C *Theod. de hæreticis, l. 20. C. Theod. de epis. & clericis.* Et ita etiam ut ostenditur in *l. 4. h. t.* minor 20. annis non potest manumittere servum suum per interpositam personam, ut si cui tradat servum majori 20. annis, verbi gratia ex causa donationis, vel ex causa simulatæ venditionis, ut eum manumitteret: ea traditio nulla est, quia fit in fraudem legis Æliæ Sentiæ, quæ non permittit minori 20. annis servum manumittere, nisi causa probata apud consilium. Si donet, aut vendat servo alterius, qui sit major 20. annis, recte ab eo poterit manumitti, non si sit interpositus manumittendi causa, ut summoveatur fraus, quæ hac ratione fit legi Æliæ Sentiæ. Et hoc quoque casu cessat constitutio Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, ut venditus, aut donatus ea lege, ut manumittatur, cessante eo, cui servus traditus est ea lege, ipso jure D fiat liber: ea, inquam, constitutio cessat hoc casu, quia neque facto ejus, cui traditus est ea lege, neque ipso jure is servus liber fieri potest, ne fiat fraus legi Æliæ Sentiæ, *l. verum, §. quod si minor, ff. de minor.* & duabus legibus, quæ objiciuntur huic legi 4. in ea Accursius rectissime respondit, & perspicue. Ea igitur præmittam, & adjiciam quod ait *d. l. 4.* ut minor 20. annis servum suum non possit manumittere per subjectam personam, hoc esse ex S.C. quod sit factum circa legem Æliam Sentiam, ne per se possit manumittere sine consilio, & approbatione causæ. Lex Ælia Sentia fecit, quæ restitit consilio adolescentis parum firmo, ut eleganter ait lex 4. *D. de servis export.* Parum firmo, inquit: nam ante 20. annum non est confirmata ætas, sed a vigesimo incipit firmata ætas, quæ dicitur, *l. 1. C. Theod. de iis, qui veniam ætatis impetraverunt.* E Et illo loco: *hic ubi jam firmata virum te fecerit ætas.* Ne autem idem manumittat per interpositam personam, hoc fecit Senatusconsultum, de quo in *hac l. 4.* Est aliud Senatusconsultum, quod factum etiam fuit ad istud caput legis Æliæ Sentiæ, quod proponitur in *l. 1. D. de officio procons.* Ut si quis apud unum consulem ediderit nomina manumittendorum vindicta, ut apud eundem expediat manumissionem, peragatque solemnia, non apud collegam, nisi is, apud quem nomina edita sunt, impediatur infirmitate, vel alia justa causa. Est etiam aliud Senatusconsultum factum ad id caput legis Æliæ Sentiæ, quod proponitur in *l. si collactaneus, in fin. de manum. vind.* Justam causam manumissionis esse, si minor 20. annis velit ancillam suam manumittere matrimonii causa:

hanc causam concilium Prætoris facile probaturum. Sed A debere exigere jusjurandum a minore 20. annis: quo juret se eam ducturum intra sex menses ex Senatusconf. Legem semel latam solebant sequi multa Senatusconsulta, quibus dubitationes ortæ ex lege tollebantur. Non est prætermittendum, quod Justinianus derogavit huic capiti legis Æliæ Sentiæ in *Novella* 119. Nam hæc lex Ælia Sentia & testamento vetabat minorem 20.annis servos suos manumittere, & vindicta, nisi ex causa probata consilio Prætoris, vel Præsidis. At ex Novella Justiniani vindicta quidem non potest manumittere, nisi apud consilium, at testamento manumittere potest, modo sit major 14.annorum, aut mulier 12. In hoc titulo proponitur etiam aliud caput legis Æliæ Sentiæ, ut scilicet libertates datæ in fraudem creditorum ab eo, qui solvendo non est, vel in fraudem patronorum a liberto, B ut minus debita portione perveniat ad patronum, ipso jure nullas esse, etiamsi heres debitoris, vel liberti sit locuples, parque solvendo, *l*.5.*sup. de testam.manumiss.* *l*.5.& *l*. 18. *qui & a quibus manum. lib.non fiant*. Quia scilicet lex Ælia Sentia statim ab initio libertatem datam in fraudem creditoris, & patroni constituit irritam, denique ipso jure nulla est. At *l*.1.*h.t.* dicit revocari libertatem, unde dicet forte aliquis, ergo ipso jure nulla non est, quæ collectio vera non est: nam Revocari verbum est duplex: vel enim revocari quid dicitur ipso jure, ut hac *l*.1.& in *l.si libertus*, *ff.de jure patronat.* sicut & rescindi ipso jure, *l.hoc modo*, *ff.de condit.& demonstr.* & Rumpi ipso jure, *l.inter cetera*, *de liber.& postum.* vel rescindi, revocari, rumpi quid dicitur non ipso jure, sed beneficio actionis, & sententia judicis: Et serva diffe- C rentiam, quæ est hac in re inter manumissiones, & alienationes: nam manumissiones factæ in fraudem creditorum ipso jure revocantur, & irritæ constituuntur: alienationes autem factæ in fraudem creditorum, vel patronorum, ipso jure non revocantur: imo valent ab initio, sed factæ in fraudem creditorum, postea possunt revocari per Paulianam actionem, §.*item si quis in fraudem creditorum*, *Inst. de action.* Et factæ in fraudem patronorum, per actionem Fabianam testato liberto, vel per actionem Calvisianam intestato liberto, ut in *tit. ff. & C. Si. quid in fraudem patron.* Si libertates ab initio valerent, postea remedio actionis revocari non possent, quia nihil est, quod ægrius revocetur, quam libertas, quæ competiit semel. Idcirco lex Ælia Sentia libertati occurrit statim ab initio, *l.quæ in fraudem*, *ff.qui & a qui-* D *bus manum. lib.non fiant*, *l*.9. *ff.de liber.causa*, & in *Instit. in pr. t.qui & quibus ex caus. manum. non poss.* Rectissime Cornelius Tacitus *libr*.13. *Tarde esse concedendum*, *quod datum non adimeretur*. Ad hæc vero notandum, cum tractatur de libertate data in fraudem creditorum, ut sit ipso jure nulla, inter creditores numerari etiam conditionales creditores, id est, quibus debetur sub conditione: nam & conditionalis creditor est creditor, & obligationem transfert in heredem, & mitti potest in possessionem bonorum debitoris: ideoque (ut dudum ostendi in *l*.8.*ff.qui & a quibus manum. lib.non fiant*) recte ait lex, eum, qui debet sub conditione, si manumittat fraudandorum creditorum causa, locum habere legem Æliam Sentiam: ubi Accursius & interpretes omnes perperam ante Florentinam editionem legebant, *locum* E *non habere*: & perperam etiam legebant, *fideicommissi causa*, cum sit legendum, *fraudandorum creditorum causa*, errore creato ex literis singularis, F. & C. quibus significatur, & fraudandorum creditorum, & fideicommissi. Sed dudum ostendi pro fideicommissi reponendum esse, fraudandorum creditorum causa, quomodo etiam scribunt Græci: πρὸς περιγραφὴν τῶν δανειστῶν: inter creditores etiam numerantur ii, quibus fideicommissum debetur, *l*.1.*h.t.* De iis dubitabatur, quia fideicommissa non sunt juris civilis, non proficiscuntur ex jure civili, sed ex nuda voluntate morientis, quam tuetur Prætor fideicommissarius. Cum ergo lex ait inter creditores numerari etiam eos, quibus fideicommissa debentur, hoc ait, creditores dici non tantum eos, quibus jure civili, sed & eos, quibus jure Prætorio debetur, ut in *l.creditorum*, & *l.seq. de verb.signif.* Ad hæc pertinet etiam *l*.5.*h.t.* quæ docet, servum venditum a debitore fisci, qui solvendo non est, recte manumitti ab emptore: hæc enim est sententia *l*.5. nam in ea *l*.5. pro *emptori*, omnino legendum est *venditori*: ut in Basilicis τῷ πράτῃ. Hæc est sententia *l*.5. & species est ponenda hoc modo. Pater naturalis emit filium suum naturalem servum Lucii Titii ab eodem Lucio Titio, qui erat fisco obæratus multis nominibus, & impar solvendo: mox pater eum manumisit, qui nec eum redemerat, nisi ut eum manumitteret: non videtur data libertas in fraudem fisci per interpositam personam; quia venditori nihil abest, quoniam quidem habet pretium servi: Et observa quod ait *l*.5. quæ est scripta ad eum servum, quem pater naturalis emit & manumisit, quod, inquam, ait, *d.l.is, quem patrem tuum appellas*: lex enim non appellaret patrem: quia neque servi, neque liberti patrem, aut matrem civilem habent, ut eleganter ait Paulus 4. *Sentent. tit*.10. naturalem habet, & ideo liber homo, qui fit servus, qui patitur maximam capitis deminutionem, desinit habere patrem & matrem, civilem scilicet, non naturalem: nam jura naturalia sunt immutabilia. Ad hæc postremo notandum ex *l*.1.*h.t.* hoc caput legis Æliæ Sentiæ pertinere tantum ad directas libertates, nempe ut eæ ipso jure nullæ sint, si dentur in fraudem creditorum, lex Ælia Sentia facit: libertates autem fideicommissariæ, ut ipso jure nullæ sint, lex Ælia Sentia non facit, sed ipsa ratio juris, quia fideicommissa, sive libertatum, sive pecuniarum ipso jure non debentur, nisi deducto ære alieno, & impletis creditoribus. Igitur si bona non sufficiant æri alieno, fideicommissa exstincta sunt, *l*.1. §.*denique*, *ff. ad Treb.* Unde manat illa differentia, in fideicommissariis libertatibus fraudem spectari ex eventu solo, in directis, non ex eventu solo, sed consilio fraudatoris, ex animo manumittentis fraudandorum creditorum causa, *l.ult. h.t.* *l*.4. §.*si quis autem*, *D.de fideicom.libert.* Adnotemus etiam ex hoc titulo non recte manumitti, aut non recte manumissum videri servum a domino, quem populus coegit ut manumitteret, puta, ut ait *l*.3.*h.t.* actorem fabulæ, histrionem, comœdum, qui populo forte placuerit, servum alienum: nam plerunque ubi is, vel saltando scite, vel cantando populum oblectasset, eique placuisset, præsentem forte dominum populus compellebat manumittere, quæ res nihil proficiebat manumisso, *l.si privatus*, *D.qui & a quibus manum. lib.non fi.* ubi etiam additur, quod est in hac *l*.3. Divum Marcum hoc constituisse, ne quis manumitteretur ex acclamatione populi, & ut non videretur voluntate domini manumissus, quem dominus coactus manumisisset, quamvis voluntatem accommodasset: nam qui coactus vult, & vult: Et placet etiam quod adjicit *d. l.si privatus*, eum liberum non fieri, quem dominus mentitus sit liberum esse, ne a magistratibus castigaretur, quod non fuerit ei animus manumittendi. Ubi *ne a magistratibus*, id est, a magistratibus municipalibus, qui in servos tantum habent castigationem, non in liberos homines, *l*.1. *de jurisdict.* Et ita Græci hunc locum accipiunt, cum vertunt ἐκ τῶν στρατηγῶν: nam in libris juris στρατηγὸς semper oportet interpretari magistratus municipales, sive Duumviros. Hoc vero, quod diximus de domino coacto, confirmatur ex *reliquiis regularum* Ulpiani, in quibus ita est scriptum pereleganter: *In his, qui inter amicos manumittuntur, voluntas domini spectatur*, id est, an habuerit propositum manumittendi, & sequitur: *Unde si per vim coactus ab aliquo, vel a populo manumiserit, non veniet servus ad libertatem, quia non intelligitur voluisse, qui coactus manumisit*. Idem est etiam, si Princeps, dum interest spectaculo, vel Prætor, dum edit ludos, coactus sit actorem fabulæ, qui populo placuit, servum manumittere: namque ea manumissio nihil valet, ut legitur apud Suetonium *in Tiberio*, Tiberium rarissime interfuisse spectaculis, ne quid exposceretur, utique postquam fuit coa-

ctus,

ctus, inquit, manumittere Actium Comœdum invito animo suo. Et hoc esse scribit *l.3.* ex Senatusconsulto facto auctore D. Marco, quod est ex oraticne D. Marci: auctore, id est, ex oratione, ut in *l. 1. sup. de petit. hered. l. liberos, sup. de excusat. tutor. l. pen. sup. de magistrat. conveniend.* Et in antiqua inscriptione, in qua est ita: *Ex Senatusconsulto, & ex auctoritate Cæsaris.* Et in alia: *Statuam poni habitu civili pecunia publica Senatus censuit, auctore Marco Aurelio Antonino.* Et hoc intelligitur etiam placuisse D. Hadriano ex Dione *in Hadriano*, qui refert rogante populo Imperatorem, ut servum quendam agitatorem manumitteret, Imperatorem per tabellam respondisse, id a se peti non debere, ut servum alienum manumitteret, vel ut suum invitus manumitteret, quod definit hæc *l.3.* Et eandem legem fuisse Athenis, constat ex Æschyne contra Ctesiphontem: *μήτε οἰκέτην ἀπελευθερῶν ἐν τῷ θεάτρῳ.* Et postremo notandum ex *l. pen.* Tutores etiam non posse præstare libertatem servo sui pupilli, nec eam quidem, quam pupillus debet præstare, puta ex causa fideicommissi, ubi recte Talelæus, dum lex ait, *nec fideicommissariam libertatem, &c.* recte notat verbum *nec* esse conjungendum cum verbo *debitam*, non cum verbo *fideicommissariam*, ne hoc videatur dicere, nec directam, nec fideicommissariam libertatem tutorem præstare non posse, quod esset ineptum dictu, quia directa libertas non præstatur. Et hic est finis hujus tituli.

AD TITULUM XII.

QUI NON POSSUNT AD LIBERTATEM PERVENIRE.

DIxit supra de iis, qui manumittere non possunt, nunc dicit de iis, qui manumitti non possunt, id est, qui apud dominos perpetuam servitutem colunt, quales sunt damnati ob maleficium aliquod in vincula perpetua a Præside provinciæ, vel, ut ait *l. 1. h. tit.* ab eo, qui coercendorum maleficiorum potestatem habet, id est, merum imperium, puta a Præfecto urbi, vel a Procuratore Cæsaris, qui in provincia Præsidis partibus fungitur, vel a latrunculatore, qui extra ordinem dimittitur in provincias ad compescendos, & coercendos latrones, qui in Novellis vocatur *λῃστοδιώκτης, persecutor latronum, & l. 35. §. quæsitum, ff. ex quib. caus. major.* qui dicitur missus ad compescendos malos homines illo loco, in Basilicis uno verbo dicitur *λῃστοδιώκτης*: Ergo ab eo, qui coercendorum maleficiorum potestatem habet, quod merum imperium dicitur, si servus sit damnatus in perpetua vincula, nunquam potest pervenire ad libertatem, si sit damnatus in vincula temporaria, licet interim quamdiu sua pœna fungitur, non potest a domino manumitti, atque adeo nec ex testamento domini capere hereditatem, nec legatum, aut fideicom. quia hæc relinquuntur servis propriis inutiliter sine libertate justa, tamen damnatus servus in vincula temporaria, postquam erit perfunctus sua pœna, a domino manumitti potest: nam temporaria illa coercitio, id est, determinatio certi temporis, quo sit in vinculis, pœnæ abolitio est. Igitur post tempus perduci ad libertatem potest. Et hæc est sententia *l. 1. h. t.* quæ tribuitur Divis fratribus a Papiniano in *l. fratres, ff. de pœnis.* Unde opinor in inscriptione *l. 1.* sic esse legendum. *Impp. Antoninus & Verus Augusti:* ii sunt Divi fratres, vel, ut in quibusdam libris, *Imp. Antoninus Augustus*, suppresso nomine fratris, ut sæpe fit alias: & similiter in subscriptione hujus legis, hoc modo. *Data XVI. Kalend. Julias, ipsis Antonino & Vero Augg. Coss.* Unde quem initio hujus legis Imperator vocat patrem suum, is est Antoninus Pius, non Claudius, quod nomen perperam quidam supposuerunt. Et sic notare licet ex hac *l. 1.* servum damnatum in vincula perpetua, vel temporaria non fieri servum pœnæ, sed in dominio, & potestate ejus remanere, cujus fuit, antequam damnaretur in vincula, cum lex dicat ab suo domino, eum non posse manumitti, quamdiu est in vinculis. Et longe aliter hoc est, quam si servus damnaretur in metallum, vel in opus metalli: vel in arenam: nam fieret servus pœnæ, & desineret esse servus ejus, cujus fuit antequam damnaretur: adeo ut nec si postea beneficio Principis ea pœna liberetur, redeat in potestatem prioris domini: Sed desinit esse servus pœnæ, qui liberatus est pœna ex indulgentia Principis, & fit servus fisci: aliud enim est esse servum pœnæ, aliud servum fisci. Et hoc ostenditur in *l. aut damnum, in fi. ff. de pœnis, l. frustra, inf. de pœnis.* His vero servis, qui sunt damnati in vincula perpetua adduntur in *l. 2. hoc t.* servi testatoris, vel heredis, quos testator in testamento suo manumitti vetuit pœnæ causa: Dico *pœnæ causa:* nam (ut ea lex ostendit) si vetuit servum manumitti, ut filio suo consuleret, cui opera ejus servi valde erat necessaria, mortuo filio, poterit pervenire ad libertatem, si ei supervixerit: At si pœnæ causa testator eum manumitti prohibuerit, in perpetua servitute morabitur, nec per suppositum emptorem fiduciarium, qui scilicet eum redimat manumittendi causa nummis ipsius servi, poterit manumitti, ut hæc lex ait in fine, quæ ita explicanda, & probat *l. 4. §. in illis, D. de manumiss. l. 7. sup. tit. 2. h. libri.* Sed dicto *§. in illis* videtur adversari ejusdem *leg. 4. §. sive autem*, quod explicatu dignum. Sciendum est, servum, quem emptor imaginarius ab eo suppositus, redemit a domino, nummis ipsius servi, ejus conditionis esse, ut omnino manumitti debeat ab emptore illo fiduciario, cujus fidem est secutus, & qui de sua pecunia eum non redemit, sed de pecunia servi: Et hoc jus est ex constitutione Divorum fratrum ad Urbium Maximum, cui tamen non est locus, si ejus conditionis sit servus ille, qui suis nummis redemptus est, ut in totum non possit perduci ad libertatem: nam nec ab emptore fiduciario perduci poterit, & cessat hoc casu illa constitutio fratrum, quæ est sententia *§. in illis.* At in *§. sive autem*, ait, servum venditum emptori supposititio & imaginario ea lege, ne manumittatur, quæ lex solet etiam irrogare perpetuam servitutem, tamen benignius esse, ut debeat manumitti ab emptore fiduciario, qui tantum nomen suum ei accommodavit, & cui præterea nihil abest ob emptionem servi, id est, qui de suo nihil erogavit: Ergo interveniente etiam emptore fiduciario, locus est constitutioni fratrum, ut scilicet libertatem adipiscatur: Ita ille §. cum illo pugnare videtur. Sed distinctio rem aperiet facillime, quæ talis est. Si emptori fiduciario, sive imaginario, & servo vendito nunc primum in venditione ea lex irrogetur, ne manumittatur, benignius est dicere, ut tamen manumitti debeat a fiduciario emptore, cujus fidem secutus est, & cui eo nomine nihil abest, ut *d. §. sive autem.* Sed (hæc est altera pars distinctionis) si personæ servi ea conditio, ne manumitteretur cohæserit, apta & colligata fuerit, antequam supponeret emptorem imaginarium, a quo redimeretur suis nummis: Sane hoc casu neque ab illo emptore, neque ab alio ad libertatem perduci potest: Nec hoc casu locus est constitutioni fratrum ad Urbium Maximum, ut in *dict. §. in illis.* Et secundum hæc iis, qui testamento domini prohibiti sunt, ne unquam manumitterentur, addere etiam licet eos, qui in perpetuam servitutem venierunt, id est, ea lege, ne unquam manumitterentur, quæ lex imponitur, & cohæret personæ servi. Idemque est, si quis servus ob aliquod delictum a Præfecto urbi, vel Præside provinciæ prohibitus sit manumitti, *l. servus hac lege, D. de manum. l. ille, §. ult. D. qui & quib. lib. l. servum filii, §. si item, D. de leg. 1. l. pen. sup. si mancip. ita fuer. alien. &c.* Addamus etiam servum venditum ea lege, ut exportetur, ex *d. §. in illis:* nam servus, qui veniit exportandus, eo loco unde exportari jubetur, numquam potest manumitti, vel si manumittatur, servus fit fisci, alibi potest manumitti, quia ea lege non omnino vetatur manumitti, sed si manumissus alibi redeat, unde exportatus est, protinus etiam fit servus fisci, id est, venit in perpetuam servitutem

tem fisci, *l. 1. sup. si servus export. ven.* Ex qua interpretandus vobis est *d. §. in illis*, quo loco agit de servo exportando. Et hi quidem sunt servi, qui ad libertatem pervenire non possunt.

AD TITULUM XIII.

PRO QUIBUS CAUSIS SERVI PRO PRÆMIO LIBERTATEM ACCIPIUNT.

IN hoc titulo additur exceptio superiori titulo, ut scilicet, qui non possunt manumitti, id est, qui perpetuæ servituti addicti sunt, quandoque manumittantur: puta libertate publice data pro præmio: ubi intelligere oportet, pro præmio indicii: quod servus, qui alias manumitti non poterat, indicaverit crimen, cujus indicium maxime pertineat ad Rempublicam, & utilitatem communem, ut si servus indicet cædem domini sui vel arguat, licet perpetuo addictus fuerit, tamen hoc casu sententia prætoris, vel præsidis libertate donari potest, quod *l. 1. h. t.* ait esse ex Senatusconsulto, & constitutionibus: Et proculdubio intelligit Senatusconsultum Syllanianum, ex quo servus, qui indicat & arguit necem domini sui pro præmio indicii consequitur libertatem, licet perpetuæ servituti addictus fuerit, *l. 3. §. si quis ex stipulatu, & §. is quoque, D. ad Senatusc. Syllan.* In eo Senatusconsulto erant illa verba, *indicasse, vel arguisse.* Ideoque recte *l. indicasse, D. de verb. signif.* refertur ad Senatusc. Syllanianum, quæ *indicasse* interpretatur esse detulisse reum cædis. *Arguisse* autem interpretatur esse accusasse reum cædis & convicisse: nam ex hac causa servus potest accusare, qui regulariter non agit, neque accusat in judicio. Ideoque *l. 1. h. t.* exigit, ut reum cædis domini convincat incorruptis probationibus, id est, liquidis & veris: Et ut adversus eum consistat strenuo nisu, ut ait, si velit pro præmio consequi libertatem, non dicis causa, non perfunctorie. Unde recte, ut in *d. l. indicasse*, Antoninus Augustinus vir politissimus in *d. l. 3. §. utrum, ad Senatusc. Syllan.* pro *vindicasse*, legit *indicasse*, vel *arguisse:* quæ erant verba Senatusconsulti: Eademque ratione sum auctor vobis, ut in *hac l. 1.* pro *vindicant*, legatis *indicant:* nam & idem verbum est, quod scilicet idem pollet in metaphrasi Græca hujus legis, *ὁ δοῦλος καταμηνύσας τὴν σφαγὴν τοῦ δεσπότου:* non dicit *ἐκδικήσας*, id est, *vindicans*, sed *καταμηνύσας*, id est, *indicans*, quod est verbum Senatusconsulti: eodemque loco libertatem, quæ ob fidem suam erga dominum servo datur, vocat *ἔπαθλον τῆς μηνύσεως*, id est, *præmium indicii*. Et sic etiam in *l. 1. sup. de precib. Imp. offerend.* (quæ est conjungenda cum hac *l. 1.* ut monet paritas inscriptionis & subscriptionis, & res eadem, quæ agitatur in utraque) pro *vindicanda*, scribendum *indicanda*, ut retineamus Senatusconsulti verbum. Idem mendum etiam insidet hodie alia in re in *l. deferre, §. sed communem, D. de jure fisci*, ubi legitur *deferre*, id est, *vindicare, ce n'est pas cela:* sed *indicare*. Sed pergamus. Non est omittendum quod in lege 1. servum, qui indicavit, vel coarguit necem domini sui, pro præmio indicii accipere libertatem non ex ipso facto, id est, ipso indicio: sed adito prætore, vel præside ex sententia ejus: quod etiam exigit *l. æris alieni, D. ad l. Falcid. & l. si necem, D. de bonis libert.* quæ etiam ostendit eum ita manumissum sententia prætoris, vel præsidis fieri libertum orcinum, id est, defuncti, cui eam fidem exhibuit, ut in *l. 5. ff. qui sine manum. ad libert. perven.* Et quod ait hæc *l. 1.* non ex ipso facto, puto ex hoc loco duxisse, quod ajunt doctores frequenter, quædam ipso facto vires obtinere, vel amittere suas: ut cum dicunt ipso facto, id est, ipso ingressu monasterii: quod etiam est in *Nov. de monachis*, quem devovere monasterio se, & sua ipso facto, id est, ipso ingressu: Nec tamen verum est quod putant, quodque hic scripsit Accursius, idem esse *ipso jure*, & *ipso facto:* nam *ipso jure*, id est, sine facto ullo, & sine sententia judicis, ut ostendit *l. 1. sup. de locat.* Et his, quæ dicuntur fieri ipso facto, potest addi *l. palam, ult. de ritu nup.* quæ dicit deprehensam in adulterio, etiam si non sit damnata adulterii, esse infamem ex lege Julia & Papia. Cur ita? quia, inquit *lex factum notavit, non sententiam his verbis: quæ in adulterio deprehensa fuerit, ut notata sit*, & non exigit sententiam: denique vult eam ipso facto infamem fieri. Fit etiam servus liber pro præmio indicii, si raptum virginis indicaverit: quem forte improbissimi parentes, quorum maxime ultio intererat, omiserint, vel silentio, vel depectione, id est, pactione turpi: nam & hic servus propter indicium publice accipit libertatem, ex *l. 3. hoc tit.* ubi *libertate donetur:* cum esset in Codice Theodosiano, unde sumpta est, *Latinitate donetur:* quia hodie sublata est Latinitas, ut dixi. Turpis est illa pactio, qua parentes injuriam puellæ factam remittunt; adeo ut & deportatione plectantur, qui eam remiserint, ex lege Constantini, *l. 1. C. Theodos. de raptu virginum:* quam confirmat etiam hac in re Justinianus in *l. un. §. pen. inf. eod. tit.* Ac præterea ea pactio, quam habuit reus cum parentibus virginis non extinguit crimen raptus, ut non possit scilicet alius id inferre reo, sive raptori: Reo quidem raptus (quod notandum) pacisci licet cum accusatore: quia est capitale crimen, id est, quod infert pœnam sanguinis: & omnis est onesta ratio redimendi sanguinis, *l. transigere, sup. de transact.* Sed habita ea pactio inter duos, non tenet alios, qui cum reo idem non pepigere, nec repellit eos ab accusatione publici judicii, *l. 5. §. ult. ad leg. Jul. de vi public.* Et hæc est una differentia inter adulterium, & raptum: nam de adulterio pacisci non licet, *d. l. transigere;* quamvis hodie sit capitale ex lege Constantini, *l. quamvis, in fin. inf. ad l. Jul. de adulteriis:* quia scilicet lege Julia non fuit capitale, & de crimine non capitali transigere non licet, atque pacisci. Et Constantinus, qui adulterium fecit capitale crimen & in eo derogavit legi Juliæ: non tamen ei legi derogavit in eo, quod obtinuit ex ea, ut de adulterio transigere, vel pacisci non liceret. Quod nominatim non derogatur, manet. Et hæc est ratio excepti adulterii in *d. l. transigere*. Est etiam alia differentia: Nam adulterii crimen finitur quinquennio: Raptus crimen est perpetuum, *d. l. 5. §. ult.* Item raptus punitur lege Julia de vi publica: adulterium lege Julia de adulteriis. Etiam addamus ex *l. 4.* pro præmio indicii servum consequi libertatem, qui in publicum detulit desertorem militiæ: & conjungenda est cum *l. 1. inf. de desertorib.* ut suadent inscriptiones & subscriptiones pares; quæ lex ingenuo homini indici desertoris militiæ, pro præmio dat immunitatem tributorum publicorum: servo autem libertatem. Et ita etiam ingenuo homini indicanti reos falsæ monetæ datur immunitas, in *l. 1. inf. de falsa moneta:* servo autem datur libertas, in *l. 2. hoc tit.* quæ est conjungenda cum *d. l. 1.* sed ut ait *l. 2.* hoc casu, quo servus indicat reum falsæ monetæ, si publice libertatem acceperit pro præmio indicii, fiscus domino ejus debet refundere pretium servi: nisi ipsum dominum detulerit reum falsæ monetæ: quod potest in *l. vix, D. de judic.* At si alium detulerit & coarguerit publice, pro præmio indicii donabitur libertate, domino ejus reddito pretio ex ærario: quod obtinet etiam secundo & tertio casu, quo diximus servo præmium indicii esse libertatem, ut scilicet his tribus casibus debeat domino reddi pretium servi de publico: Et adiici potest quartus casus ex *l. unic. inf. de mulieribus, quæ servo proprio se junxerunt:* ut si quis servus deferat commistionem dominæ cum servo proprio, quæ fœdissima est, pro præmio indicinæ, ut Apulejus loquitur, pro præmio indicii accipiat libertatem, reddito scilicet pretio servi: Et ita etiam leges apud Livium *lib. 24.* Cum Tiberius Sempronius Gracchus liberos esse jussit servos, quorum opera prospere pugnaverat adversus Pœnos ad Beneventum, Tribunos mensariis dominis pretia servorum reddidisse. Idem leges apud eundem *lib. 32.* de duobus ser-

ſervis, qui detexerunt conjurationem ſervorum de ſolvendis Carthaginenſibus obſidibus, pretium ſervorum ex Senatuſconſulto manumiſſorum ex ærario dominis fuiſſe redditum. Et invenies ſimilem legem apud Platonem 11. *de legib.* δοῦλος δ᾽ ἂν μηνύσας ἢ ἐλεύθερος ἰπὰ τῆς πόλεως ὀρθῶς γίγνοιτο ἀποδίδωσης τῷ δεσπότῃ τὴν τιμήν: *ſervus*, inquit, *qui crimen illud, de quo agit, detexerit, recte fiat liber, a civitate reddito pretio domino*: at in primo caſu poſito in *l. 1. h. t.* quo ſervus, qui indicavit cædem domini, publice donatur libertate, non eſt æquum ut fiſcus heredi refundat pretium ſervi: imo ſi lex deficeret, hunc ſervum deberet heres afficere præmio libertatis, ut non poſſit honeſte e publico repoſcere pretium ſervi: idem etiam procedit in caſu *l. 1. ſup. ne Chriſtian. mancip. paganus, vel Judæus habeat*: ubi ſi ſervus Chriſtianus, quem aliqua ex cauſa adquiſivit paganus, vel Judæus, vel hæreticus, eam rem in publicum detulerit, fit liber: nam & eo caſu domino, qui deliquit in adquirendo ſervo, non eſt æquum reddi pretium: Idemque procedit in caſu Novellæ *de Eunuchis*: ſi quis ſervo ſuo exſecuerit virum, ut & ſervum amittat, & pretium ſervi.

AD TITULUM XIV.

DE INGENUIS MANUMISSIS.

IN hoc titulo agitur de ingenuis hominibus, qui manumittuntur ut ſervi ab iis, qui exiſtimant, aut fingunt ſe eſſe dominos: quæ res libertinos non facit, id eſt, non officit ingenuitati eorum, ut ſi filius ex imaginaria ſervitute a patre manumittatur, *l. 3. D. de capite minut.* Hoc modo liberatur quidem patria poteſtate, ſed ingenuus manet, nec fit libertinus. Item ingenuus, qui non ex juſta ſervitute manumiſſus eſt, non fit libertinus, non omnis manumiſſio libertinum facit. Non juſta libertas eſt, ut eam definiam, cujus titulus, ſive cauſa non legitima, vel non vera eſt: ut non juſta ſervitus eſt, ſi infantem expoſitum & projectum extuli & educavi: neque enim poſſum eum jure retinere in ſervitute ob ſumptus educationis, & proprietatis præmio, qua uſus ſum eum efferendo, quem parentes projecerant, *l. 2. hoc tit. l. 3. inf. de infant. expoſ.* quod tamen olim non obtinuiſſe ſignificat *l. 1. C. Theod. de expoſit.* & Seneca controverſia 33. Item non juſta ſervitus eſt, vel non eſt juſtæ ſervitutis argumentum, ſi quis ingenuus ultro mihi exhibeat obſequia, officia, miniſteria ſervilia, *d. l. 2. hoc tit. l. 23. inf. de liberali cauſa*. Etiamſi mihi ita ſerviat longiſſimo tempore, ſcienti, vel ignoranti conditionem ejus: nihil refert, vel ſciens ipſe quaſi liber, ut *l. 16. eod.* vel ignorans, quaſi ſervus, id eſt, opinione ſervi, quia liberos homines, neque uſucapio, neque poſſeſſio ullius temporis ſervos facere poteſt, *l. 6. h. t. l. ult. inf. de long. temp. præſcrip. quæ pro libert. vel adverſ. liber. oppon.* Denique nulla poſſeſſio hominem ex libertate, vel ingenuitate perducit ad ſervitutem: non etiam mutatio nominis, ſi quis adſumat, vel ſi cui imponatur nomen ſervile, ut in *l. 10. hoc tit.* non profeſſio, aut confeſſio nuda, ſi quis ignarus profiteatur, aut fateatur ſe eſſe ſervum, vel etiam ſi paciſcatur ut pro ſervo habeatur, ut ſit ſervus: nam ex pacto (quæ eſt regula juris) non naſcitur obligatio. Et hæc omnia oſtenduntur in *l. 6. & l. parentes, & l. poſt certi, inf. de liberali cauſa*. Plagium etiam ingenuum ſervum non facit jure, id eſt, ſi quis veneat ut ſervus: itemque ſi in dotem detur ut ſervus, vel ancilla: vel ſi ut ancilla detur ſponſalium nomine, id eſt, vice ſponſalicii muneris, ut *l. 12. & ult. hoc tit. l. 12. inf. de lib. cauſ. & l. 16. eod. tit. l. 2. ſup. ubi de criminib. agi oportet.* Non eſt etiam in juſta ſervitute is, qui cum eſſet libertinus, liberali judicio contendit ſe eſſe ingenuum, & ſuperatus eſt, non prolatis idoneis probationibus ingenuitatis, namque ideò non amittit priſtinam libertatem, id eſt, libertinitatem,

A nec fit ſervus; quia non videtur renuntiaſſe libertinitati, qui contendit ſe eſſe ingenuum, *l. pen. hoc tit.* Sicut non videtur renuntiaſſe poſſeſſioni continuo, qui egit rei vindicatione adverſus alium tanquam poſſeſſorem, *l. naturaliter, §. nihil commune, de adquir. poſſeſſ.* Non videtur renuntiaſſe legitimæ hereditati, qui hereditatem vindicavit ex teſtamento, *l. mater, D. de inoffic. teſtam.* Et ita recte non continuo videtur renuntiaſſe libertinitati, qui in ea fuit, qui ex ea proclamavit ad ingenuitatem. Is quoque ingenuus homo, qui operas ſuas locavit mercenarius, propterea jure ſervus non fit, *l. 11. hoc tit.* licet loco ſervi habeatur: Nam in jure hoc eſt certum, mercenarios, quibus hodie utimur, eſſe ſervorum loco; & plerunque quæ de ſervis ſtatuta ſunt, ſervari in mercenariis. Et ita quod *l. 4. D. de uſu & habit.*
B liberos homines, ait, eſſe loco ſervorum, ii ſunt liberi mercenarii, ut conſtat ex Theophilo in §. 2. *Inſtit. de uſu & habitat.* Et ſimiliter in *l. 1. §. familiæ, D. de vi & vi arm.* qui dicuntur eſſe ſervorum loco, ii ſunt mercenarii liberi homines, ut conſtat ex *§. ſi filiusfamil. ejuſdem l. 1.* Denique mercenarii loco ſervorum ſunt: qua de cauſa ſi mercenarius furtum fecit ei, cui operas ſuas locavit, non naſcitur actio furti: quia eſt furtum domeſticum, & quaſi ſervi furtum, quod privatim ab ipſo domino vindicari poteſt: nec ſolet publice vindicari, niſi ſit graviſſimum furtum, *l. ſi libertus, D. de furtis, l. proſpiciendum, §. furta, D. de pœnis*. Unde apparet, quod jus nos habeamus in ſervos noſtros mercenarios, id eſt, liberos mercenarios: de quibus etiam Varro 1. *de re ruſtica*, hoc modo. *Omnes agri coluntur hominibus ſervis,*
C *aut liberis, aut utriſque*, id eſt, alii ſunt coloni ſervi, alii liberi coloni; qua etiam diviſione utitur *titulus de agricolis, & cenſitis, inf. lib. 10.* Sequitur in Varr. *liberis, aut mercenariis* (inquit) *cum conductitiis liberorum operis majores res, ut vindemias, ac fœniſicia adminiſtrant: iique, quos obæratos noſtri vocitarunt: & etiam nunc ſunt in Aſia, ac in Ægypo, & in Illyrico complures*. Et quos Varro ait fuiſſe vocitatos obæratos, ii etiam ſunt liberi homines, qui etiam nexi dicuntur, & addicti, qui ſcilicet ob æs alienum creditoribus ſerviunt, aut ſerviebant olim: nam hoc ne fieret in urbe poſtea fuit cautum, primum rogante Cajo Rœtelio, ut idem Varro oſtendit *6. de lingua Latin.* & *Livius* 8. Sed adhuc, ut ſupra dixit, in Aſia, Ægypto, & Illyrico, mos ille permanſerat, ut obærati creditoribus ſervire compelle-
D rentur: quod merito tollitur in *l. ob æs alienum, ſup. de obligat. & act.* ut ob æs alienum liberi homines creditoribus ſervire non compellantur. Serviebant creditoribus, non etiam ſervi erant: ſicut retro olim quidam erant ſervi, nec tamen dominis ſerviebant: ut manumiſſi inter amicos ante legem Juliam Norbanam, prætore non permittente, ut ii ſervitutem ſervirent: Atque ita aliud eſt ſervire, aliud ſervum eſſe: aliud eſſe in ſervitute, aliud ſervum eſſe: Nam & liberi homines ſerviunt, & ingenui. Sicut in jure aliud poſſidere, & in poſſeſſione eſſe, & aliud poſſeſſorem eſſe: unde in *l. uxori, §. ult. D. de uſufructu leg.* ſi teſtator ita dixerit: *Stichum illi ſervire volo*, non videtur legaſſe proprietatem Stichi, ſed miniſterium tantum, vel uſumfructum: nam aliud eſt ſervire, & ſervum eſſe: nam,
E ut dixi, & liberi homines ſerviunt, atque ingenui: Juſta autem ſervitus eſt, ſervitus vernæ, id eſt, domi nati ex ancillis noſtris: ſervitus ejus, qui bello captus eſt juſto, quod geritur adverſus hoſtes, cum quibus ſunt jura poſtliminiorum, & jura captivitatum! Juſta etiam eſt ſervitus, ſi quis homo liber major 20. annis prodat libertatem ſuam, id eſt, ſi ignaviter ſe venire patiatur ad pretium participandum. Dico *major 20. annis*: nam ut minor 20. annis ſine concilio prætoris, aut præſidis non poteſt dare libertatem: ita nec ſuam amittere ut eleganter ait *l. 16. inf. de liberali cauſa*. Item juſta eſt ſervitus, ſi quis liber homo ob aliquod delictum ſervus fiat pœnæ, ut ſi damnetur in metallum, ad triremes, ſi in arenam, in ludum venatorium; vel ſi liber-

tus

tus ex causa ingratitudinis retrahatur in servitutem: vel etiam si civis Romanus, ut olim obtinuit, in census, id est, ob non relatum nomen suum in censum venierit sub hasta, quod Ulpianus probat *libro Regularum titul. de tutelis*, & M. Tullius ad finem *orationis pro Cæcinna*: & Dionysius Halicarn. *lib.* 4. Fuit etiam justa causa ingenuæ mulieris redigendæ in servitutem ex Senatusconsulto Claudiano, de quo in *tit.* 24. *inf.* si ea nupsisset servo alieno: Et qui ex justa servitute manumittuntur; cujus exempla dedi, proposuive formas; hi sunt libertini, non qui manumittuntur ex servitute imaginaria, non qui ex nexu, non qui ex non justa servitute: Ingenui autem sunt (nam & hoc ut exponamus hic titulus postulat) qui nascuntur ex ingenuis, vel etiam libertinis: patris libertini filius est ingenuus, *l.* 11. *sup. de operis libertor. l.* 9. *hoc tit.* vel etiam qui ingenui pronuntiati sunt, licet revera non sint ingenui: quia res judicata pro veritate habetur, cui nullum vitium objici potest, scilicet, ut in *l.* 3. *h. t. l. ingenuum*, *D. de statu homin.* Et hoc si contradicto judicio ingenui pronuntiati sint, id est; in contradictione, videlicet consistente adversus eos justo contradictore adversario, qui se diceret patronum, vel dominum, ut in *l.* 1. *hoc tit. l.* 3. *D. de collusione detegenda:* qui de ea re contenderet strenuo nisu, non lusorie, non perfunctorie; alioqui res judicata pro veritate non habetur, quæ non est adhibito justo & vero contradictore judicata. Nec omittenda est sententia ejus Senatusconsulti, quod proponitur *l.* 1. *hoc tit.* ut si quis sit testamento manumissus, is possit à die manumissionis, id est, ab adita hereditate defuncti proclamare ad ingenuitatem agnitis natalibus suis, atque compertis intra quinquennium, vel etiam post quinquennium ex magna causa repertis novis probationibus ingenuitatis, & insperatis, ut in *l.* 2. §. *ult. D. si ingen. esse dicatur*, & *l. ultim. sup. ubi causa status*, &c. Et ita si fuerit pronunciatus ingenuus consistente adversus eum justo contradictore, plane manumissio nihil ei officiet: sed ex Senatusconsulto ita qui agnovit, recepitque natales suos, debet omnia, quæ accepit ex domo, aut familia manumissoris in ea relinquere, etiam legata, quæ ei relicta sunt ut liberto: atque ita potiri ingenuitate ex Senatusconsulto, ut dixi: cujus sententia etiam refertur in *l.* 3. *D. si ingenuus esse dicat. l. de bonis*, *de liberali causa*. Ii sunt, qui dicuntur ingenui: Ne autem existimes ingenuum facere penuriam adversarii: ut puta si is, qui libertino fecit controversiam status, dicens se esse dominum, & eum vindicans in servitutem, si, inquam, pendente judicio desistat, nec adsit cognitioni de statu, nec perstet cognitioni de statu, non ideo ingenuus pronuntiabitur, qui non probat se esse ingenuum: sed idem erit, qui fuit ante, puta libertinus, & hoc ostendit *l.* 7. *h. t. l. divi*, §. 1. *D. de liberali causa*: Pactio etiam, vel transactio non est modus faciendi ingenuum, sicut nec faciendi servum, aut libertinum, *l.* 8. *hoc tit.* Ad hæc notandum est, eum, qui ingenuus est, etiam non amittere ingenuitatem, si bello civili capiatur: nam in bellis civilibus jura captivitatum, & jura postliminiorum non servantur, *l. si quis*, §. *pen.* & *ult. de capt.* & *postlimin.* Ideoque captus bello civili, proprie non est captivus: quia nec servus est ejus, qui eum cepit. Captivi sunt servi: quapropter si forte captus bello civili velut e præda sub corona veneat ut captivus, ea res nihil officit ingenuitati: & eleganter *d. l. si quis*, §. *penult. In civilibus dissensionibus* (quæ est ratio superioris sententiæ) *licet per eas Respublica lædatur: non tamen partes contendere in exitium Reipublicæ*: & ita M. Tullius in Oratione *pro Q. Ligario*. *Non hostile odium fuit, sed civile dissidium, utrisque cupientibus Rempublicam salvam*: Et 3. *Catilinaria*. *Civiles dissensiones erant hujusmodi, quæ non ad delendam, sed ad commutandam Rempublicam pertinerent*. Et paulo post, iisdem verbis, quibus *d. l. si quis* utitur. *Atque illæ tamen omnes dissensiones, quarum nulla exitium Reipublicæ quæsivit*. Et similiter Plato *in Epitaphio*: *πρὸς τὸ ὁμόφυλον μέχρι νίκης δεῖ πολεμεῖν: πρὸς δὲ βαρβάρους μέχρι διαφθορᾶς*, id est, *in bello civili ad victoriam tantum usque certandum esse, nec ita indulgere propriæ iræ, ut Respublica pessum eat: at in bello, quod geritur cum hostibus, id esse gerendum usque ad internecionem*, *μέχρι διαφθορᾶς*. Et ex his nunc plane intelligemus, quod non est assecutus Accursius, quod est in *l.* 4. *hoc tit.* dominatione factionis Palmirenæ: factionem vocat rebellionem, & civile bellum. Fuit Palmira urbs Syriæ Parthis finitima, ut habetur etiam in *l.* 1. *D. de censibus*: In ea orta est Valeriani Augusti temporibus civilis dissensio adversus Rempublicam populi Romani, auctore Odenato & Zenobia, uxore ejus fortissima, & nobilissima, & speciosissima, ut auctores scribunt, quæ tandem fuit victa, & triumphata ab Aureliano Imperat. qua de re Zosimus *lib.* 1. & Trebellius Pollio *in Odenato*, & *in Zenobia*, & Florent. Vopiscus *in Aureliano*: Nunc hæc est sententia *l.* 4. Quidam tempore factionis illius Palmirenæ fuit factus velut captivus, inquit, recte *velut*: quia factio non facit captivum: bellum civile non facit captivum, sed bellum hostile tantum, & fuit distractus ut captivus: ea res, inquit, non officit ingenuitati: sed notandum maxime est: pro *natum*, esse legendum *factum*, ut in Basilicis, & in antiquis omnibus, ut non dicat esse natum ingenuum, quanquam & natus forte fuerit ingenuus: sed fuisse factum velut captivum: unde & interpunctiones ita sunt emendandæ, ut post ingenuum ponatur sicilicus, subdistinctio, id est, virgula, & sic ponatur, *factum velut captivum*: subdistingue etiam illud *captivum*: quia non est captivus proprie: & sequitur, *cum distractum eum dicas*, &c. Et illud etiam non est omittendum, quod novissime constituit Justinianus, ut omnes libertini ingenui sint in *Novella* 78. ut jam manumissio non faciat ullum libertinum; sed omnes faciat ingenuos, salvo tamen jure patronatus, quod non est absurdum, ut ingenuus homo habeat patronum: nam & clientes, quos habebant Romani, qui vocabantur patroni, erant ingenui homines, aut esse poterant. Manumissi igitur hodie sunt ingenui, habentes patronum tamen, cui debeant patronatus jus conservare integrum & illæsum, nisi eis patronus remiserit. Non est etiam (& hoc erit postremum) omittendum, quod habetur *l.* 5. *diffamari*, *hoc tit.* qua utuntur in plerisque provinciis hujus regni cives provinciales: atque etiam in Germania: ne a quoquam diffametur status ingenuorum hominum, vel errore, vel malitia: Et sunt literæ, quæ dicuntur dari secundum formam *legis diffamari*, quas tabelliones habent affixas ad postem, ex quibus licet convenire eos, qui diffamant statum nostrum, & qui dicunt nos esse servos, aut libertinos; & falso nobis adserere libertatem, sive ingenuitatem, qui nos dicunt esse ignobiles, vel spurios, vel quaqua alia ratione diffamant existimationem nostram, ut qui dicunt nos concilia agitare contra Rempubl. vel aliquid aliud: ii possunt in jus vocari ex *lege diffamari*, ut scilicet, qui infamia illos afficit, vulgo sparso falso rumore veniat in jus, & probet liquido ita esse, ut sparsit in vulgus: si non veniat, ut deinceps abstineat a diffamia (hoc verbo D. Augustinus utitur; dum in Senatore ait esse diffamiam, si pecuniam fœnore occupet) Ergo vocatus in jus audietur, si quidem velit probare verum esse id, quod sparsit in vulgus: sed si non veniat, etiam absente eo, pronunciabitur ut temperet ab injuria: nam in absentem lata sententia valet, licet nunquam fuerit litem contestatus, si fuerit absens ex contumacia, ut *l.* 4. & *l. justa*, *inf. de liberali causa*; *l.* 1. *inf. quom.* & *qu. jud. sentent. prof. deb.*

AD TITULUM XV.

COMMUNIA DE MANUMISSIONIBUS.

IN Basilicis, *κοινὰ περὶ ἐλευθεριῶν*, non male diceres *κοινὰ*, & *καινά*: quia omnes, quæ in hoc titulo proponun-

ponuntur, ſunt Juſtiniani conſtitutiones novæ, quæ jus vetus abrogant: ſed & omnes ſunt communes, omnibus manumiſſionibus, ut ait *l.*1. §. *ult.* & *l.*2. ſive fiant apud magiſtratum, qui tribunali præeſt, veluti prætorem, aut conſulem, aut proconſulem, vel apud magiſtratum municipalem, licet non habeat tribunal, cum & de plano manumiſſio expediri poſſit, *l. non eſt*, *D. de manumiſſis vindicta*: modo habeat legis actionem, ut expoſuimus *in tit.*1. *hujus libri*: ſive etiam fiant manumiſſiones in Eccleſiis, teſte populo, & ſignatore Epiſcopo, quo de genere manumiſſionis actum eſt *libro primo*, *de iis, qui in Eccl. manumittuntur*: & de eo agitur in Concilii Africani primi *Canone* 31. & 49. ſive fiant in teſtamentis, vel codicillis directo, aut per fideicommiſſum, ſive alio legitimo modo, quales multi relati ſunt *ſup. tit.*6. Ac primum quidem valde novum eſt, quod proponitur initio *l.*1. ut ſervus manumiſſus a nudo proprietario ſit liber, & tamen ſerviat fructuario: ut mercenarius, & oberatus, eſt liber, & ſervit tamen: Et contra ut ſervus manumiſſus a fructuario ſit ſervus, nec tamen ſerviat domino, quamdiu durare potuit uſusfructus in perſona fructuarii, qui eum manumiſit: ut olim inter amicos manumiſſus, vel manumiſſus a peregrino erat ſervus, nec tamen prætor eum ſervire permittebat domino ſuo: quod plane indicat (ut dicebam audius tertius) quam hæc duo ſint diverſa, ſervire, & ſervum eſſe. Et eleganter Quintilianus *declamat.* 111. *Quid enim lex dicit? addictus donec ſolverit ſerviat, ut opinor, non ſervus ſit: Plurimum autem refert*, inquit, *an ſervire, an ſervum eſſe dicamus*: Jure autem veteri ſervus manumiſſus a proprietario non veniebat ad libertatem, ſed ſervus remanebat ſine domino. Manumiſſio autem facta a fructuario nullius momenti erat, quod ſupra ſatis expoſui *tit.*1. Illud etiam valde novum eſt, quod proponitur in hujus *l.*1. §. *ult.* ut pater, & mater per filium, vel filiam, ſive in poteſtate ſit, ſive emancipatus, aut emancipata, poſſit ſervos ſuos manumittere: itemque avus, & avia per nepotem, vel neptem ex filio, vel ex filia, & ſic deinceps: hoc tamen ita non obtinuit jure veteri: nam hac in re jus vetus faciebat differentiam inter liberos, aut liberorum ſexum, & gradum, ſicut in ſucceſſionibus ex teſtamento, vel ab inteſtato. Sed ut eam differentiam inter liberos in ſucceſſionibus ſuſtulit Juſtinianus: ita etiam hoc loco eam tollit in manumiſſionibus: in quibus jure veteri ita res procedit, ut pater per filium, quem habet in poteſtate, poſſit ſervum ſuum manumittere: ut filiusfamilias juſſu patris recte manumittat ſervum patris, & manumittendo faciat libertum patris, ac ſi ipſe pater manumiſiſſet, *l. ſi quis hac lege*, §.1. *D. qui, & a quib. manum. lib. non fiant*, *l. matrimonii*, *D. de rit. nupt. l. ſi conſentiente*, *l. nepos*, *D. de manum. l. ſi pater*, *l. ſurdi*, *D. de manumiſſ. vind. l. filiusfamilias*, *D. de jure patron.* quia vinculum poteſtatis patris facit ut una, eademque intelligatur eſſe perſona patris, & filii. Vox filii, vox patris: manumiſſio filii, manumiſſio patris: manumiſſio facta a filio, manumiſſio facta a patre: alias enim nemo ſervum ſuum manumittit per alium, non per procuratorem, per conjugem, vel cognatum: non etiam pater per filium emancipatum, ſecundum jus vetus, ut nominatim hic Thalelæus notavit: Et ſimiliter avus manumittit ſervum ſuum per nepotem ex filio, quem habet in ſua familia, *d. l. nepos*, non per nepotem ex filia, quia non ſequitur familiam avi materni. Eademque ratione mater non potuit manumittere ſervum ſuum per filios ſuos, ut nominatim Paulus ſcribit *lib.*1. *Sentent. tit. de re judic.* quia eos non habet in poteſtate: forte & filiafamilias jus patris non potuit manumittere ſervum patris: quia ſuperiores leges de filio tantum loquuntur, non de filia: Magnus eſt igitur favor, quo adficit libertates Juſtinianus: dum in manumiſſionibus, quæ fiunt juſſu parentum, non vult ſpectari patriam poteſtatem, ut eodem jure ſint omnes parentes, omnes liberi, & juſſus manumittendi parentis cujuſque pro poteſtate ſit. Illud etiam eſt valde novum, quod proponitur in *l.*2. *hoc tit.* ut ſervus minor annorum 30. ad civitatem Romanam pervenire poſſit: nam jure veteri, id eſt, ex l. Ælia Sentia, ſervus minor 30. annorum, Latinus tantum fieri poterat, non autem civis Romanus, licet vindicta eſſet manumiſſus, niſi cauſa probata apud conſilium: & ita ſecundum jus vetus, videtur accipienda *l. pen. D. de manumiſſ.* dum ait, juris rationem efficere, ut etiam infanti juſta libertas competat, cauſa ſcilicet probata apud conſilium, vel libertas Latina, non legitima: ſine concilio vindicta manumiſſus ſervus manebat: teſtamento autem manumiſſus minor 30. annorum Latinus fiebat, non civis Romanus: excepto uno caſu, ſi a domino, qui ſolvendo non erat, liber & heres eſſe juſſus eſſet, nemine alio ex eo teſtamento herede exiſtente: nam etiam ſi minor eſſet 30. annorum, & daretur ei libertas in fraudem creditorum ab egeno domino, tamen conſervabatur ei juſta libertas, ut per eum conſervaretur fama defuncti domini, id eſt, ut ejus ſervi nomine potius bona diſtraherentur heredis neceſſarii, quam nomine defuncti: alias minori 30. annorum teſtamento data libertas non donabat civitate Romana: & hoc de minoribus 30. annorum invenies, ut alias dixi, ſæpe in Digeſtis, teſtamento relinqui libertatem ſub conditione, *cum ad* 30. *annum pervenerit*. Cur? nempe propter illud caput legis Æliæ Sentiæ, ut expectarent tempus legitimæ libertatis, *l. ult. de reb. dub. l. Ariſto*, *de manum. teſtam. l. ſi quis ita*, §. *ult. D. de ſtatuliber. l. ex parte*, §. *Sticho*, *D. famil. erciſc.* In eo, qui cenſu manumittebatur, quod genus manumiſſionis, quia in uſu eſſe deſierat, in ejus vicem ſuffecta manumiſſione in Eccleſia: ideo nihil de eo genere manumiſſionis Juſtinianus ſcriptum reliquit in corpore juris: In eo vero etiam olim requirebatur ætas 30. annorum, ut reliquæ regularum Ulpiani docent his verbis: *Et qui cenſu manumittitur, ſi 30. annos habeat, civitate Romana potitur*: quod probat etiam Theophilus §. *ult. Inſtit. de libert.* Sed Juſtinianus, ut dixi in *h. l.*2. hanc ætatem, neque ſpectari, neque expectari vult. Poſtremo illud etiam valde novum eſt, & favore libertatis indultum, ut & cetera, ut ſi quis habet ancillam concubinam, & liberos ex ea, & moriens, eam, eoſve non legaverit, aut nominatim non reliquerit heredi; ſi eam habuerit in concubinatu uſque ad ſupremum vitæ exitum, ſuſceptis ex ea liberis, ut morte concubini, morte patris naturalis ipſo jure liberi fiant, jure veteri pertinebant ad heredem defuncti ut ſervi: Hodie morte defuncti, & taciturnitate, ſi nihil de eis diſpoſuerit, ipſo jure liberi fiunt, ex *l.*3. *hoc tit.* quæ loquitur tantum de eo, qui uxorem non habet, concubinam habet: Nam non habenti uxorem concubinatus licitus eſt: habenti, illicitus, *l. ex ea*, §.1. *D. de verbor. oblig. l. unic. ſup. de concubinis*: quomodo accipere omnino oportet illud Catonis: *Cum conjux tibi ſit, ne res, & fama laboret, vitandum ducas inimicum nomen amicæ*: Nam concubinas etiam amicas vocabant, *l. Maſurius*, *D. de verborum ſignificatione.*

AD TITULUM XVI.

DE LIBERALI CAUSA.

ADHUC quæ dicta ſunt, veluti præludia quædam ſunt, & præparationes ad hunc titulum, qui eſt de præjudicialibus actionibus, quibus quis ex ſervitute adſerit ſe, vel adſeritur liberali cauſa in libertatem ingenuam, vel libertinam: vel quibus quis ex libertate, id eſt, ex poſſeſſione libertatis vindicatur in ſervitutem, vel ex ingenuitate in libertinitatem, quæ liberales cauſæ dicuntur: quarum cognitio in urbe pertinet ad prætorem, qui prætor liberalis dicitur, quod cognoſcat de liberalibus cauſis: vel ad conſules, ut *l. Divi*, *ff. de liber. cauſ. l.*4. *ſi ingen. eſſe dicetur*, & in provinciis pertinet ad proconſulem, vel ad procuratorem Cæſaris, ſi agatur inter fiſcum, & priva-

tos, *l. pen. sup. ubi causa status*. Desiderat etiam liberalis causa maximos judices, ut ait *lex. ult. eod.* majores judices, ut ait *l. non distinguemus*, *§. de liberali causa*, *D. de recept.* Adeo ut cognitio liberali causæ non possit delegari pedaneis judicibus, *l.2. sup. de pedan. judic.* Nec committi arbitris compromissariis, *d. §. de liberali*. Præsidum quoque in provinciis cognitio non fuit de liberali causa, nisi generaliter accipias præsidis nomen pro proconsule, ut certe est generale nomen præsidis, *l.1. D. de offic. præsid.* Sed loquor specialiter, dum dico cognitionem causæ liberalis non pertinere ad præsidem, quod probat aperte *l.1. sup. de ordine judic.* Et Plinius in Epistola ad Trajanum de *adsertione ingenuorum*, in qua docet cognitionem esse proconsulum, non præsidum: nisi præsides a Senatu impetraverint jus prætorium, vel jus proconsulare. Nam aliquando mittebantur in provincias cum jure proconsulari, ac tum de liberali causa cognoscere poterant; cujus cognitio proprie pertinet ad proconsules, qui utique sunt majores præsidibus: nempe proconsules sunt spectabiles: Præsides clarissimi. Atque ita apparet causam liberalem desiderare majores judices, puta principem ipsum, aut illustres, aut spectabiles judices. Qua de causa cognitiones dicuntur simpliciter in libris nostris. Cognitiones, id est, cognitiones de statu; quia desiderant majores judices, ut Svetonius *in Claudio c.15. Rem cognitionis esse, non juris ordinarii*, id est, ut totus locus aperte demonstrat, rem pertinere ad cognitionem principis, non ad magistratus, non ad judices ordinarios. Et præjudiciales actiones dicuntur, quia maxima quæstio ea est, quæ est de statu, & conditione hominis. M. Tullius 1. *de orat. Judicio libertatis*, inquit, *nullum gravius esse potest*. Ideoque cognitio, sive præjudicium istud, quod esse dico de statu hominis, impedit omnes alias futuras lites, vel de alimentis, vel de hereditatibus, vel de actione in rem, vel de criminibus, *l.2. & l.3. inf. de ord. cognit.* Et per alias lites, si forte præcedant, huic maximæ liti non fit præjudicium, ut in specie *l.2. hoc tit.* Si egi in rem vindicans illum hominem esse meum, & pronunciatus est esse meus, integra est cuilibet proclamatio ad libertatem, integra libertatis causa: quia hæc quæstio de statu præjudicialis est, id est, facit præjudicium ceteris omnibus. Ipsa autem non patitur præjudicium a ceteris. Et observandum ex *§. præjudiciales*, *Inst. de action.* unam esse actionum præjudicialium civilem, in qua quæritur de dominio, id est, utrum quis sit liber, an servus, hoc est præjudicium civile: Alias esse prætorias, in quibus de quasi dominio quæritur, puta de jure patronatus, vel patriæ potestatis: utrum quis libertinus, an ingenuus: utrum filiusfam. an emancipatus, justus, an naturalis. Et civile quidem præjudicium datur cuilibet volenti aliquem adserere in libertatem. Denique est publica actio, ut est in *Institutionibus tit. de iis, per quos agere possumus*. T. Livius *lib.3. in iis, qui adseruntur in libertatem*, inquit, *quivis lege agere potest*. Nam libertas est publica res, ut ait *l. si quis rogatus, de fideic. libert.* quæ publicam tutelam meretur, ut ait *l.2. D. ne de statu defunct. l. si hereditas*, *§. ult. D. de testament. tut.* conjuncta *l. etsi non adscripta*, *sup. de fideicom. libert.* Et notandum etiam hoc ex *l.1. hoc tit.* quod valde est singulare, & contra regulas juris, ut pater, qui filium suum venundedit justum, & legitimum: Nam naturalem filium, id est, susceptum ex ancilla, pater naturalis, idemque dominus vendere potest, *l.12. hoc tit.* Si igitur pater filium justum, & legitimum, filium civilem venundedit, quod est plagium, & tenetur pater lege Fabia de plagiariis: tamen postea auditur pater, licet veniat adversus factum, & allegat suam turpitudinem, id est, plagium, contra regulam *l. si creditoribus*, *sup. de servo pign. dat. manum.* Auditur, inquam, si eum filium liberali causa adserat, venditio patris non officit libertati filii. Et addatur ex *l.5. hoc tit.* venditionem etiam fisci, qui vendidit liberum hominem nihil nocere libertati, etiam si liber homo major viginti annis passus sit se a fisco venundari sciens, prudensque, modo pretium non participaverit: parti-

A cipatio pretii servum faceret: patientia, sive conniventia servum non facit, ut *l.1. inf. quibus ad libert. proclam. non licet*. Ideoque integrum ei est, licet a fisco venditus fuerit, ex servitute, in qua est, proclamare ad libertatem prolatis incorruptis probationibus, quibus probet se esse liberum: semper enim probatio in præjudiciis incumbit ei, qui agit, non reo. Et etiam illud postremo adnotabimus ex *l.4. hoc tit.* eum, qui aliquem vindicavit in servitutem, si superatus sit, nec appellaverit intra tempora constituta, quæ *d. l.4.* probat non esse continua, id est, currere tantum a die, quo cognovit se esse superatum, ut is, inquam, non habeat secundum petitionem servitutis: quod dicitur ad differentiam adsertionis in libertatem: Nam adsertio in libertatem poterat iterari olim, ut indicatur titulo sequenti, favore libertatis: B vindicatio in servitutem non potest iterari, *d. l.4.*

Multæ sunt pusillæ leges in hoc titulo de liberali causa, quas prætermittam, quod sint facillimæ, vel explicatæ jam supra, vel quod eas explicaturus infra commodiore loco sim. Hodie duæ mihi potissimum explicandæ sunt, quas facio arcem hujus tituli, scilicet facio præcipuas, *l.14. & l.21.* Lex 14. ait lite, sive causa liberali ordinata, eum, de cujus libertate quæritur, constitui in possessione libertatis, & interim pro libero haberi: Nec possideri igitur interim ab eo, qui se dominum dicit: quod etiam est proditum in *l. ordinata*, *& l. si cui de libertate*, *§. licet*, *D. eod. l.1. sup. qui dare tutor. vel curat. possunt*. Et hoc nimirum est, quod fuit cautum duodecim tabulis, ut in causa liberali vindiciæ darentur secundum libertatem, *l.2. §. initium, D. de orig. juris*, id est, ut is, de cujus C libertate quæritur, statim initio litis constitueretur in possessione libertatis: hoc enim est dare vindicias secundum libertatem. Et hoc quidem (quod summe notandum) ita procedit, non tantum si quis ex libertate vindicetur in servitutem, sed etiamsi ex servitute proclamet in libertatem, ut mox debeat constitui in possessione libertatis, qui ante in servitute erat: quod evidenter probat *l. servum*, *§.1. D. de procurat.* quæ indistincte eum, qui de suo stato litigat, sive ex possessione libertatis, sive ex possessione servitutis, ait, procuratorem habere posse, non quidem in illa ipsa lite liberali, quam non nisi per semetipsum agere potuit, ut Paulus scribit *5. Sentent. tit.35.* sed in aliis litibus, quæ ab eo in alios, vel ab aliis in eum interim intendentur. Unde sequitur eum interim haberi pro libero, eum interim esse loco liberi, sive ex D servitute petatur in libertatem, sive ex libertate in servitutem: Alioqui nec agere, nec conveniri posset, si loco servi esset. Id etiam colligitur ex *l. is autem*, *D. ex quibus causis major.* quæ ait, eum, qui erat in servitute, id est, qui possidebatur ut servus, post cœptam & ordinatam causam liberalem, non videri esse in servitute, id est, haberi pro libero. Ergo & si quis ex servitute proclamat ad libertatem, vindiciæ ei dantur secundum libertatem, & desinit esse in servitute post ordinatam litem liberalem, ut dixi. Et hæc est ratio *d. l. ordinata*, quæ dicit in annuis actionibus omnibus, quales sunt prætoriæ complures, ex tempore ordinatæ causæ liberalis demum cedere ei annum, qui de statu suo litigat: Nam annus non cedit ei, qui non potest agere, sed ei, qui potest agere tantum tempora actionum cedunt. At ante litem libe- E ralem ordinatam erat in servitute, ideoque agere non poterat; ac consequenter ei annus non cedit ante litem liberalem ordinatam; post litem ordinatam cedit: quia jam agere potest, vel contra eum, qui se dominum dicit quacunque actione, vel contra alium quemlibet, cum liberi loco sit post litem ordinatam, etiamsi ex possessione servitutis de statu litiget: quod si erat in possessione libertatis, & nunc vindicetur in servitutem, proculdubio etiam ante causam liberalem ordinatam, videlicet post motam simplicem controversiam libertatis, in qua erat, actiones suas quasi liber exercere potest, qui est in possessione libertatis constitutus. Ita omnino explicanda est *d. l. ordinata*, quæ sane erat perquam obscura. Ordinata autem lis, vel causa liberalis, etiam cœ-

pta

pta dicitur, & inchoata, & præparata, *d. l. is autem*, *D. ex quibus cauſ. maj. & l. liberi*, *§. ult. D. de liber. cauſ.* Et ordinatio hujus litis in hoc titulo *l.* 11. 15. & 31. significatur his verbis ſolemnibus ordinatis; quæ ſolemnia mox explicabuntur: & in *l. ſi is ſtatus*, *inf. de evict.* iis verbis, *Solemnibus*, *quæ juris admittit ratio*, *interpoſitis*: Et ordinata lis dicitur, quæ, ut dixi, cœpta & præparata eſt, non quæ conteſtata eſt: faceſſat hæc interpretatio: ordinationem ſequitur conteſtatio. Ordinatur lis liberalis ante litis conteſtationem, dum adſertor, quod olim erat neceſſe, & vindex libertatis quæritur, dum apud eum, qui de cauſa ſtatus cogniturus eſt diſceptatur, ut lis ordinem accipiat, & inde nomen *ordinatæ litis*, quis actoris, & quis rei partibus fungatur: utrum ex ſervitute quis in libertatem petatur, quo caſu actoris partes ſuſtinet, id eſt, probare debet ſe eſſe liberum, *l.* 5. *hoc tit.* niſi in ſervitute fuerit vi, aut dolo malo poſſeſſoris; *l. vis*, *ſup. de probat. l. ſi quis liberum*, *D. eod.* Nam is, qui eſt in ſervitute dolo malo poſſeſſoris, pro eo habetur, ac ſi eſſet in poſſeſſione libertatis, ut non ſuſtineat onus probandi: An vero ex libertate in ſervitutem petatur; quod utrumque ipſa conceptione petitionis manifeſto declaratur, ut ait *l.*21. illo loco, *ſui conceptione manifeſte probatur*, id eſt, conceptione petitionis declaratur, utrum ex ſervitute quis in libertatem, an ex libertate in ſervitutem quis revocetur. Et ita eſt accipiendus ille locus, rejectis Accurſii interpretationibus *l.* 21. Et eſt ſimilis loquendi formula, *l. cum tibi*, *inf. de eviction.* Hoc vero caſu cum quis ex libertate in ſervitutem petitur, ipſe ſuſtinet partes rei, & probatio ei nulla incumbit; ſed ei tantum, qui ſe dominum dicit, niſi ille dolo malo fuerit in poſſeſſione libertatis: Nam ut *l.*21. ait caveri edicto prætoris is, qui dolo malo eſt in poſſeſſione libertatis, ſimile præjudicium patitur, atque ſi eſſet in poſſeſſione ſervitutis, ut ſcilicet probare debeat ſeſe liberum eſſe. Et adnotandum ex *l.* 21. ex Baſilicis in fine ita eſſe legendum: *Nec quidquam ancillæ dolus juris proprii*, *non propriis*, τοῦ ἰδίου δικαίου. Et obſervandum etiam, quod ait, eum, qui dolo malo eſt in libertate, in ſervitute conſtituto ſimile habere præjudicium, id eſt, ſimili præjudicio teneri, ac ſi in ſervitute eſſet, ſine dolo malo poſſeſſoris: Qui locus oſtendit non eſſe verum, quod quidam Cimber ſcripſit, cujus nomen obſcure dicam, ut ſit Græce ῥεμβώδης, ne ſemel quidem in titulis de liberali cauſa fieri mentionem præjudicii, quod mendacii coarguit *l.*21. Unde etiam ille auſus eſt ſcribere, nihil eſſe abſurdius, quam dicere, idem eſſe cauſam liberalem, & præjudicialem actionem, cum in illum ipſum locum *l.*21. ſimile habere præjudicium Thalelæus rectiſſime notet, omnem cauſam ſtatus appellari præjudicium. Idem vero ordo conſtituitur, & ſervatur cum quæritur, utrum quis ſit libertus, an vero ingenuus: Nam qui erit in poſſeſſione ingenuitatis, rei partibus fungitur: qui erit in poſſeſſione libertinitatis, actoris partibus: Nihil enim refert, quod ad litem ordinandam attinet utrum quis dicatur eſſe ſervus, an libertinus, *l. circa*, *D. de probat.* Et generaliter ait *l. generaliter*, *D. de exception.* quæ eſt accipienda de præjudicialibus actionibus, non de præjudicialibus exceptionibus, ut alias oſtendi. Ait *in præjudiciis*, id eſt, præjudicialibus actionibus: generaliter igitur in omnibus actionibus præjudicialibus eum actoris partibus fungi, qui habet intentionem ſecundum id, quod intendit, id eſt, cui ſecundum intentionem ejus datur actio: datur præjudicium: vel hoc modo: *ſi paret Lucium Titium Caii eſſe patronum*: vel, *ſi paret Cajum eſſe ingenuum*, habet præjudicium congruum ſuæ intentioni, is eſt actor, ſive adſerat libertatem, aut libertinitatem, ſive ſervitutem, aut patronatum. Et valde laudandus eſt Theophilus, qui præjudicium dixit ſola intentione conſtare actoris, & nullam in ſe continere condemnationem. In aliis actionibus non præjudicialibus additur clauſula condemnationis, veluti: *ſi paret illum ex teſtamento mihi decem dare oportere*; *condemna illum judex*. Ad quam for-

A mulam reſpicit *l. qui condemnare*, *de re judic.* ut licet formula ſit *condemna*, poſſit tamen judex abſolvere, & *condemna* ſic accipiatur, *condemna*, vel *abſolve*. At in præjudiciis non opponitur clauſula condemnationis, ſed ſimpliciter ita agitur: *ſi paret eum ſervum eſſe*, *aut ſi paret eum liberum eſſe*, aut *libertum illius*, *aut patronum illius*: nec præterea additur quidquam. Ita vero de ingenuitate egit ex libertinitate Paris Hiſtrio quidam tempore Neronis, Pantomimus celeberrimus adverſus Domitiam amitam Neronis, ut Cornelius Tacitus ſcribit 13. *annal.* filiam Neronis, ut Ulpianus noſter ſcribit in *l.* 3. *§. Neratius*, *D. de condict. cauſ. dat.* quod in Ulpian. proculdubio eſt μνημονικὸν ἁμάρτημα, commune vitium ſeneſcentium, aut occupantium animum rerum magnarum cogitatione. Vel potius eſt παρόραμα Ulpiani, non B ἁμάρτημα, ut Ipparchus excuſat Aratum, & Eudoxum, cum duobus locis Tacitus vocet Domitiam amitam Neronis. Et Dio quoque in Nerone Domitiam amitam Neronis. Et vera ſpecies, de qua agitur in eo §. *Neratius*, & hiſtoria hæc eſt: Domitia amita Neronis Paridem hiſtrionem ſervum ſuum manumiſit accepta ab eo pecunia pro libertate. Atque ita diu Paris fuit quaſi libertus Domitiæ: poſt juſſu principis egit de ingenuitate, dicens veritati, & origini ingenuitatis manumiſſionem Domitiæ nihil obfuiſſe. Et vicit, id eſt, pronuntiatus eſt eſſe ingenuus, repetitis & agnitis natalibus ingenuis. Verba Cornelii Taciti hæc ſunt: *Ereptus amitæ libertus Paris quaſi jure civili*, *non ſine infamia principis*, *cujus juſſu perpetratum ingenuitatis judicium erat.* Et obſerva illo loco nomine juris civilis ſignificari jus C prætorium: quia & pars eſt juris civilis, quod invenies etiam in oratione pro Cæcinna. Nam actio, & judicium ingenuitatis eſt prætorium, non civile. Ex ea autem ſpecie orta eſt quæſtio, an Paris ingenuus pronuntiatus, poſſet a Domitia repetere pecuniam ei datam manumittendi cauſa, quaſi datam ob cauſam, cauſa non ſecuta: quia manumiſſio, quæ interceſſit, nulla & inanis eſt; & ait competere repetitionem pecuniæ indiſtincte, ſive Domitia ſciverit eum eſſe ingenuum, ſive ignoraverit. Verum, ut finiamus quod propoſitum eſt, liberalis lis ordinatur quantum ex ſuperioribus ediſcere licet, dum adſertor quæritur, & conſtituitur antequam ea lis conteſtetur, quis actoris, quis rei partes ſuſtinebit, & agendi formula concipitur, & datur, & præterea dum exigitur ſatiſdatio, ſive cautio D judicio ſiſti, ut in *l.* 1. *§. omnes*, *tit. ſeq.* quam cautionem judicio ſiſti conſtat interponi ante litem conteſtatam. Ergo aliud eſt lis conteſtata; longe aliud lis ordinata. Et ita in *l.* 1. *inf. ad Senatuſc. Turpill.* criminalis cauſa ordinata dicitur, non conteſtata inſcriptionibus accuſatorum depoſitis, cum inſcripſere in crimen, ſive ſubſcripſere ſe calumniæ pœnæ, & fidejuſſore de lite exercenda præſtito; quæ cautio in cauſis criminalib. hodie non interponitur: neque etiam illa judicio ſiſti in civilibus: quia pro interpoſitis habentur tacito intellectu. Inſcriptionum etiam hodie nullus eſt uſus, niſi in crimine falſi. Et ita quoque lis de inofficioſo teſtamento ordinari dicitur petita bonorum poſſeſſione unde liberi, vel unde legitimi, veluti ab inteſtato ordinandæ litis gratia, ut ſit jus, ſive titulus quidam, qui præbeat cauſam E agendi, de reſcindendo teſtamento: atque etiamſi opus ſit ad litem tutore, vel curatore dato, *l. Papinianus*, *§.* 1. *ff. de inoffic. teſtam. l. jure*, *§. ult. ff. de teſtam. tut.* quod utique ſit ante litis conteſtationem. Adhibentur in lite ordinanda etiam Juriſconſulti, & Advocati, Seneca 19. *Epiſtol. Sapienti*, inquit, *cum ad civilia*, *& domeſtica venitur*, *& ut ita dicam mortalia*, *neceſſarium eſt aliquem in concilium advocare*: *in his ſic opus eſt ſapienti alieno conſilio*, *quomodo medico*, *quomodo gubernatori in navigatione*, *quomodo advocato*, *& litis ordinatori*. M. Tullius 2. *de Orat. Qui in foro*, inquit, *atque in civium cauſis*, *diſceptationibuſque verſantur*, *ea*, *vel in lite ordinanda*, *vel in conſilio dando eſſe poſita*. Abſoluta eſt quæſtio *l.* 14. & *l.* 21. Hodie, ut nihil prætermittatur eorum,

quæ sunt notanda (*il n'y à que trois petits poincts*) ad *l.27. Arrianus, hoc tit.* adnotemus, eam esse conjungendam cum *l.4. sup. com. de successionibus*, & cum *l.8. sup. de pet. hered.* ex quibus etiam in *l. Arrianus*, est legendum in inscriptione *Asterio*, ut in illis, non *Austerio*: & eadem reponenda subscriptio. Conjunctio etiam cum re ipsa congruit omnium harum trium legum: ut Arrianus, qui liber pronunciatus est, non possit iterum ab eodem in servitutem peti, ut in *l.4. hoc tit.* Adsertio in libertatem iterari potest, non petitio in servitutem. At finge, Arriano duo heredes existere, quasi libero. Nam hereditatis nomen congruit tantum libero homini, peculii servo homini, & nomina bonorum, nomina substantiæ non sunt temere commutanda, ut ait *l. Arrianus*, puta nomen hereditatis in nomen peculii: Neque hæc mutatio quidquam obest libero homini, cujus hereditatem peculium vocat: neque etiam si unus ex heredibus Arriani, ab heredibus ejus, adversus quem pronuntiatum est Arrianum esse liberum, passus sit se vinci, dum ii revocant in dubium statum defuncti Arriani, ea res non nocet coheredi alteri; sed ut significat *l.8. de pet. hered.* ut præjudiciorum natura postulat, prius quæstio de statu erat dividenda, quam quæstio de hereditate Arriani: quia, ut ait *l.4. sup. commun. de successión.* servus successores habere non potest. Notandum etiam ex *l.31.* eum, quem quis dixit esse servum, si pronuncietur liber, habere in eum actionem injuriarum, vel actionem calumniæ, ut in *l. qui ex libertate, ff. eod.* quæ est conjungenda cum *l.12. ff. de injur.* Et inscriptio hujus, vel illius emendanda in numero libri, ex *l. pen. inf. de injur.* Sed ut possit agere injuriarum is, quem quis temere servum dixit, necesse est, ut hujus rei habeat contestationem, ut in *l.13.* id est, δια μαρτυρίαν, id est, ut testato, vocatis testibus scilicet, dicat se eam injuriam revocare ad animum. Alioqui actio injuriarum silentio aboletur, *§. ult. Inst. de injur.* nisi habita sit contestatio: Quod retuli, ut intelligeremus verum sensum illorum verborum in *l.31. habita contestatione*.

Postremum, quod velim vos annotare est in *l.52.* quod nulli præter Græcos interpretes intellexerunt: dum ait *subscriptio filii, &c.* Et sane prima specie obscurus est hic versus; sed facillimum eum reddunt Græci, dum ponunt dominum manumittentem, qui subscripsit in epistola quadam, Stichum servum esse filium suum, eum servum suum nuncupando filium suum animo manumittendi nihil egisse: sola subscriptio filii, etiamsi dominus habeat animum manumittendi servum, liberum non facit: quod & plenius Justinianus ostendit *§. ult. Inst. de adopt. & tit.6. sup. §. similique modo*: nisi nuncupatio illa filii, ut ait, fiat apud acta, & quasi in figura judicii: alioqui subscriptio, vel nominatio filii nihil agit.

AD TITULUM XVII.

DE ADSERTIONE TOLLENDA.

MANU adsertio, ut manumissio, dicitur defensio ejus, qui de statu suo controversiam patitur, si quis scilicet pro libertate ejus agat adversus eum, qui illum vindicat in servitutem, & hæc quidem adsertio in causa liberali olim erat necessaria, sive quis ex servitute in libertatem peteretur, sive ex libertate in servitutem: quia is, qui servus dicebatur, non poterat per se agere causam liberalem, ne forte servus ageret adversus dominum, ut Thalelæus notavit in *l.1. hoc tit.* quod servo non licet: Qua de causa & interim liberi loco erat in omnibus aliis actionibus instituendis adversus eum, qui se dominum dicebat, *l. ordinata, de liber. cau.* Denique is, qui litigabat de suo statu, non per se litigabat, sed per adsertorem, *l.1. C. Theodos. de liber. cau.* & nemo agebat de suo statu sine adsertore. Ac prætera licet petitio in servitutem iterari non possit ab eodem, *l.4.* A *& l.27. sup. tit. prox.* Tamen adsertio in libertatem iterabatur ab eodem ter, quaterque, etiam in causa appellationis: ne temere quis eriperetur in servitutem ex libertate: Qua de causa *& proclamatio in libertatem* dicta est: Nam idem sæpius iterare, & frequentare, *proclamare est*, & ita *l.1. hoc tit.* adsertionem fieri solitam secunda, & tertia vice: pro quo tamen in Basilicis est tertia, & quarta vice: Ut apud Martialem quoque illis versibus: *Adsertor venias satisque præstes. Et cum se dominum vocabit ille. Dicas esse meos manuque missos. Hoc si terque, quaterque clamitaris. Impones plagiario pudorem.* Adsertio igitur iterabatur ter, quaterque. Et ita sæpius iteratæ adsertiones, ut alias emendavi, dicuntur persusoriæ adsertiones a Suetonio in Domitiano *cap.8.* quod scilicet iterarentur defunctorie, & dicis causa: Et ut barbari loquuntur pro B forma tantum.

Hodie ex *l.1. hoc tit.* in causa liberali non est necessarius adsertor, qui causam agat pro eo, qui servus dicitur, qui etiam olim erat difficilis inventu, diuque trahebatur judicium liberale quærendi adsertoris gratia, sed qui de statu suo litigat, per seipsum causam agit sine adsertore, tanquam liber, sive agat ex possessione servitutis, sive ex libertate petatur in servitutem, non etiamsi ex servitute proclamet in libertatem, quia hic quodammodo servus esse præsumitur, quod sit in possessione servitutis: & servus non potest habere procuratorem ad lites, *l. servum, ff. de procurat.* Hic notandum est nobis, quid distet adsertor a procuratore: Qui ex libertate in servitutem petitur, potest agere causam per procuratorem, non per adsertorem: quia adsertiones sublatæ sunt. Item adsertor periculo suo C causam agebat, & præstabat satisdationem suo nomine judicio sisti, & res salvas fore, quas teneret is, qui servus diceretur, *l.1. & 2. Cod. Theod. de liber. cau.* Ac præterea si causam liberalem adsertor deseruisset, tenebatur actione pœnali: quod prodendæ libertatis causa factum est. Hæc est formula pœnalis actionis auctore Paulo *5. Sentent. tit.1.* Quin etiam mortuo homine, de cujus statu agebatur, pendente lite adsertor cogebatur litem peragere judicii forte de evictione emptori hominis servandi causa, ut in *l.2. hoc tit.* Ut fit in rei vindicatione, si vindicavero hominem, & is moriatur pendente lite, non ea etiam lis moritur: quoniam præter causam evictionis, necesse est pronunciari cujus is homo fuerit, ut sciatur emptori ejus hominis competat, necne actio de evictione, *l. utique, de rei vindicat.* Hodie autem sublatis adsertoribus *ex d. l.2. hoc* D *tit.* si mortuus sit pendente lite, is homo, qui sine adsertione de suo statu per se causam agit, ab eo lis transfertur in venditorem propter causam evictionis: ut scilicet venditor probet se vendidisse servum, non liberum hominem; aut subjiciatur periculo evictionis, quæ est sententia *l.2.*

Et hæc de assertore, cum quo nunc conferamus procuratorem, a quo adsertorem multum distare diximus.

Procurator agit periculo domini, non suo: Nam actio judicati datur domino, vel in dominum, non procuratori, vel in procuratorem, nisi fuerit procurator in rem suam, *l.4. D. de rei judic.* Denique procurator in rem alienam alieno periculo agit, puta periculo domini, id est, mandatoris.

Domini nomen est multiplex: nec enim respicit tan- E tum ad servum, sed etiam ad colonum liberum hominem, & ad uxorem, & ad beneficiarium, sive vasallum, & ad procuratorem. Item satisdationem judicio sisti nunquam præstat procurator; sed is, cujus res est, quæ præstatur semper ante litem contestatam, *l. amplius, D. rem rat. hab.*

Item procurator non præstat illam cautionem rem salvam fore, quam adsertor præstabat: Item si cœptam litem procurator deseruerit, non tenetur pœnali actione, sed mandati tantum actione in id, quod interest, *l. si quis, §. si susceptam, D. mand.* Et olim, ut dixi, nullo casu potuit quis status sui causam agere per procuratorem, ne absens duceretur in servitutem, aut damnaretur, auctore Paulo *lib.5. Sentent. tit.35.*

Nec

Nec poteſt etiam hodie cauſam ſtatus agere per procuratorem, ſi ex ſervitute in libertatem proclamet, ſed ſi ex libertate petatur in ſervitutem, poteſt agere per procuratorem, *l.* 1. Is autem, qui ſe dominum dicit, ſemper potuit agere cauſam ſtatus per procuratorem, *l. non ſolum*, §. *ſi is ſtatus*, *ff. de procurat.* Sive ex ſervitute in libertatem, ſive mutata vice ex libertate in ſervitutem peteretur. Et in cauſa liberali, licet actor ſit, qui petit in ſervitutem, reus qui petitur, vel potius, ut eleganter definit *l. generaliter*, *D. de except.* actor, ſecundum cujus intentionem judicium liberale concipitur. Et actoris tantum procurator caveat de rato, id eſt, rem ratam dominum habiturum, non procurator rei, *d. l. non ſolum*, §. 1. Tamen, *ut in d.* §. *ſi ſtatus*, ait fuiſſe expreſſum prætoris edicto; quod ad cautionem de rato attinet, procurator ejus, qui ſe dominum dicit, ſive is ſit actor, ſive reus, habetur tanquam procurator actoris, ut utroque caſu ſcilicet cavere debeat de rato: quæ eſt interpretatio *d.* §. *ſi ſtatus* valde notanda.

Perſequamur reliqua, quæ ſunt *in h. l.* Non eſt hodie neceſſarius adſertor, addit Juſtinianus, ut etiam non ſit neceſſe hodie iterari, & retractari ſæpius judicium liberale, ſublato more priſco, quo adſertio iterabatur ter, quaterque. Et ita quoque Domitianus, ut Suetonius ait, Recuperatores identidem monuit, ne ſe perfuſoriis adſertionibus accommodarent, id eſt, ne admitterent iteratas adſertiones, quæ, ut ſolebat fieri, inſtituerentur defunctorie, non ſtrenua opera. Et ait, *recuperatores*: quoniam olim magiſtratus ante *l. 2. ſup. de pedan. judic.* dabant judices, qui recuperatores dicebantur, de quibus Theophilus noſter *in tit. qui, & quibus ex cauſ.* qui ſcilicet de liberali cauſa cognoſcerent, ut recte legi apud eundem Suetonium *in Veſpaſiano*, Flaviam Domitillam uxorem Veſpaſiani ingenuam, & civem Romanam pronunciatam judicio recuperatorio, adſerente patre Flavio Liberali. Et ita quoque legi in antiquo privilegio Thermenſium majorum Piſidiæ: *quos Thermenſeis majores Piſidiæ liberos ſervoſve bello Mithridatis amiſerunt magiſtratus prove magiſtratus, cujus ea de re juriſdictio erit, quin de ea re in jus aditum erit: ita de re jus dicunto, ut in eos recuperare poſſint.* Addit præterea Juſtinianus in *h. l.* 1. ne peculium bonave ejus, qui de ſuo ſtatu litigat, ſequeſtro deponantur, ſi ex libertate vindicetur in ſervitutem: ſed ſi ex ſervitute proclamet in libertatem, tum ut res ejus ſequeſtro deponantur arbitrio judicis in æde ſacra, vel apud honeſtum virum, & probum, vel ubi videbitur judici. Quod ita eſt intelligendum ex *l. 3. tit. ſequentis*, ut qui ex ſervitute proclamat in libertatem, protinus reddat res, quas fatetur eſſe ejus, qui ſe dominum dicit, quas diffitetur, de eis præſtet ſatisdationem res ſalvas fore, ut in *ſup. tit. de ordin. cognit.* Ac deinde ſi liber pronunciatus ſit, reddat rationem actus adminiſtrati, ſi quem adminiſtraverit, & omnia bona, quæ conſtiterit eſſe profecta ab eo, qui ſe dominum dicebat, & ut ait *d. l.* 3. ut reddat etiam quæ furtivis compendiis, & obſcure capta & parata ſunt. *Vous ne ſcauriez mieux dire: faire le tour du baſton*: quod ibi gloſſa notat in Italia vulgo appellari Trebellianum, id eſt, *le tour du baſton*. Ut igitur hæc omnia reddat: Nam etſi liber ipſe pronuntiatus ſit, non tamen etiam liberum eſſe pronunciatum eſt, quod apud eum reſidet ex bonis adverſarii. At vero, quæ quis teſtamento ei reliquit, qui poſtea liber pronuntiatus eſt, vel donavit inter vivos, ut libero, non ut ſervo, id eſt, adventitia, ea ut ipſe retineat, ſibique vindicet. Verum exacto liberali judicio, ut ait *d. l.* 3. id eſt, expleto liberali judicio, atque peracto, ut in Baſilicis *πληρωθέντος*: & ita etiam gloſſa interpretatur recte *exacto*, id eſt, *finito*, illæ omnes res, quæ ſupra deſignatæ ſunt, ut diſcernantur, debent etiam profectitiæ res, maxime ſi non potuerit ſatisdare ſalvas eas res fore, ut in *l. ult. inf. de ord. cognit.* Ut omnes, inquam, ut aliæ ab aliis diſcernantur, apud ſequeſtrem deponi debent, & *in medio jure*, id eſt, apud ſequeſtrem, ut in *l. 5. inf. quor. appellat. non recip.* pro in depoſito, quod eſt in *d. l.* 5. Baſilica habent, in medio jure, *ἐν με-*

A *σωτοῦ δικαίῳ*. Atque ita omnibus rebus in medio poſitis, ut hic qui liber pronuntiatus eſt, ſua vindicet, & is, qui cauſa cecidit æque ſua, ut agant invicem rei vindicatione, rebus ante ſequeſtro depoſitis. Nec nos movere debet *l. un. ſup. de prohib. ſequeſt. pecun.* quaſi generaliter ea lex velit omnem ſequeſtrationem eſſe prohibitam. Eſt indigna objectio, quoniam ille titulus de prohibita ſequeſtratione pecuniæ pertinet ad actionem creditæ pecuniæ, qua petitur quantitas certa, quæ mutuo data eſt; non ut certa corpora nummorum: quia ex cauſa mutui non debeo reddere eandem ſpeciem, ſed idem genus, id eſt, quantitatem eandem, & qui repetit pecuniam creditam, non jure deſiderat, ut interim dum lis agitur, ea quantitas ſe-
B queſtro deponatur; quia ejus quantitatis non ſubeſt certum corpus: generis non ſubeſt certum corpus, ut vereri non debeamus, ut intervertatur quantitas, quæ certe interverti, & perire non poteſt. At cum agitur de rebus, quarum eſt certum corpus, quia interverti poſſunt, jure deſideratur ſequeſtratio earum.

Poſtremo additur in *h. l.* 1. ab his, qui de ſtatu ſuo litigant per ſe ſine adſertore, ante litis conteſtationem, ut dixi, eſſe præſtandam ſatisdationem judicio ſiſti, vel ſi non poſſint invenire fidejuſſores, eſſe committendos juratoriæ cautioni, ut jurent judicio ſiſti ſe perſtaturos in judicio, & cognitione ſtatus. Ac deinde ſubjicit in §. *ſcientes* (quem vellem non eſſe paragraphum, id eſt, non eſſe avulſum a prioribus verbis) ut ſi quis poſteaquam cavit judicio ſiſti, cognitioni abſit, cum ex libertate vindi-
C caretur in ſervitutem, & edictis evocatus præſentiam ſui facere contempſerit, & in ea contumacia per annum perſeveraverit, ut omnino ſervus eſſe pronuncietur, etiamſi revera non ſit ſervus: etiamſi liqueat eſſe liberum, quod eſt durum & iniquum, ut videtur: quia judex, cui liquet bonam eſſe cauſam abſentis contumacis, debet & ſecundum abſentem pronunciare. Et ita nominatim proditum eſt de libertate, ut ſecundum libertatem ſententia feratur, ſi abſentem appareat judici non eſſe ſervum, *l. Divi*, §. *ult. D. de liber. cauſa*, quam merito objicit Accurſus; idque obtinet in omnibus cauſis: ut etiamſi qua pars abſit per contumaciam, quantovis tempore abſit: poſſit judex, & vere debeat ſecundum eam pronunciare, ſi ejus videatur cauſa bona, *l. & poſt edictum*, *D. de judic. l. properandum*, §. *ſin autem ex geſtis*, *ſup. de judic. l. 1. inf. quomodo,*
D *& quando judex*: *Et Novella* 49. Neque obſtat, quod dicitur in *l. contumaciæ, de re judic.* Contumaciam plecti damno litis: Nam hoc non eſt contumacem ſemper condemnari, ſed condemnatum nunquam rem ſuam recipere poſſe, nec reſtitutionis, nec appellationis remedio: quoniam hoc eſt perpetuum in jure, damnato ex contumacia non eſſe jus appellandi, non eſſe reſtitutionis petendæ jus: quia ſuo vitio condemnatus eſt. At abſolvi certe poteſt: Quid ergo eſt, quod ait in *l.* 1. Juſtinianus, eum qui ex libertate petitur in ſervitutem, poſt præſtitam cautionem judicio ſiſti, ſi annum abfuerit cognitioni contumaciter, omnimodo ſervum pronunciari. Ratio hujus conſtitutionis facile intelligitur, ſi hæc verba §. *ſcientes* legamus conjuncta oratione, conjuncta ſcriptura cum præcedentibus, *juratoriæ cautioni committi, ſcientes, quod ſi poſt*
E *hujuſmodi expoſitionem*, id eſt, poſt expoſitionem hujuſmodi cautionis juratoriæ, *abfuerint*, *&c.* Atque ita tenor orationis docet non tam plecti contumaciam, quam perjurium, quod is, a quo non ſunt exacti fidejuſſores, qui commiſſus eſt ſuæ fidei, jurationi ſuæ, ſuo jurejurando, id ſi non ſervaverit, poſt annum ſervus eſſe pronuncietur: cum nulla cura religionis teneatur: Et ita etiam ſentit rectiſſime D. Alciatus 3. *παρέργων*. Et ita inveni in *l. ſi quis major*, *D. de tranſact.* eum, qui venit contra tranſactionem juratam, cadere eo jure, quod ipſe liquido habuit ex ipſa tranſactione, vel alio jure, quod ſpectet ad eam rem, de qua tranſactum eſt, tranſactioni interpoſito divino numine; neque tamen ſuo jure cadere, ſi tranſactio non eſſet jurata, *d. l. ſi quis major.*

AD TITULUM XVIII.

QUIBUS AD LIBERTATEM PROCLAMARE NON LICET, &c.

PROCLAMANDI verbo etiam significatur iteratio adsertionis, si quis se iterum, atque iterum adserat in libertatem, ut fieri olim solebat ter, quaterque: & inde jocus Ciceronis apud Plutarchum, cum Marcus Gellius, qui vulgo non existimabatur esse ingenuus, gereret tamen se pro ingenuo, & quadam die in Senatu recitaret literas quasdam magna voce & insana, Cicero proxime adstantibus dixit: Nolite mirari: quia unus erat ex iis, qui olim proclamaverunt. Sic ille locus est explicandus, quem male accipiunt de Prætoribus, quasi M. Gellius ex numero Prætorum fuerit: quæ interpretatio joco adimit omnem venustatem. In hoc autem titulo *l. 1. & 2.* ostenditur, quod est in prima parte tituli, quibus ad libertatem proclamare non licet, &c. Atque in primis ostenditur, proclamationem ad libertatem denegari ei, qui cum major esset viginti annis, compacto participationis pretii se venalem præbuit bonæ fidei emptori. Hic proclamare ad libertatem non potest, quam prodidit ipsemet sibi. Quod esse ex Senatusconsulto significat *l. 3. ff. eod.* Et ex Senatusconsulto Claudiano id esse innuit inscriptio *l. ult. ejusd. tit.* Et adeo verum est, ut etiamsi postea manumissus sit ab emptore, non recipiat ingenuitatem, quam habuit, antequam se venalem præberet, sed libertinæ conditionis efficiatur, *l. homo liber, ff. de statu hom.* quia indignus est ingenuitate, qui ea seipsum ignaviter abdicavit, pro qua retinenda alii nec mortem quidem fugiendam censent: qui libertati, qua nihil est præstantius, prætulit vilissimum quæstum. Eadem ratione si servus, cui jam debetur fideicommissaria libertas, ut mox possit eam petere, & obtinere, in ipso confinio adipiscendæ libertatis, si se venalem præbeat, ut participet pretium, non poterit ad libertatem proclamare, *l. 1. hoc tit.* nec implorare fidem poterit Prætoris fideicommissarii, qui in ipso limine consequendæ fideicommissariæ libertatis ea se abdicavit accepta pecunia. Et hæc est ratio *l. 4. in fi. ff. eod.* Quin etiam placet militem, qui se in servitutem venire patitur, qua re nihil est sordidius, capite puniri propter ignaviam, *l. quædam, ff. de pœnis.* Videlicet si in servitutem se venire passus sit ad pretium participandum. Dixi initio propositionis *major 20. annis*: nam minor 20. annis, quam libertatem ex l. Ælia Sentia propter infirmum ætatis consilium aliis dare non potest sine consilio prætoris, aut præsidis causa probata, & inconsulto, etiam ipse se libertate abdicare non potest, *l. 17. sup. de lib. causa.*

Dixi, *bonæ fidei emptori*; id est, ignoranti hominem esse liberum, ignoranti hominem venalem esse liberum, existimanti esse venalitium, quod nomen tribuitur tantum servo: Nam adversus malæ fidei emptorem, qui sciens emit liberum hominem, placet dari proclamationem in libertatem, quia nulla venditio est, *l. liberis, ff. de lib. caus.* Dixi, *compacto participationis pretii*. Nam si is, qui se venire patitur sciens, prudensque, simulata servitute non participet pretium, servus quidem fit, sed integra est ei, qui nihil sordide fecit, qui nihil æris accepit, proclamatio ad libertatem, *l. 1. hoc tit. l. 5. de lib. causa.* Est quidem malus, qui simulat servitutem, & decipit emptorem dolo malo, atque eo nomine tenetur emptori in factum, quæ est annua, & pœnalis in duplum ex edicto prætoris, *l. in tantum, l. non solus, ff. de lib. cau.* Venditor etiam evictionis nomine emptori tenetur in duplum, si intervenerit stipulatio duplæ ob evictionem, atque ita fit, ut emptor habeat quadruplum, quod ostenditur in *l. vel obligatus, ff. de lib. cau.* non tamen est indignus ea libertate, qui non participavit pretium, licet sciens venum ierit ut servus: nam integra est ei proclamatio ad libertatem. Et idem multo magis dicendum est, si liber homo passus sit se donari alii tanquam servum, vel dari in dotem, vel pignori, vel sponsaliorum nomine, ut *l. ult. sup. de ingen. manumiss.* quia hic nullum pretium intercedit. Quod ergo in venditis liberis hominibus locum habet, ut non denegetur iis proclamare in libertatem, si pretium non participaverint, istud multo magis locum habet in donatis, vel datis in dotem, vel pigneratis, vel datis pro munere sponsalitio, ubi nullum pretium intercedit. Et quod ait *l. 16. sup. de lib. cau.* mulierem nescientem in dotem dari, & eam rem non obesse libertati, id proponit ex facto: Nam idem est in sciente, si sciens patiatur se dari in dotem, ut non denegetur ei proclamatio in libertatem. Sicut etiam in *l. scientis, sup. de ingen. manum.* recte Thalelæus notat illud *scientis* proponi ex facto, de quo agebatur, quod idem sit in nesciente, quod lex illa constituit, ut præstatio servilis ministerii non faciat servum. Igitur ut alias ostendi, utque rei consequentia suadet in *l. si usumfructum, §. 1. de lib. cau.* legendum est addita negatione, ut quæ dicta sunt de venditis liberis hominibus, quibus non denegatur proclamatio ad libertatem, puta si pretium non participaverint, pertineant etiam ad donatos, & pigneratos, & datos in dotem, quod ex iis negotiis non interveniat pretium. Et hæc de lege 1. In *l. 2.* ostenditur etiam libertatem, vel proclamationem in libertatem denegari iis, qui ex latronum familiis descendunt, si servi facti sint, vel largitione Principis, vel auctoritate fisci, quod exponamus. Primum notandum est familiam latronum dici pro secta, sive factione, Gall. *une bande*, ut dicimus, *familiam gladiatorum*, *familiam Philosophorum*, *familias Jurisconsultorum*: quæ duæ sunt sectæ, Proculianorum, & Sabinianorum. Secundo notandum est eos, qui capiuntur a latronibus non fieri servos, nec captivos, quia non bello capiuntur, *l. postliminium, §. ad piratas, & l. hostes, ff. de capt. & postlim. l. 1. in princip. de leg. 3. l. qui latronibus, ff. qui testam. fac.* Et vice versa latrones, qui capiuntur, non fiunt servi, ut jus sit æquabile. Sed aliquando pro præmio a principe in servitutem dantur iis, qui eos ceperunt, & expugnaverunt, ut sint servi ex largitione Principis: & ex hoc loco potest explicari, quod est obscurum in *l. penult. C. Theod. de lib. causa, vel ad Senatusconf. Claud.* ut servi alii fiant bello, alii connubio, ut mulier libera, quæ contra denuntiationem domini rem habet cum servo alieno, aut ei nubit ex Senatusconsulto Claudiano ea serva fit connubio, alios ait fieri servos præmio. Quid? An servitus datur pro præmio? Minime: sed sunt, quibus pro præmio liber homo datur, ut sit eorum servus, pro præmio victoriæ, si devicerit, & debellaverit factionem latronum, ut in *hac l. 2.* ex largitione Principis, vel auctoritate Fiscali, puta si sint facti servi fisci. Qui descendunt ex familia latronum, fiebant aliquando servi pœnæ, ut de Isauris latronibus famosissimis est proditum apud Marcellinum *lib. 14.* Et hæc de prima hujus tituli parte, *Quibus ad libertatem proclamare non licet, &c.* Ad secundam pertinet tantum *lex tertia*, quæ exposita est titulo superiori: Itaque transeamus ad titulum 19.

AD TITULUM XIX.

DE ORDINE COGNITIONUM.

DISTAT hic titulus *de ordine cognit.* a tit. *de ord. judic.* qui est lib. 3. In titulo *de ordine judiciorum* agitur de omnibus judiciis, si plura judicia concurrant, & vertantur inter duos; utra prius expediri debeant, criminale judicium præferre utrum oporteat civili, possessorium petitorio, majorem quæstionem minori. In hoc autem titulo agitur de causis liberalibus, proprie accepto nomine cognitionum: Nam *cognitiones* cum dicimus simpliciter,

de

de statu litis dicimus. Et hoc tantum agit in hoc tit. ut ostendat *liberale judicium impedire cetera judicia omnia*, id est, *præferri ceteris omnibus judiciis, & terminari, sive decidi priusquam veniatur ad cetera judicia, quæ concurrunt, & inde præjudicii nomen*. Ac primum *in l.* 1. 3. & 4. ostenditur, judicium liberale impedire accusationem criminalem, atque ita hoc casu simile judicium præfertur criminali, quod nota: nam causa liberalis est civilis causa: judicium, inquam, liberale impedire accusationem criminalem, quam instituere parat is, qui de statu suo controversiam patitur, adversus eum, qui se dominum dicit: Nec enim aliter admittitur, quam si liberali judicio liber pronuntiatus sit. Itemque si in eum ipsum, qui servus dicitur, alius instituat accusationem, quia aliter puniuntur liberi homines ex delictis, aliter servi; servi gravius. Ut ergo sciatur, quæ pœna reo criminis sit infligenda, prius constare oportet de statu ejus. Ergo prius cognoscendum est de causa liberali, quam veniatur ad crimen, *l.3. hoc tit.* Et in *l.4.* idem ostenditur, quod in *l.1. & l. quoniam, inf. de adult.* ut qui accusat aliquem, si ei objiciat servum esse ejus, quem accusare vult, differatur accusatio, quoad finita sit causa status. Et hoc si is, qui accusatur, dicat eum *esse servum suum*: Nam si dicat *esse alienum*, cessat causa liberalis, si inquam dicat hoc modo, *non potes agere in me, quia servus es Lucii Titii*, non proponitur liberalis causa, cum non contendat eum esse servum suum, ideoque hoc casu criminis examinatio ostendet, utrum accusatio induci debeat propter statum personæ, an evanescat, quia & servo certis ex causis accusare permittitur, veluti ex causa *legis Juliæ Majestatis*, vel falsæ monetæ. Et ita quod objicitur esse servus alienus, judex dispiciet, an sit removendus ab accusatione ex genere accusationis. Induci *in h. l.* non est aboleri, & circumduci, sed introduci: inducere non est διαγράφειν: & recte in Basilicis pro induci est, εἰσενέγκειν: & ita etiam in *l.7. ff. de petit. hered.* Recte Basilica pro *inducatur*, εἰσενέγκῃ. Ac præterea judicium liberale, etiam impedit petitionem hereditatis, *l.2. hoc tit.* Cujus duæ sunt partes. In prima ponitur, de libertate, & hereditate simul agi, & priorem esse causam libertatis. In secunda parte ponit, de libertate tantum agi principaliter, puta L. Titio vindicante hereditatem ab intestato, tanquam filio defuncti, & in modum exceptionis induci, & incidere quæstionem status, quod a possessore hereditatis is, qui vindicat hereditatem legitimi, dicatur esse servus, quo casu quidem ordinanda est causa liberalis, ut interim liberi loco habeatur & recte persequatur litem de hereditate: Sed de hereditate pronuntiabitur, de qua sola actum est principaliter, non de libertate: & sententia, qua evicerit hereditatem, plurimum ei opitulabitur adserenti se in libertatem. Atque eandem puto esse speciem *l.1. sup. de ord. judic.* Præterea judicium liberale impedit repetitionem pecuniæ debitæ, si is, qui repetit, dicatur esse servus, quia cum servo nulla est actio. Idemque dici potest, de quacunque actione criminali, vel civili, *l. 5. hoc tit.* Item de actione furti, vel legis Aquiliæ, quia cum servo dominus non agit furti, licet furtum fecerit, quia in furem omnem habet potestatem: nec actione *l. Aquiliæ*, si damnum dederit domino, *l.6. hoc tit.* In qua initio *l. si res tuas raptas*, legendum est, *res tuas ruptas*, id est, corruptas, quod est verbum Aquiliæ, vel amotas, quia ut integra lex docet, de duabus rebus agitur, de damno dato, si quid *ruperit*, id est, *corruperit*, & de rebus *ablatis*, quas leniori verbo vocat amotas. Et de iis etiam agitur *in l. ult. hoc tit.* cujus hæc est sententia, ut liberalis causa impediat actionem bonorum raptorum, etiam si is, qui se dominum dicit, aliquid rapuisse dicatur ei, quem servum suum esse dicit, & hoc si ille ex servitute proclamet in libertatem: nam prius excutienda est causa liberalis, quam agatur de rebus raptis. Sed si de libertate vindicetur in servitutem, quæ ei erepta sunt, protinus reddi debent, præstita cautione *res salvas fore*, vel si non potuerit invenire fidejuss. eas sequestro deponi oportet, ut si interim alia bona non habeat ex rebus sequestro depositis ei suppeditetur sumptus litis, & victus, & vestitus, & stratus, ac demum si liber pronuntiatus sit, ut ei omnia restituantur. Hæc est sententia *l.ult.* quam confirmat *l.3. sup. de lib. cau.* Et notandum est, quod ait *l. ult.* direptorum negotiorum, pro direptarum rerum, Græco more, qui dicunt πράγματα, pro negotiis, & pro rebus, sive facultatibus. Ita videmus in *h. l. ult.* negotia pro rebus dici, pro bonis, Græcorum exemplo.

AD TITULUM XX.
DE COLLUSIONE DETEGENDA.

TITULUS *de liberali causa* trahit ad se titulum *de adsertione tollenda*, quæ pars erat liberalis judicii, & quam D. Marcus confirmaverat, ut Capitolinus scribit in Marco his verbis: *antiquam de assertionibus* (sic legend.) *legem firmavit*: & titulum: *quibus ad libertatem proclamare, &c.* id est, qui non possint liberali judicio agere libertatis adipiscendæ gratia, & titulum *de ordine cognitionum*, quo ostenditur, jure ordinario hanc esse prærogativam liberalis judicii, ut solemnis ordinatio prius decidi debeat, quam ullum aliud criminale judicium, vel civile. Trahit etiam hunc *titulum 20. de collusione detegenda*: qui est titulus de causa liberali, acta inter dominum, & servum nimia indulgentia, & conniventia domini per colludium, & ex compacto, ut servus liber pronuntiaretur, non justa & strenua contradictione, ut *tit.* 18. habuimus unum casum, quo loco præmii datur quis in servitutem alterius, puta grassator si capiatur, ex largitione principis præmii loco fit servus ejus, qui in illum cepit vivum, ita hoc titulo datur alius casus, quo is, qui liber pronuntiatus est, domino lusorie cum eo agente de statu; pro præmio sit servus ejus, qui colludium, & compactum detexerit. Idque ex Senatusconsulto Ninniano; sic in *l.2. hoc tit. ex Basilicis, & veteribus libris*: & fortasse in Fastis sub Domitiano, qui dicitur Nonnius, Asprenas, est Ninnius, non Nonnius, celebre nomen Romanæ familiæ, vel ex Lucio Ninnio Tribuno plebis, qui intercessit iniquis rogationibus Clodii, ut Dio scribit l.38. & quo referente Senatus decrevit de reditu Ciceronis, ut idem Cicero sæpius scribit. Generaliter autem verum est, si actum sit perlusorio judicio, id est, per collusionem, non strenuo nisu rem judicatam pro veritate non haberi, ut in *l.27. sup. de lib. cau. l. si servus, §.1. D. de legat. 1. l. si perlusorio, D. de appellat.* rescripto Divi Pii, cujus fit mentio in *l.1. hoc tit.* similis est *lex 9. sup. de ingen. & manumiss.*

AD TITULUM XXI.
NE DE STATU DEFUNCTORUM, &c.

UT collusioni detegendæ ingenuitatis, & libertatis, qua de re actum est titulo superiore ex Senatusconsulto Ninniano post sententiam quinquennium præscriptum est, ita hoc titulo ex alio SC. ut ostendit *l. 4. & ult.* quinquennium præscribitur volentibus quærere de statu defuncti, qui in die mortis suæ, quod exigit *l. 1. & 2. & 6.* sine interpellatione vixit ut liber, palam, non clanculum, & furtim, fugitans dominum, ut in *l. ult.* Nam hoc SC. tantum in eo locum habet, qui in oculis omnium vixit pro libero in diem mortis suæ, ut post quinquennium a die mortis, de ejus statu quæri non possit; dico *quæri*, non agi: Nam de statu defuncti constat liberali judicio principaliter agi non posse, *l.13. sup. de liber. cau.* quia nihil interest nostra, nec addecet, ut Martialis ait, *vellere barbam mortuo leoni*. Ideo in hoc tit. non hoc vult, ne agatur principaliter de statu mortui,

ne

ne in mortuum sit liberale judicium, quod erat certissimum, sed in aliam litem principalem, puta in litem bonorum, quæ movetur heredi defuncti, vel in litem de statu viventis, si incidat quæstio de statu defuncti, ex Senatusconsulto ut ea non admittatur post quinquennium a morte defuncti, nec possit per aliam quæstionem præjudicium fieri statui ejus, qui ante quinquennium decessit. Puto SC. factum fuisse divi Marci temporibus, ex oratione Divi Marci, cujus fit mentio in *l.1. hoc tit.* Cum & de eo Capitolinus ita scribat: *De statu defunctorum intra quinquennium quæri jussit*: quod refert *l. ult. ff. eod.* Primum omnium etiam edixisse Divum Nervam, & Divum quoque Claudium non edixisse, sed rescripsisse tantum, quæ differentia est notanda: Nam edictum est lex generalis, rescriptum specialis, ne per quæstionem summariam præjudicium fieret statui defuncti. Et refert quoque Svetonius Vespasianum de statu defunctorum quæri vetuisse ultra certos annos. Omnes hi principes hoc agebant ut tuerentur illæsum statum defunctorum, qui in diem mortis vixerant ut liberi, intra quinquennium admittitur incidens quæstio de statu defuncti: Nam principalis non admittitur, modo non faciat præjudicium ante quinquennium mortuo. Et ita etiam de statu vivi principaliter agi potest, modo per eam quæstionem non fiat præjudicium statui ejus, qui ante quinquennium mortuus est, quod si cœpta sit causa liberalis adversus aliquem, & is moriatur pendente lite, lis continuo non extinguitur, sed perdurat, non propter ipsum, qui defunctus est, sed propter causam evictionis, ut in *l.2. sup. de adsert. toll.* vel ob causam bonorum, ut sciatur ad quem pertineant, vel dominii singularum rerum, *l. 3. hoc tit.* Et notandum hanc præscriptionem quinquennii opponi etiam agenti fisco post quinquennium, moventique, aut movere tentanti quæstionem status defuncti, *l.1. ff. eod.* Eandem quoque exceptionem opponi pupillis agentibus, & Reipublicæ, *l. 6. hoc tit.* quæ comparat Rempublicam pupillo, ut *l.9. ff. de appell. l. pen. sup. ex quib. caus. major. l. pen. inf. de jure Reipubl.* Ideo ait, etiam agenti de statu defuncti, post quinquennium pupillo, vel Reipublicæ obstat præscriptio quinquennii, quia libertas publicam tutelam meretur, *l.2. ff. eod.* adeo ut nec ex ea causa pupillus, & minor 25. annis possit restitui in integrum, id est, adversus libertatem: si posset in integrum restitui ex ea causa, hodie ex *l. ult. in quib. caus. in integr. rest. necess.* ipso jure adversus eum non curreret præscriptio quinquennii, id est, ipso jure tutus esset, nec ei opus esset restitutione in integrum, sed quia ex hac causa non restituitur in integrum, ideo cessat hoc casu *d. l.ult.* Et præscriptio quinquennii currit contra minorem, fiscum, & Remp. quia ea res publicam tutelam meretur. Et notandum, *statum* in hoc titulo accipi pro deteriore statu, puta si qui vixit ut liber, in diem mortis dicatur fuisse servus, puta, si quis vixit, ut ingenuus, in diem mortis dicatur fuisse libertus: nam si quis vixit ut sui juris, id est, ut emancipatus a patre, in diem mortis potest dici esse alieni, id est, in potestate patris. Ad hanc speciem non pertinet hoc Senatusconsultum, sive præscriptio quinquennii: nam & post quinquennium quæri potest de emancipatione, id est, an defectus jure emancipatus fuerit, nec ne. *l. 5. hoc tit.* Nam hic status non est deterior status, emancipatio est minima capitis deminutio, minima mutatio status. Et hoc ita intelligi debet, ut post quinquennium ab alio induci possit hæc quæstio, utrum defunctus fuerit sui juris, an alieni, id est, utrum filiusfam. an paterfam. non tamen a patre ipso, qui eum emancipavit .i. non audietur pater post mortem filii, si dicat se eum non rite emancipasse, ne veniat inconstanter contra factum suum, *l. post mortem, ff. de adoption.* quam observandum est non loqui de patre, qui negat se emancipasse, qui audiretur, *l.2. §. si adversus Rempub. jud.* sed de patre, qui dicit se emancipasse, non tamen jure: qui non auditur impugnans quod fecit. Postremo ad hunc tit. notandum est, quod ait *lex*
A *pen.* Procuratorem Reipublicæ non esse competentem judicem in causa ingenuitatis, sed Præsidem provinciæ, hoc certo certius est in procuratore Reipublicæ. Itaque *ut in l. pen.* major sit causa dubitandi, maxime, quia loquitur de eo, qui dicebatur servus fisci, est legendum, *Procuratorem rei privatæ*, quem constat, si agatur de servo inter fiscum, & privatum, esse competentem judicem in causa libertatis, & servitutis, sic est legendum in *l. pen. sup. ubi caus. stat.* & libertatis, pro libertinitatis, ut lex ipsa demonstrat: alioquin pugnaret ipsa secum. Sic igitur statuo: procuratorem fisci, vel procuratorem rei privatæ, qui rationalis dicitur, & catholicus, esse judicem competentem in causa libertatis, & servitutis, sed non in causa ingenuitatis: eam enim tantum agi posse apud Præsidem provinciæ, ut *l.2. sup. de ped. judicib. & d. l. penult. hoc tit.* quam esse de causa inge-
B nuitatis ostendit initium *l. si pater tuus velut ingenuus*.

AD TITULUM XXII.

DE LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONE, &c.

POST quinquennii præscriptionem inductam SC. Ninniano, quæ tuetur statum eorum, qui liberi pronuntiati sunt, & post aliam præscriptionem quinquennii inductam alio SC. quæ tuetur statum defunctorum, nunc datur præscriptio longi temporis, id est, continui decennii inter præsentes, & continui vi-
C cennii inter absentes, quæ adversus libertatem nec ipsa, neque longioris temporis præscriptio sola quidquam potest, etiamsi quis diutissime fuerit in possessione servitutis, etiamsi sexaginta annis, ut ait lex 3. ex facto proposito. Nullo igitur tempore proclamatio ad libertatem extinguitur, qui maximus est libertatis favor. At præscriptio longi temporis plurimum facit pro libertate, si quis longo tempore sine interpellatione fuerit in possessione libertatis bona fide, & ex justo initio possessionis: Nam hæc tria requiruntur, ut libertati proficiat præscriptio longi temporis, primum longum tempus, & cessatio interpellationis, id est, ut fuerit quis sine interpellatione in possessione, & bona fides, & justum initium possessionis, *l.2. h. t. l. ult. sup. de iis, quia non dominis, &c.* justum initium possessionis, id est, titulum
D justum requiro, veluti manumissionem justam, vel redemptionem a servitute, vel vicarii servi traditionem, vel peculii adsignationem, puta si dominus servo peculium concesserit, ut eo uteretur libere ut liber, tanquam proprio patrimonio, *l.3. C. Th. sup. de liber. cau.* nec semper requiro, ut annis 20. in possessione libertatis fuerit, sed contentus sum decennio inter præsentes, ut *l. si cum, §. Aristo, ff. qui, & a quib. manum.* Qua in re valde peccant glossæ in hac *l.2.* quæ neque justum titulum requirunt, neque contentæ sunt decennio inter præsentes, quod est contra *l.2.* quæ justum initium requirit, quid aliud est, quam justus titulus? & contra *d. §. Aristo*, qui contentus est decennio: Quod si quis mala fide fuerit in possessione libertatis, ut servus fugitivus, qui se gerit pro libero, non ignarus conditionis suæ, placet longi tem-
E poris præscriptionem ei non prodesse, *l.4. hoc tit.* quæ congruenter sequitur vicinitatem *l. ult. tit. sup.* quæ est etiam de servo fugitivo, ut tametsi in fuga decesserit, quinquennii præscriptio non obstet agenti de statu ejus: posset tentari servo fugitivo, qui se occulte pro libero gessit, & fide mala prodesse præscriptionem 30. annorum ex *l.4. ff. de præscript. 30. ann.* in qua Anastasius generaliter constituit, ut omnis quæstio quacunque de re, vel jure, vel conditione finiatur præscriptione 40. annorum. Quod tamen postea noluit Justinianus obtinere in colono adscriptio, qui nec præscriptione 40. annor. redditur immunis conditione colendi agri alieni, cui est adscriptus, & addictus, ne agrorum cultura deferatur, *l. cum satis, C. de agric. & censit.*

AD

AD TITULUM XXIII.

DE PECULIO EJUS, QUI LIBERTATEM MERUIT.

IN hoc titulo proponitur una differentia inter manumiſſionem ſervi, quæ fit inter vivos, & eam, quæ fit teſtamento. Manumiſſo inter vivos tacite videtur concedi peculium, ſi non ſit ademptum, niſi ſit pupillus, qui manumittat apud conſilium, *l. pen. D. de manum. vind.* Manumiſſo autem in teſtamento peculium concedi non videtur, ſi non ſit relictum nominatim. Quam differentiam probat §. *peculium*, *Inſt. de leg.* & *lex tertia, de manumiſſ. ſerv. ad civit. pertinent. l. ſi Sticho, ff. de pecul. l. 1. ſup. de comm. ſerv. man.* Idemque eſt in filio emancipato, quia videtur pater ei concedere peculium, quod habet, ſi ei in emancipatione non ademerit, *l. donat.* §. 1. *ff. de donat.* Et ratio differentiæ hæc eſt, quia dum manumitto, vel emancipo inter vivos, alii non tribuo peculium: Concedere igitur videor manumiſſo, vel emancipato, quod alii neque tribuo, neque mihi retineo: at in teſtamento, dum manumitto ſervum, peculium alii relinquo, puta heredi inſtituto, qui mihi, in jus univerſum ſuccedit: & in jus peculii igitur. Denique cum inſtituo heredem, videor adimere peculium manumiſſo in eodem teſtamento, quod ei non relinquo nominatim, ut plane ſequi debeat heredem potius, quam manumiſſum, quoniam in dubio heredi parcimus, heredi favemus, heredem exoneramus, quem etiam magis dilexiſſe videtur teſtator, *l. Sempronius, de leg. 2.*

AD TITULUM XXIV.

DE SENATUSCONSULTO CLAUDIANO TOLLENDO.

EXPLICANDA eſt prius ſententia Senatuſconſulti Claudiani, de quo in hoc titulo agitur. Senatuſconſulto Claudiano cautum eſt, ut mulier libera, quæ non habita ratione honeſtatis, & pudoris contra denunciationem domini ſe jungit ſervo alieno, capite minuatur, & fiat ancilla ejus, cujus ſervus eſt, & fortunas quoque omnes cum capite in familiam, & domum ejus transferat, & filii ex ea conjunctione nati ſervi naſcantur, ut *l. pen. C. Theod. de liber. cauſa.* Et ſic fit ancilla connubio, qua de re Ulpianus *lib. reg. tit. de tut.* Et Tertullianus *lib. 2. ad uxorem*: *Nonne*, inquit, *inſuper cenſuerunt ſervituti vindicandas, quæ cum ſervo alieno poſt domini denuntiationem in conſuetudiue perſeverarunt.* Et Corn. Tacitus 12. *annalium*, qui hujus Senatuſc. auctoritatem tribuit D. Claudio; ut omnes auctores, excepto Svetonio, qui neſcio quo errore id tribuit Veſpaſiano *cap.* 11. dum ſcribit, auctorem fuiſſe Veſpaſianum Senatui decernendi, ut quæ ſe ſervo alieno junxiſſet, ancilla haberetur, quod omnes, ut dixi, tribuunt Claudio, & verum eſt. Et ea de re ita ſcribit Tacitus, ut legendum eſt illo loco: *Inter quæ refertur de pœnis feminarum, quæ ſervis conjungerentur, ſtatuiturque, ut ignaro domino ad id prolapſæ in ſervitute, ſin conſenſiſſet, pro libertis haberentur.* Atque ex eo loco licet intelligere, eam tantum fieri ancillam, quæ ignaro & invito domino, & contra denunciationem ejus nupſit alieno ſervo; eam vero, quæ nupſit conſentiente, non fieri ancillam, ſed haberi pro liberta. Fuit autem opus trina denunciatione domini, & ſententia prætoris, qua pronunciaretur ancilla ejus, cujus denunciationi non paruit abſtinendo a conſuetudine ſervi. Et hoc docuit Theophilus §. *ult. Inſt. de ſucceſſ. ſubl. quæ fieb. per bonor. vendit.* idemque confirmat *l. 9. & ult. C. Theod. de liber. cauſa*, & *l. 10. C. Th. de murilegulis*, quæ & omnino ad hanc denuntiationem, quæ fiebat ex SC. Claudiano referenda eſt, *l. Lucius, ff. depoſ.*

A cujus hæc eſt ſpecies: Pater filiam, quam habuit in poteſtate, in matrimonium collocavit ſervo alieno, quod non eſt matrimonium: inter ſervos, vel cum ſervis non eſt connubium. Eam igitur ſervo alieno, quod non eſt matrimonium, collocavit, & ei dotem dedit, quam tamen nec dotem appellavit, quia ubi non eſt matrimonii nomen, ibi dos eſſe non poteſt, *l. 3. D. de jur. dot.* ſed eam pecuniam quaſi dotalem in cautionem deduxit ſub titulo depoſiti, ut ait *lex Publia, eod. tit.* id eſt, eam pecuniam ſervo alieno non dedit in dotem nominatim, ſed veluti in cauſam depoſiti: Poſtea nulla denuntiatione a domino facta, ut cavetur SC. Claudiano, ut mulier abſtineat conſuetudine ſervi, pater deceſſit, & mox ſervus, quæritur, qua actione filia eam pecuniam repetat? Non actione de peculio ex cauſa dotis, quoniam dos conſtitui non po-
B teſt, ſed eam repetet a domino ſervi, qui non contradixit connubio, actione de peculio ex cauſa depoſiti. Hæc eſt ſententia *d. l. Lucius.* Et ſecundum hæc notandum eſt Accurſium male interpretari *l. 34. ſup de lib. cauſa*, dum ait, *liberam concubinatus ratione non conſtitui ancillam, puta*, inquit, *ſi fuerit in concubinatu ſervi mei*: imo vero hoc caſu conſtituitur ſerva ex SC. Claudiano. Igitur ſic potius illam *legem* 34. exponamus, ſi fuerit in concubinatu meo: Nam & ingenua mulier poteſt haberi in concubinatu, quia illa conjunctio olim non fuit illicita, licet legamus apud Vopiſcum *in Aureliano*, eum vetuiſſe ingenuas haberi concubinas: ſed ex *l. 3. ff. de concub.* etiam ingenua, maxime obſcuro loco nata, in concubinatu eſſe poteſt. Quod vero juris fuit Romæ ex Senatuſconſulto Claudiano, invenio omnino juris fuiſ-
C ſe inter Longobardos, atque inter Francos, ut ſerva fieret, quæ nuberet ſervo alieno, ut ſcriptum eſt in eorum legibus, *l. ult. l. ſi ſervus liberam puellam, vel mulierem in conjugium acceperit in legib. Longobard.* Nec eſt omittendum, SC. Claudianum feciſſe in hac re differentiam inter liberum, & liberam: Nam libera, ſi jungat ſe ſervo alieno, ancilla fit: at liber homo, qui ſe junxiſſet ancillæ alienæ, non fiebat ſervus, etiamſi ei denuntiatum fuiſſet, ut abſtineret conſortio ancillæ, *l. 9. ſup. comm. de ſucceſſ.* & *l. 3. de liber. cauſa.* Item quod diximus de libera, quæ jungit ſe ſervo alieno, obtinuit exemplo SC. Claudiani ſi libera junxiſſet ſe adſcriptitio alieno: Nam fiebat adſcriptitiæ conditionis. Sed hodie a Juſtiniano ſublato SC. Claudiano, ſi ſervus, vel adſcriptitius duxit liberam mulierem, a domino retrahi poteſt, & caſtigari
D verberibus, diſſoluto conjugio ſi velit; ſin minus, non diſſolvetur conjugium: quæ res erit fraudi domino, quoniam nati ex eo conjugio ſequentur conditionem matris, id eſt, nati ex libera, & ſervo, liberi naſcuntur, *l. Severus, de decur.* §. 1. *Inſt. de ingenuis.* Nati ex libera, & adſcriptitio etiam liberi naſcuntur, ex *l. ult. de agricol. & cenſit. Novella XXII. & LIV.*

AD TITULUM XXV.

DE NUDO EX JURE QUIRITIUM TOLLENDO.

DE nudo jure Quiritium tollendo, nudo videlicet nomine ex jure Quiritium. Sciendum eſt, ſecundum jus vetus alios habuiſſe ſervos in poteſtate ex jure Quiritium, qui a Theophilo dicuntur *domini Quiritarii*, ut ſi ſervos uſucepiſſent, & vel mancipati eis fuiſſent nexu per æs & libram, vel ſi iis in jure ceſſi fuiſſent, quibus modis jure Quiritium dominia rerum adquiruntur: alii autem ſervos habuerunt *in bonis*, non ex jure Quiritium, qui a Theophilo dicuntur *domini bonitarii*, ut quibus ſervi traditi fuiſſent ex cauſa emptionis non mancipi, non ceſſi jure, hi erant in emptoris bonis, venditoris autem erant jure Quiritium, quod nomen in venditore erat nudum, & inane, id eſt, ſine re, propterea quod is ſervus emptori adquirebat ex omnibus cauſis, non venditori,

auctore Ulpiano *in regulis*, *tit.* XIX. & Theophilo *tit. de libert.* & domini ex jure Quiritium testamento manumittendo civem Romanum faciebant: domini in bonis testamento manumittendo Latinum faciebant, non civem Romanum, ut apparet ex supradictis locis. Hanc differentiam dominiorum sustulit Justinianus in hoc titulo, constituens, ut quoquo jure quis dominus sit, quoquo jure dominium servi adquisierit, naturali, vel civili, ut civem Romanum faciat manumittendo: & tamen remanet adhuc eadem formula ex jure Quiritium in *l.* 1. *§. per hanc*, *de rei vindic.* & si quis filium meum possideat, possum eum petere præjudiciali actione, & interdicto de liberis exhibendis, ex cognitione prætoris extraordinaria. An etiam vindicatione? Minime, quia pater non est dominus filii sui, licet eum habeat in potestate, & vindicatio soli domino datur. B Sed addita causa *ex jure Quiritium*, etiam recte filium meum vindico hoc modo: *Hunc hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*: Nam ex jure Quiritium sum quodammodo dominus filii mei, cum eo jure in eum mihi fuerit jus vitæ, necisque.

AD TITULUM XXVI.

DE USUCAPIONE PRO EMPTORE, VEL TRANSACTIONE.

POST præjudiciales actiones dicturus de interdictis, sive actionibus, quæ pro iis competunt, quas constat esse de possessione, vel quasi possessione, de possessionis ipsius jure, & potestate C dicere primum instituit, puta de usucapione, quæ ex possessione potissimum consistit, adeo ut possessionis nomine quandoque significetur usucapio, ut *l. denique*, *l. cum miles*, *D. ex quib. caus. major.* & de præscriptione longæ, longiorisque, aut brevioris possessionis, & missione in possessionem judicati servandi causa, quæ etiam species possessionis est, in quibus omnibus consumitur quidquid est reliquum in hoc *lib.* 7. Et spectant hæc omnia ad initium libri octavi, quod est de interdictis, & hanc continuationem censeo esse notandam. Incipiamus igitur ab usucapione, quæ in possessione consistit. *Usucapio* est per usum dominii adquisitio, *l. ait prætor*, *§.* 1. *ff. quib. ex causa major.* D Per usum, id est, per possessionem, vel plenius: *usucapio* est dominii adquisitio per possessionem legitimo tempore continuatam, ut autem usucapione dominium adquiratur, hoc est ex 12. tab. Et ideo jus vetustissimum dicitur bonæ fidei possessoris, *l. in bello*, *§. & si ignorans*, *ff. de cap. & post.* & plenum jus tribuere possessori, id est, plenam proprietatem, *l.* 17. *in fi. de rei vind.* & securitatem præstare, ne quis unquam possit movere possessionem legitimi temporis, quod impletur possidendo sine interpellatione, *l.* 1. *sup. de commun. rer. alienat.* & in 12. *tab.* usum, id est, possessionem esse auctoritatem fundi, id est, titulum, quo possessor fretus dicit se esse fundi proprietarium: usus, inquit lex, auctoritas fundi biennium esto, quod hodie a Justiniano transformata usucapione est 10. & 20. & in *l.* 12. *tabularum* usus biennium, id est, possessio biennium, E ἀρχαϊκῶς, ut relegatio biennium, aut quinquennium. Quintil. *decl.* 296. *Ex lege*, inquit, *in exilium quinquennium missus est*. Et sic l. ait, quod usus, id est, possessio biennium, est auctoritas fundi, id est, justus titulus fundi, in *l. si inter extran. ff. de donat. inter vir.* usucapio dicitur suffragium temporis, id est, possessionis legitimo tempore continuatæ. Et licet usucapio sit lucrum conjunctum cum detrimento alterius, puta domini, *l.* 8. conjuncta *l. seq. ff. ex quibus caus. major.* tamen recepta est propter bonum publicum, cujus ratio prævalet, ne scilicet rerum dominia diu, aut fere semper in incerto essent, & ut esset aliqua securitas possessori, aliquis finis sollicitudinis, & periculi litium, *l. ult. ff. pro suo*. Quia dominis sufficit ad inquirendas res suas, & vindicandas legitimi temporis spatium, ut plane iis imputari possit,

A si intra id temporis res suas non perquisiverint, collegerint, vindicarint, *l.* 1. *ff. de usurpat. & usuc.* Et quod est commune, & publicum bonum, non videtur esse privatum detrimentum, si modo bona fides interveniat initio possessionis, *l. si quis fundum*, *de adquir. possess.* & justus titulus, justum initium, & veram, justamque possessionis causam, possessionem continuam requiro, id est, non interpellatam, non interruptam, non intermissam, & bonam fidem possessoris, quia malæ fidei possessoris possessio non potest esse alteri detrimentosa, & ei proficere ad usucapionem. Denique non infero tibi damnum, si usucapio quod tuum esse nescio, infero tibi damnum improbe, si id scivi esse tuum, quod usucepi, *d. l. si quis*. Damnum quidem facit, qui amittit dominium rei suæ, quam bonæ fidei possessor usu

B suam facit. Sed id damnum non videtur ei dedisse bonæ fidei possessor, quia scientes tantum aliis damnum inferimus, non ignorantes. Requiro etiam verum, & justum titulum possessionis, possessionis inquam, non proprietatis: Nam si nactus fuero justum utrumque titulum proprietatis, atque ita proprietatem adquisiero, usucapioni locus non est: nemo quod suum est, usucapit. Quod si nactus fuero verum, justumque titulum possessionis, non proprietatis, eum mihi usus temporis certi, sive possessio, & usucapio tribuit. Neminem rem suam usucapere est proditum in *l. sequitur*, *§. lana*, *de usucap. & d. l. in bello*, *§. si quis servum*. Et in hoc titulo ostenditur justum, verumque titulum possessionis esse titulum pro transactione, *l. pen. hoc tit. l. cum solus*, *ff. de usur.* Puta si a non domino mihi bona fide accipienti res

C aliena tradita sit ex causa transactionis, in hoc nullus est labor. Sed quid si rem alienam possideo nullo præcedente justo titulo, & lite mihi de ea re mota, eam retineo ex transactione habita cum adversario, qui mihi litem fecit, an nunc eam rem incipio possidere ex justa causa, id est, pro transactione? Hoc negant interpretes, ut glossa refert in *d. l. pen.* Et moventur admodum subtili ratione, quæ talis est. Si cum adversario, qui litem fecit de re, quam possidebam, transegi, ex pacto transactionis dominium rei in me non transfertur, *l. si super*, *l. apud acta*, *l. si pro fundo*, *sup. de transact.* quia scilicet pacto nudo dominium non transfertur, *l. traditionibus*, *sup. de pact.* & ideo adversario, cum quo ita trans-

D egi, ut eam rem ita retinerem, integra est rei vindicatio, quæ lis dominii est, *l. evictis*, *sup. de usur.* Ergo illo posito, id est, cum adversarius ejus rei dominus non est, nec ex pacto transactionis ab eo causam possessionis habere videor. Cessat igitur usucapio pro transactione, cum rem retinui: nec traditam mihi ex transactione accepi. Et omnino, ut ita statuamus, subtilitas juris exigit, mera illa ratio juris, sed ex æquitate ad interpretes vellem addi, prætor eum, qui ex causa transactionis rem retinet, quam ante non juste possidebat, tuebitur tanquam possessorem pro transactione, quia licet rei vindicatio, vel Publiciana in rem actio remaneat integra adversus eum: potest tamen repelli actor exceptione pacti, vel doli mali, ut docent supradictæ *ll. de transact.* In hoc titulo etiam ostenditur justum esse

E titulum possessionis *pro emptore*, puta si quis a non domino bona fide rem alienam emerit, & acceperit, traditione non statim dominium transfertur in accipientem, non domini traditio non transfert dominium, quod non habet, sed præstat bona fide accipienti occasionem usucapionis, occasionem juris, ut loquitur *l. qui alienam*, *de mort. caus. don.* Occasionem, non causam: aliud est occasio, ut statuunt philosophi, aliud causa. Aliud αἴτιον, aliud ἀφορμή. Causa usucapionis est a l. 12. tabular. Cicero pro Cæcinna: *usucapio fundi*, inquit, *non a patre relinquitur*, *sed a legibus*, *&c.* Non est autem justus titulus, si quis a pupillo rem emerit sine tutoris auctoritate, sciens pupillum esse. Non est justus titulus pro emptore, quia venditio emptio ipso jure nulla est, sed & pupillo integra est rei vindicatio. Sed si ex pretio factus sit locupletior, vindicanti rem obstabit exceptio

doli

doli mali, ni pretium reddat. Et hæc est sententia *l. ult. hoc tit.* cujus pars repetitur in *l. 3. sup. de auctor. præst.* Unde est emendanda ita inscriptio non tantum *l. ult. hoc tit.* sed & *pen. & antepen.* ut omnes adscribantur Diocletiano, Maximiano, non Philippo. Dixi sciens pupillum esse: Nam qui putavit puberem esse, ut nos sæpe fallit vultus, usucapere poterit, *l. 2. §. sed pupillo, ff. pro empt.* Quod non est accipiendum de re propria pupilli, quia res pupilli usucapi non potest, *l. bonæ fidei, ff. de adquir. rer. dom.* Nihil de tutela usucapi potest, id est, de bonis ejus, qui in tutela est. Sed quæ tractantur hac de re, accipienda sunt de re aliena a pupillo bona fide possessa; quales subauditiones sæpe in hac materia de usucap. fieri compertum est. Id etiam requiro titulo pro emptore, vel alio quolibet, ut res, quæ emitur, neque sit furtiva, neque vi possessa. Nam usucapioni rei furtivæ obstat l. 12. tabular. & Attinia, ut nec a bonæ fidei emptore usucapi possit, antequam res redierit in potestatem domini, quo genere vitium furti amovetur, quod inerat rei, & loquor de re mobili, non immobili, cujus furtum non fit, *l. quam rem, ff. de usurpat. & usuc. l. verum, ff. de furt. l. 1. de distract. pignor.* Unde existit alia differentia inter rem mobilem & immobilem, ut scilicet in rei alienæ venditione, si mobilis sit, exigatur bona fides utriusque, id est, emptoris & venditoris: Nam si emptor sit bonæ fidei, venditor malæ fidei, vendendo rem non suam mobilem, furtum facit, nec procedit igitur usucapio pro emptore, nisi dominus ratam venditionem fecit, *l. 1. 4. 6. & 7. hoc tit.* Et observandum est, *l. 6. hoc tit.* quæ videtur pugnare alioqui cum *lege sequitur, §. si rem, ff. de usurpat. & l. si eum, ff. pro empt. l. 6.* inquam loqui de hypotheca, id est, de re mobili, quam debitor creditori pignori obligavit nuda conventione, non etiam tradidit, ut scilicet si debitor eam vendat, non possit res ab emptore usucapi, quia & rei suæ furtum fecisse dicitur, & post furtum commissum res non rediit in potestatem ejus, sed remansit apud emptorem. At ll. contrariæ loquuntur de pignore tradito, & earum sententia hæc est, ut si debitor pignus, quod tradidit creditori, subripiat, ac deinde vendat, res possit usucapi pro emptore, quia post furtum commissum res fuit in potestate debitoris, qui dominus est ejus rei, atque ita furtum fecit, simulque furtum emendavit, simulque cœpit esse furtiva, & desiit ut usucapi possit: Nec necesse est, ut redeat in potestatem creditoris, cui subrepta est, in quam tamen si redeat, fateor etiam furti vitium, quod fuit, amoveri, *l. ult. ff. de usurpat.* Et præterea hæc sunt intelligenda de re aliena a debitore bona fide possessa, quam pignori obligavit, vel dedit: Nam in venditione rei propriæ, quam fecit debitor, non potest intelligi usucapio pro emptore, quia res per traditionem statim fit emptoris. Unde apparet & hic nos uti superiori subauditione, ut sit species congrua superiori, quæ ponitur de usucapionibus. Et hæc quidem de re mobili. In venditione rei immobilis, cujus non fit furtum, ad usucapionem sufficit bona fides emptoris, nisi res a venditore vi possessa sit, quia usucapioni rei vi possessæ obstat lex Julia & Plautia, *l. 5. hoc tit.* Ceterum, si res a venditore non sit vi possessa, propter malam fidem ejus, nullo vitio laborat, & usucapi potest a bonæ fidei emptore. Quod tamen rursus, & hoc nunquam vobis exire memoria debet, ita est accipiendum ex *Nov. 129. c. 7.* ut si sciente domino a malæ fidei possessore res vendita, & tradita sit bonæ fidei emptori, usucapi possit legitimo tempore: sed si ignorante domino a malæ fidei possessore sit tradita emptori bonæ fidei, non sufficit usucapio 10. aut 20. ann. sed necessaria est præscriptio 30. ann. Quæ distinctio excidit sæpe memoria, & tamen magni momenti est. Addamus postremo ex *l. 2. hoc tit.* eam quoque rem, vel servum eum non posse usucapi, quem testator alienari vetuit, quem jussit servari in familia propter peritiam artis singularem, quoniam hæc conditio, quam dixit testator, personam servi afficit, eique cohæret, sicut in venditione facta ea lege, *ne servus manumittatur,* hæc lex cohæret personæ servi, *l. pen. sup. si mancip. ita fuer. alien.* Et ex lege 3. notandum est, partum ancillæ furtivæ, quod & de quolibet animali dici potest, conceptum apud bonæ fidei emptorem usucapi posse, nec esse furtivum, licet ancilla sit furtiva, nec usucapi possit. Desidero ut sit conceptus apud bonæ fidei emptorem: nam si conceptus sit apud furem, & ipse furtivus est sicut & mater. At conceptus apud bonæ fidei emptorem, si modo & editus sit emptore adhuc ancillam bona fide possidente, quod desidero, non intelligitur esse furtivus, & potest usucapi, *l. qui vas, §. si ancilla, ff. de furt. l. non solum, in princ. ff. de usurp. & usucap.*

AD TITULUM XXVII.

DE USUCAPIONE PRO DONATO.

JUSTUS etiam est titulus usucapionis *pro donato*, puta si res aliena a non domino donata sit bona fide accipienti, *l. 1. hoc tit.* Si etiam donator eam donaverit, & tradiderit bona fide: nam utriusque bona fides exigitur donatoris & donatarii, alioquin res furtiva est, *l. 2. hoc tit.* ut non abs re dicatur in *§. quod ante dictum, Instit. de usucap.* in re mobili non facile procedere usucapionem: Nam qui mala fide eam tradit aliqua ex causa, furtum ejus committit, & res furtiva usucapi non potest. Potest tamen quibusdam casibus evenire ut & res mobilis usucapiatur ex utraque parte interveniente bona fide, ut explicatur in *l. potest, de usucapion.* Res autem immobilis donata, vel aliqua ex causa justa a malæ fidei possessore, qui eam sine vi possideat, tradita bona fide accipienti, præsertim non ignorante domino, usucapi potest: nec in re immobili exigitur bona fides utriusque, sed sufficit bona fides accipientis, & ut qui dedit eam rem possideat sine vi, quia eo casu res neque furtiva est, neque vi possessa, denique est sine vitio, *§. quod autem ad eas res, Instit. de usuc.* Verum autem titulum pro donato requiro, quia falsus titulus pro donato non sufficit ad usucapionem, *l. 3. hoc tit.* Et hoc est, quod generaliter dicitur, errorem falsæ causæ non parere usucapionem, ut si quis putet rem sibi donatam, quæ ei donata non fuit, se emisse, quam tamen non emit, *l. Celsus, de usucapion. l. 1. 2. & 3. D. pro leg. l. 6. D. pro derelict.* Hoc ita procedit, si traditio non intervenerit, veluti ex emptione, licet revera contracta non fuerit, vel si non intervenerit alia justa causa erroris, *l. 1. D. pro don. l. 3. l. 4. §. ult. D. pro suo, l. Proculus, D. de jure dot. leg. quod vulgo, D. pro empt.* Et notandum ad hunc titulum usucapionem *pro donato* procedere, non tantum si res aliena donata sit inter vivos, sed etiam si mortis causa, quod non carebat dubitatione in donatione mortis causa, quæ non est directa donatio, non simplex, non absoluta, quæ non videtur ante perfecta, quam mors sequatur, *l. non videtur, D. de don. mort. causa.* Sed tamen placet, rem mortis causa donatam, & traditam igitur (nam verbo *donandi* significatur traditio) nec ante Justinianum intelligebatur donatio sine traditione & acceptione, quia non valet donatio, quæ fit μονομερῶς, *paravant qu'elle soit acceptèe*, placet, inquam, rem donatam causa mortis, statim usucapi posse, si aliena fuerit, & data, acceptaque bona fide. Et hoc ostenditur in *l. si alienam, in princ. & l. qui alienam, D. de mort. causa, & l. Aristo, §. Aristo, D. de donat.* Et huc valde pertinet species, quæ est satis difficilis *l. sed etsi constante, D. de donat. inter vir. & uxor.* Sciendum est, ut intelligatur species illius legis, inter virum & uxorem receptas esse mortis causa donationes, quia in hoc tempus excurrit donationum eventus, quo vir & uxor esse desinunt, *l. 10. in fi. & l. seq. D. eod.* Donationes autem inter vivos inter virum & uxorem prohibitæ sunt. Nunc finge: maritus uxori donavit rem alienam, & intervenit bona fides ex utraque parte, quæritur an impediatur ejus rei usucapio? quod videtur, quia defi-

cit justus titulus. Est enim donatio inter virum & uxorem illicita. Igitur & vitiosa traditio, quæ fit ex ea causa, quod tamen non est concedendum; nam non omnis donatio rei alienæ bona fide facta, inter virum & uxorem est illicita, nec vitiosa traditio, quia jure civili ea tantum donatio prohibetur inter conjuges, quæ donatorem pauperiorem in rebus suis facit. Et valet ergo rei alienæ donatio a marito facta uxori bona fide, quia pauperiorem maritum in rebus suis non facit, & consequenter ejus rei usucapio possidenti procedit, ut in *l. si vir uxori, D. pro don.* Et rectius in *d. l. sed etsi constante*, vulgo sine negatione, quam cum negatione Florent. legitur, *quia etsi mortis causa donaretur ei, non impeditur usucapio*, male Florentinæ: *etsi non*: ut sit hæc ratio Jurisconsulti, quia res aliena mortis causa donata uxori bona fide accipienti, statim usucapi potest, ut ante probavimus. Et res igitur aliena uxori donata inter vivos usucapi potest, & quia ea donatio maritum pauperiorem non facit, & quia comparatur donatori causa mortis post orationem Severi & Antonini, qua cavetur, ut donationes factæ inter maritos confirmentur morte eorum, si in ea voluntate perseveraverint, usque ad extremum vitæ suæ exitum, *l. 12. sup. ad l. Falcid.* dum ait, *donationem factam inter virum & uxorem fungi partibus fideicommissi, vel donationis causa mortis, quia morte donatoris hodie confirmatur*. Ideoque Falcidiæ subjicitur: & negatio, quæ illo loco additur in Pandectis Florent. meo judicio rejicienda est in inferiorem locum, ut ita concludat *d. l. sed etsi constante*. Itaque licet non mortis causa donatio interveniat, sed inter vivos, scilicet rei alienæ, quasi inter extraneos fieri intelligenda est, non inter conjuges. Ideoque quia aliena est, usucapi potest, fuit trajecta illa negatio, & suo loco restituenda, ut dixi. Exemplo autem donationis rei alienæ factæ inter uxorem & virum, hodie idem etiam constituemus, si pater rem alienam, ut suam donaverit filiofamilias, nimirum ut statim usucapi possit, quia instar habet mortis causa donationis, propterea quod ex constit. Just. id est, *l. donationes, sup. de donat. inter vir. & uxor.* morte confirmatur, quæ ante Justinianum morte non confirmabatur, *l. 1. §. 1. D. pro don.* Quia obstabat regula juris, *ne ex post facto convalescat, quod ab initio non valuit*, quæ regula cessat, si quando quid fiat ex lege certa, ut ex oratione illa Severi & Antonini, & illa constitutione Justiniani.

AD TITULUM XXVIII.

DE USUCAPIONE PRO DOTE.

TITULUS quoque *pro dote* justissimus est, ut ait *l. 1. D. eod.* si res mobilis, quæ aliena est, nec furti vitio laborat, bona fide data sit in dotem marito bona fide accipienti, quæ est sententia constitutionis hujus tituli. In qua observandum est, eam loqui de re mobili tantum, quia res immobilis, puta fundus dotalis, usucapi non potest, neque ab alio, neque ab ipso marito, quia fundi dotalis alienationi, quod nomen comprehendit etiam usucapionem, lex Julia obstat, *l. si fundum, D. de fund. dot.* videlicet quoties soluto matrimonio actio de dote mulieri competitura est. Quo etiam solo casu locum habet lex Julia de fundo dotali, *l. 3. ff. eod.* quod non annotavit glossa, idque observandum erat, quod dicit *res mobiles*.

AD TITULUM XXIX.

DE USUCAPIONE PRO HEREDE.

JUSTUS etiam est titulus *pro herede*, si heres rem inventam in hereditate possideat ut hereditariam, ignorans esse alienam, quæ erat aliena, & necesse est pro herede titulus sit verus titulus, id est, ut possessor ejus sit heres, & defunctus igitur is, cujus se heredem dicit, quia vivi heredes non habent, *l. 3. hoc tit. l. 1. D. eod. l. 1. D. de hered. vendit.* Et notandum est, malam fidem defuncti heredi nocere, id est, quod defunctus non potuit usucapere pro herede, vel quo alio titulo, propter malam fidem, vel propter aliam rationem, id etiam heredem ejus, quamvis sit bonæ fidei possessor, velut hereditarium usucapere non posse, quæ est sententia *l. 1. & l. ult.* Et omnino ita est verum generaliter, ut quod defunctus mala fide possedit, vel alio vitio, heres ejus, licet bonæ fidei sit, mala fide possidere videatur, quia propius accedit ad vicem ejus, qui decessit vita, & eadem persona esse intelligitur. Et hoc ostendit *l. 3. tit. seq. & l. cum heres, D. de diverf. & tempor. præscript. & §. diutina, Instit. de usucap. & l. vitia, inf. de adquir. possess.* Cum ait vitia a majoribus contracta perdurare, & successorem auctoris sui culpam comitari: successorem scilicet universi juris: nam & virtus auctoris sequitur heredem, puta bona fides defuncti proficit heredi ad usucapionem, licet heres sit malæ fidei possessor. Explicanda etiam est lex secunda, dum ait, *nihil pro herede posse usucapi suis heredibus existentibus*. Quid hoc est? Aliud est suum heredem existere, aliud extare. Suus heres existit ipso jure statim a morte parentis, etiam clusis tabulis testamenti, si testatus parens decesserit, atque etiam invitus, ignorans existit, id est, apparet: nam existere Græci interpretantur ἀναφαίνεσθαι. Sui ergo heredes existunt statim ipso jure. Extant autem si se misceant bonis. Et horum verborum distinctio *l. si operarum, §. 1. D. de oper. libertor.* adducit in concordiam *l. cum patronus, §. 1. D. eod.* Nunc serva, quod ait *l. 2.* suis heredibus existentibus, non etiam ait extantibus: unde sic dicamus suis heredibus existentibus, non tamen extantibus, sed abstinentibus, nihil pro herede usucapi posse, quia sui heredes manent ipso jure, etiamsi abstinuerint se, heredes sine re, *l. cum quasi, §. sed & si quis, D. de fideicomm. libert. l. etsi ex modica, §. si filius, ff. de bon. libert.* Igitur suis heredibus existentibus, licet abstinuerint se, agnati legitimo jure venire non possunt ad hereditatem: denique res alienas inventas in hereditate pro herede usucapere non possunt, quia ipsi non sunt heredes, sed sui, licet re abstinuerint. Sed suis heredibus abstinentibus se, agnati jure prætorio venire possunt, & usucapere, pro bonorum possessore, non etiam pro herede.

AD TITULUM XXX.

COMMUNIA DE USUCAPIONIBUS.

PROPONUNTUR in hoc titulo non omnia, sed quædam, quæ sunt communia omnibus titulis usucapionum, ut sine possessione civili usucapio contingere non possit, in *l. 1.* Ideo eum, qui sibi rem non possidet, sed alii, puta conductorem, non posse eam rem, quam conduxit usucapere, imo nec ad eam obtinendam ullius temporis præscriptione se tueri, *l. 2. de præscript. 30. annor.* quia non ipse possidet sibi, sed dominus solus per eum, & sine possessione non procedit usucapio, vel præscriptio, id est, nisi qui possidet, sibi possideat: qua de causa nec ei datur interdictum possessorium, sed domino, *l. 1. §. dejicitur, & §. colonus, D. de vi & vi arm.* Item commune hoc est, ut res fisci usucapi non possit, *l. 2. h. t. l. quamvis, l. ubi lex, in fin. ff. de usucap.* Item commune est hoc omnium titulorum usucapionis, omnium causarum possessionis, ut mala fides defuncti noceat heredi, licet bona fide possideat. Quod & ante fuerat specialiter propositum de titulo *pro herede*, generaliter proponitur in *l. 3. hoc tit.* Et verum est adeo circumscripta glossa, ut heres malæ fidei possessoris, rem, quam defunctus possidere cœpit, nec ex persona defuncti, nec ex persona sua usucapere possit. Quod glossa tamen tentavit, ut possit ex persona sua, quia idem censetur esse homo heres, & defunctus, & quod in defuncto juris fuisset, idem sequetur heres.

AD

AD TITULUM XXXI.

DE USUCAPIONE TRANSFORMANDA, ET DE SUBLATA DIFFERENTIA RERUM MANCIPI, ET NEC MANCIPI.

UT intelligamus jura uſucapionum, quæ olim fuerunt, & quæ ſunt hodie, primum ita conſtituamus, omnes res eſſe, vel mancipi, aut nec mancipi. *Res mancipi* ſunt prædia urbana, vel ruſtica, quæ ſunt in Italia, res ſoli Italici, & jura prædiorum ruſticorum, ut iter, actus, via, aquæductus, quæ & ipſa intelliguntur eſſe res ſoli Italici, & eodem jure cenſentur, quo res ſoli, *l. 2. ſup. de ſervit. & aqua*. Item ſervi res mancipi ſunt, & quadrupedes, quæ dorſo, collove domantur, ut boves, equi, muli, aſini, &c. auctore Ulpiano *lib. reg. tit.* 19. Item uniones, id eſt, grandes margaritæ, qui & peruli dicuntur, ut in idiotiſmo *des perles*: Nam Plinius *lib. 9. cap.* 35. ſcribit, uniones in mancipatum veniſſe, ut prædium aliquod. Idemque dici poteſt de omni re pretioſa, de qua nomine evictionis duplam promitti oportet, ut *l. emptori*, *§. 1. ff. de eviction.* Et rem pretioſam definio, quæ venit auro contra, vel ſupra. Et ita in *d. l. emptori*, *§. in rebus pretioſis*, etiam margaritæ enumerantur, & ornamenta pretioſa, & veſtes ſericæ, quas etiam contra aurum veniſſe Vopiſcus ſcribit in Aureliano. Et hæ quidem res ſunt mancipi. Ceteræ res nec mancipi ſunt, ut prædia provincialia, quæ etiam ſtipendiaria dicebantur, vel tributaria, quod omnia, vel ſtipendium populo, vel principi tributum penderent. Item nec mancipi ſunt feræ beſtiæ, licet domitæ ſint, & oves, & capræ, & ſues, & res non admodum pretioſæ, quæ veneunt auro infra. Et rerum mancipi proprie alienatio eſt mancipatio per æs & libram, quo genere ſi fiat a domino, dominium adquiritur ex jure Quiritium: ſi a non domino, uſucapionis occaſio præſtatur. Rerum autem nec mancipi proprie alienatio eſt traditio, per quam non ex jure Quiritium, ſed in bonis jure naturali dominium adquiritur, ut in *§. per traditionem*, *Inſt. de rer. diviſ.* Nec poſſunt hæ res alienari per mancipationem, & inde illis nomen mancipi: tam autem rerum mancipi, quam nec mancipi uſucapionem eſſe communem alienationem Ulpianus ſcribit ſupradicto loco. Quod verum eſt tantum, ne fallamur, in rebus mobilibus, vel ſe moventibus, puta animalibus, ut ſive traditæ ſint, ſive mancipatæ a non domino juſta ex cauſa, bona fide accipienti, ſive mancipi ſint, ſive non, uſucapi poſſint. Non autem eſt verum in rebus ſoli, id eſt, in prædiis: nam ea tantum prædia uſucapi poſſunt, quæ mancipi ſunt, quæ ſolo Italico continentur: Nam provincialia prædia, ſive ſtipendiaria, & tributaria, quæ nec mancipi ſunt, de quibus eſt *l. cum ſponſus*, *§. in vectigal. ff. de Public. in rem act.* non poſſunt uſucapi. Et licet ea prædia, quæ nec mancipi ſunt, non poſſint uſucapi, non tamen ideo minus recte vindicantur, ut in *d. §.* quia in rei vindicatione qualecunque dominium deducitur, *l. ſi mater*, *§. eandem*, *ff. de except. rei judic.* Aggenus Urbicus ſecundo de limitibus agrorum: *Stipendiarii*, inquit, *agri nexu non habentur, ſed nec mancipatio eorum legitima eſſe poteſt, privatis enim poſſidere, quaſi agri colendi cauſa, & præſtandi tributi conditio conceſſa eſt, vindicant tamen inter ſe fines ex æquo, ac ſi privatorum agrorum.* Hæc Aggenus Urbicus. Et conſtat etiam prædiis provincialibus recte imponi ſervitutes, quæ intelliguntur eſſe res immobiles, quod cohærent rebus immobilibus, *l. 3. ff. de ſervit.* Et in his quoque prædiis nuntiatio novi operis locum habet, *l. provincialibus*, *ff. de operis novi nunt.* At in iiſdem locum non habebat uſucapio, quæ fuit biennii, habuit tamen præſcriptio longi temporis, ut declarabitur *tit.* 33. At, ut dixi, res mobiles, ſive ſe moventes, ſive mancipi ſunt, ſive nec mancipi, ubique uſucapi poſſunt, in Italia, vel in Provinciis, ut nominatim ait conſtit. hujus tit. in princ. in qua ſuo loco repoſito verbo, *nexu*, quod inſederat incongruo, ſic lego: *cum autem antiqui in rebus mobilibus, vel ſe moventibus, quæ fuerant alienatæ nexu, vel quocunque modo, bona fide tamen detentæ, uſucapionem extendebant, non tantum in Italico ſolo, ſed in omni orbe terrarum, &c. & quæ fuerunt alienatæ nexu, vel quocunque modo detentæ*, id eſt, *quæ fuerunt mancipatæ, vel traditæ*. Nexus enim nomen, quod eſſe generale Manilius, & Gallus recte exiſtimarunt, in hoc loco ſpecialiter accipitur pro mancipatione, ut in definitione abalienationis tradita a Marco Tullio. Abalienatio eſt ejus rei, quæ mancipi eſt traditio alteri nexu, ubi recte Severinus Boetius: *Omnes res*, inquit, *quæ abalienari poſſunt, mancipi dictæ ſunt, aut nec mancipi*. Addo ex vetuſtis libris hæc verba, *aut nec mancipi*, & ſequitur poſtea: *Mancipi res veteres appellabant, quæ ita abalienabantur, ut abalienatio ea per quandam nexus fieret ſolemnitatem*, quam ſolemnitatem mox explicabat prolatis verbis Caii Juriſc. ex *lib. 1.* Inſtit. *tit. de nexu faciendo*. Quæ omnia verba Caii ſunt de mancipatione. Unde apparet idem eſſe nexum, mancipium, ſive mancipationem, ut in legibus 12. tabul. *Cum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupaſſit, ita jus eſto*, apud Feſtum. Hujus legis interpretationem mox Feſtus addit, quam vulgo male pro verbis legis accipiunt, *id eſt*, inquit, *ſic legendum pro ita: uti nominarit, locutuſve erit, ita jus eſto*. Interpretatur ſcilicet illa verba, *uti lingua nuncupaſſit, ita jus eſto*. Nexus generaliter dicitur, quæcunque fit datio, vel obligatio, vel liberatio per æs & libram. Specialiter autem *nexus*, dicitur mancipatio, ſive datio rei per æs & libram, præſentibus, ut oportet non minus, quam quinque teſtibus civilibus, puberibus, & libripende, & adhibitis certis, ſolemnibuſque verbis, quæ idem etiam Boetius retulit ex Cajo. Et idem hoc confirmat Ulpianus ſupradicto loco, & *§. 1. Inſtit. de teſtament. ordin.* Prolatis autem verbis Caii, attendite diligenter, de ſolemnitate emancipationis, & nexus, ſubjicit Boetius: *Quæcunque igitur res lege 12. tabul. aliter, niſi per hanc ſolemnitatem alienari non poterant. Sui juris autem ceteræ, nec mancipi vocabantur*, quæ verba ſunt depravatiſſima, & hactenus impoſuerunt ſtudioſis quampluribus, ignorantibus quantum diſcrepent ab ea ſcripta libri veteres, in quibus ita eſt ſcriptum: *Quæcunque igitur res lege 12. tabularum aliter, niſi per hanc ſolemnitatem abalienari non poterant. Sui juris autem ceteræ res, nec mancipi vocabantur*. Unde facta veriſſima conjectura, ita emendo, *Quæcunque igitur res l. 12. tabul. aliter, niſi per hanc juris ſolemnitatem abalienari non poterant (ſunt autem certæ hæ res) mancipi vocabantur*. Ac præterea ſciendum eſt, ſecundum jus vetus uſucapionem rei immobilis, ſeu ſe moventis eſſe annum, cujus juris veſtigium exſtat in *l. nunquam*, *§. 1. ff. de uſucapion.* dum ait, in uſucapione rerum mobilium continuum tempus obſervari, ſcripſerat Juriſconſ. continuum annum, non utilem ſcilicet: alioquin cur dixit mobilium potius, quam immobilium, cum & in uſucapione immobilium rerum tempus continuum numeretur? Eſt etiam aliud veſtigium juris antiqui in *l. cum ſponſus*, *§. pen. ff. de Publ. in rem act.* Publiciana in rem actio datur bonæ fidei poſſeſſori, qui poſſeſſionem rei amiſit nondum uſucaptæ, & ita dum ait in illo *§. pen.* Publicianam dari de infante ſervo, nondum anniculo .i. nondum uſucapto, quia rei mobilis, ſive ſe moventis uſucapio annua fuit ex l. 12. tab. Res autem immobilis ex iiſdem 12. tab. uſucapio fuit biennium, *uſus auctoritas fundi biennium eſto*. Et hoc tantum in Italico ſolo, non in provinciali, ut etiam refert Juſtin. *in conſtit. hoc tit.* Et ut ſummam dicam totius rei: Jure veteri, quantum intelligere licet ex prædictis, erat differentia inter res mancipi, & nec mancipi, & inter ſolum Italicum, & ſolum provinciale, & inter dominium ex jure Quiritium, & dominium in bonis. Quas omnes differentias ſuſtulit Juſtinianus. Ac primum quidem differentiam dominii *tit. 25. ſup.* ut omnes eſſent rerum ſuarum domini deinceps, eodem jure pleno, & legitimo jure omnes.

nes. Et in hoc titulo differentiam locorum, ut ubique procedat uſucapio omnium rerum, ut olim præſcriptiones longi temporis, vel 30. ann. ubique locorum locum habebant: & in hoc titulo etiam ſuſtulit differentiam rerum mancipi, & nec mancipi, ut omnes res quoquo modo alienari poſſint. Ac præterea tempus anni mutavit in hoc titulo, videlicet in triennium, quod exigit in uſucapione rerum mobilium, vel ſe moventium: tempus autem biennii mutavit in decennium inter præſentes, & vicennium inter abſentes: Id exigit in uſucapione rerum immobilium. Sed ut hanc longi temporis uſucapionem magis ampliaret, declarat primum ad uſucapionem ſufficere ſi bona fides interveniat ab initio poſſeſſionis, ut obtinuit etiam olim in præſcriptione longi temporis. Igitur mala fides ſuperveniens non interrumpit uſucapionem bona fide cœptam, & ob id hac in re *l. bonæ fidei*, *de adquir. rer. dom.* docet ſeparatam eſſe cauſam poſſeſſionis, & uſucapionis, ut & *l.* 2. §. *ſeparata*, *ff. pro empt. quoniam mala fides ſuperveniens non interrumpit jure cœptam uſucapionem*, quam lex ipſa perficit & perſolvit, ſed mala fides ſuperveniens interrumpit poſſeſſionem, id eſt, qui bonæ fidei poſſeſſor fuit initio, facit ut deſinat eſſe, & fiat malæ fidei poſſeſſor. Atque ideo fructus ſuos non facit ex eo tempore, quo ſcivit rem alienam eſſe, id eſt, ut non habeat commodum bonæ fidei poſſeſſoris, & conſequenter ex *l. qui bona*, §. 1. *D. de adquir. rer. dom.* ut ab eo tempore, quo ſupervenit mala fides, nihil adquirat per ſervum alienum, aut liberum hominem, quem ſcilicet poſſidet, quoniam cœpit eſſe injuſtus poſſeſſor, & malæ fidei. Et ita D. Auguſtin. *lib. de fide, & operibus. In jure*, inquit, *prædiorum. tamdiu quiſque bonæ fidei poſſeſſor dicitur rectiſſime, quamdiu ſe poſſidere ignorat alienum: cum vero ſcierit, nec ab aliena poſſeſſione receſſerit, tunc malæ fidei poſſeſſor perhibetur, tunc juſte injuſtus vocatur.* Sed non eſt omittendum etiam jure Pontificio ſupervenientem malam fidem interrumpere uſucapionem, *cap. ult. extra, de præſcript.* quod eſt ex Lateran. conc. cap. 41. ut ſcilicet qui uſucapit, vel præſcribit, nulla temporis parte habeat conſcientiam rei alienæ. Jure civili ſatis eſt, non habuiſſe initio poſſeſſionis. Et poſtremo addit Juſtinianus ampliandæ longæ poſſeſſionis gratia, ut ei, qui poſſidet bona fide, proſit ad uſucapionem tempus, quo auctor ejus bona fide poſſedit, id eſt, ut emptori proſit tempus venditoris, atque etiam donatario in cauſa lucrativa tempus donatoris, ut in *l. pen. inf. de præſcript. longi temp. l.* 2. §. *emptori*, *D. pro empt. l. id tempus*, *D. de uſurpat.* Denique ut tempus emptoris, ſive anteceſſoris, ut loquitur, connumeretur in decennium, vicennium, vel triennium, ſic omnino legas, non tricennium: nam tricennii nomine ſignificantur triginta anni, & in præſcriptione triginta annorum non exigitur juſtus titulus, *l.* 2. *inf. de præſcript.* 30. *ann.* quam tamen mox exigit Juſtin. in *hac lege*. Ergo non loquitur de tricennio, ſed de triennio. Et obſerva, ut venditoris, vel debitoris tempus proſit emptori, vel donatario, & ei accedat, atque jungatur tempus ejus, neceſſarium eſſe, ut uterque rem cœperit poſſidere bona fide, id eſt, venditor & emptor, & donator & donatarius, *l. Pomponius*, §. 1. *D. de adqu. poſſeſſ.* Non etiam, ut perſeverent in bona fide, quoniam ſatis eſt, ſi uterque cœperit poſſidere bona fide: nec interrumpitur uſucapio, ſi poſtea ſciverit eſſe rem alienam, nec ſi ab alio ad alium res pervenerit ex cauſa lucrativa, veluti donatione, ut in *d. l. pen.* Quæ omnia Juſtinian. accipit de ſucceſſore ſingulari, ut ſcilicet requiratur bona fides anteceſſoris, & ſucceſſoris: nam idem non eſt in defuncto, & herede, quoniam bona fides defuncti ſufficit, ut currat uſucapio cœpta a defuncto, licet heres mala fide poſſideat, & contra bona fides heredis non ſufficit, ſi defunctus fuerit malæ fidei poſſeſſor, §. *diutina*, *Inſtitut. de uſucap.*

A

AD TITULUM XXXII.

DE ADQUIRENDA, ET RETINENDA POSSESSIONE.

RECTE inter uſucapionem, & præſcriptionem hic titulus medius interponitur, quia neque hæc, neque illa ſine poſſeſſione conſiſtit. Et ut a definitione poſſeſſionis incipiam, nulla melior dari poteſt illa, quam Feſtus retulit ex Ælio Gallo Juriſconſulto in libro de verbor. quæ ad jus pertinent ſign. ſimplicius definitur in *l. quæſtio*, *de V. S.* Poſſeſſio eſt uſus:
B pleniús Gallus, ut complectatur prædium ruſticum & urbanum, & recte *quidam*, id eſt, proprii cujusdam generis uſus, ut in definitione legati, *donatio quædam*, id eſt, proprii generis donatio, quæ neque fit inter vivos, neque mortis cauſa, quia nec convaleſcentia legatum revocatur, ut donatio cauſa mortis, nec qualibet pœnitentia temere. Et ita in *l. rogaſti*, *ff. de præſcript. verb.* proprio negotio quodam geſto, & in *l.* 1. *de oblig. & act.* proprio quodam jure, ut in *l. obligamur*, *eod.* Ergo illud *quidam*, demonſtrat poſſeſſionem eſſe propriam ſpeciem uſus, ac proinde non eſſe poſſeſſionem eum uſum, qui uſus dicitur communiter, quod ſic oſtendo: Eandem rem in ſolidum non poſſunt duo poſſidere, uti tamen ea poſſunt pro ſolido, neque enim ideo minus utor re, quod & ea ipſe utaris, *l. ſi ut certo*, §. *cum duobus*, *ff. commod.* forum non poſſide-
C mus, eo tamen utimur, *l.* 1. *in fin. de adquir. poſſ.* ſervitutes non poſſidemus, eis tamen utimur, *l.* 2. *in fin. & l.* 3. *ff. de precar.* Inde Apulejus I. pro ſe ipſo: *plurimis rebus poſſeſſu careo, uſu fruor.* Itaque definitio Galli non comprehendit quaſi poſſeſſionem, qualis dicitur eſſe ſervitutum, quæ non poſſidentur, quia corpore vacant, ut nec apprehendi, nec retineri poſſint, ſed ceſſio earum, & patientia, & uſus pro poſſeſſione eſt. Et hoc eſt, quod ait *l.* 1. *in fin. ff. de ſervitut. urban. præd.* traditionem, id eſt, ceſſionem ſervitutis prædialis, & patientiam inducere officium prætoris, id eſt, hoc efficere, ut prætor eam ceſſionem & patientiam tueatur quaſi poſſeſſionem, & data actione Publiciana, ut in *l. ſi ego*, §. 1. *ff. de Public. in rem act.* Et datis interdictis, quaſi poſſeſſoriis, veluti de itinere & actu, *l. quotiens*, §. *via*, *ff. de ſervitut.*
D Uſus igitur in definitione Galli non eſt qui communiter uſus dicitur, id eſt, χρῆσις, ut ſervitus uſus, vel uſusfructus, & commodatum, vel precarium, ſed eſt detentio, ſive *detentatio*, ut loquitur *lex ab hoſtibus*, §. *ult. quibus ex cauſis manumiſſi*, & *l.* 5. *ff. de impenſ. in res dotal. fact.* Et gloſſæ Philoxeni, detentatores διακατόχους, vel ſubſeſſio & incubatio: quamquam hæc duo verba plerunque accipiuntur in malum, ut in *l.* 3. *inf. ne rei dominicæ, vel templorum*, & illo loco Virgilii, *Devicta Aſia ſubſedit adulter*, id eſt, interprete Servio, *mala fide poſſedit*. Itaque malæ fidei poſſeſſio, proprie dicitur *ſubſeſſio*, vel *incubatio*, ut idem ille Servius: *apud nos*, inquit, *Tyrannus incubator imperii vocatur.* Et Auguſtinus in Homilia trigeſima: *Non erat vox juſti poſſeſſoris, ſed impudentis incubatoris improbitas*, id eſt, prædonis, & malæ fidei poſ-
E ſeſſoris. Sed ut cetera, quæ Feſtus retulit ex Ælio Gallo, cum ſit ex noſtris, exponamus, & iis ſupplendis, tum corrigendis, ſunt enim in iis ſpatia ſupervacua, & gravia menda quædam, ut iis, quantum poſſit, medeamur, cetera etiam exponamus. Gallus ubi definivit poſſeſſionem uſum quendam eſſe agri vel ædificii, ſubjicit, *non eſſe ipſum fundum vel agrum, neque enim eſſe poſſeſſionem iis de rebus, quæ tangi poſſunt.* Quibus verbis ſignificat fundum, vel agrum eſſe rem corporalem, cujus ſcilicet plenam proprietatem habemus: poſſeſſionem autem eſſe rem incorporalem, quæ cerni & tangi non poteſt, abſtrahi tantum intellectu, & percipi poteſt, & ex his rebus denique, quæ intelliguntur, ſunt ex rebus incertis. Idcirco datur etiam de poſſeſſione condictio incerti, *l. indebi-*

debiti, §. *sed etsi*, *l. qui exceptionem*, §. *si pars*, *ff. de condict. indeb.* adhibita *l. heres*, *ff. ad Trebellian.* Interdum tamen *possessio* accipitur pro corpore ipso, quod possidetur, ut cum prædia provincialia possessiones dicimus, *l.2. de probat. l.3. inf. de revoc. donat. l. pen. sup. comm. utriusq. judic.* Et ea prædia possessiones dicimus, quia non sunt propria provincialium mancipio, & nexu, sed usu tantum, & fructu sub onere colendi, arandi prædia, & præstandi tributi, vel stipendii. Et ita Festus, *possessiones quandoque appellari agros late patentes, publicos, privatos, quia non mancipatione, sed usu tenebantur, & ut quisque occupaverat, possidebat.* Quamobrem Flaccus Siculus, & Agg. Urbic. eos agros vocant *occupatorios, & arcifinios*, quod accersitis hostibus occupati sunt. Et ita etiam in *l. interdum, de verb. signific.* ostenditur, eum, qui legavit possessiones suas, videri etiam legasse corpora prædiorum suorum. Et ita Apulejus in Asclepio: *Quæcumq;* inquit, *terrena corporali cupiditate possidentur, quæ merito possessionum nomine nuncupantur, quia non sunt nata nobiscum, sed postea a nobis possideri cœperunt.* Sequitur autem in illo fragmento Ælii Galli: *neque qui se possidere dicit, is vere potest dicere.* Quid heic facit vere? loco illius reponimus *hanc ego rem*, quod est initium formulæ vindicationis, & creatus est error ex iis singulis, sive notis: pinge literas h. & e. & ambas punctis subdistingue, & subde, re, temone superposito, id est, hanc ego rem, unde fecerunt here, & post, vere. Sensus hic est: *possessionem non posse vindicari veluti rem corporalem, hoc modo: hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse ajo*: Quod & ita mox declarat Gallus: *Itaque*, inquit, *in legitimis actionibus nemo possessionem suam ex iis vocare audet; sed ad interdum venit.* Loco istorum verborum *ex iis*, reponendum est omnino *ex jure Quiritium*, ut ita scribas: *Itaque in legitimis actionib. nemo possessionem suam ex jure Quiritium vocare audet, sed ad interdictum venit uti possidetis, quod ibi proponitur, vel etiam utrubi.* Sensus igitur est, *neminem legitima actione ex jure Quiritium possessionem suam vocare*, id est, vindicare, ut in Rhetoricis ad Herennium *hereditatem suam vocare lege, agnationis, sed ut interdicto uti possidetis, vel utrubi, quo possessionem suam esse affirmat.* Et ita est explicanda *lex 3. §. Pomponius*, *ff. ad exhibend.* Possessio autem, ut Labeo ait, qui optime callebat origines, rationesque verborum, dicta est a sedibus, quasi positio in *l.1. ff. eod.* id est, situs, quia naturaliter tenetur ab eo, qui insistit rei, quæ est, quam Græci *κατοχὴν* dicunt, id est, detentionem, sive detentationem, sessionem. Et *possidere* igitur est insistere, incumbere rei: incubare, & residere, ut apud Plautum in Epidico, *possidere ferias*. Et in Captivis, *residere ferias*. Et sequitur in *d. l.1.* dominium rerum ex naturali possessione cœpisse, id est, ex detentione corporali, ejusque rei vestigium remanere in iis, quæ cœlo, mari, terra capiuntur, & in iis, quæ bello capiuntur, & in gemmis, lapillis, margaritis in litore inventis, quæ protinus fiunt ejus, qui primus eorum possessionem apprehendit: ergo in iis rebus apparet, dominium incipere statim a naturali possessione. Et ita in *l.8. hoc tit.* per procuratorem, id est, corpore procuratoris, nobis adquiri possessionem, & per hanc dominium, ut in *l. traditio*, §. *ult. ff. de adquir. rer. dom.* Veluti si procuratori sit tradita a domino nostro nomine, quod omnino exigitur, ut statim & possessio, & dominium nobis adquiratur, ut in *l. qui mihi, de donat.* Nam si nomine procuratoris dominus ei rem tradat, non meo, dominium mihi non adquiritur, nisi per traditionem procuratoris mihi factam, quæ est sententia *l. res 25. D. de adquir. rer. dom. l.2. sup. de his, qui a non dom. manu.* Et ita *in l.8. h. t. per procuratorem utilitatis causa possessionem.* Et hic subdistingue illud verbum, ut intelligatur, si proprietas a possessione separari non potest, id est, si dominus tradat rem procuratori, si proprietarius tradat procuratori, si in persona tradentis conjuncta fuerit possessio dominio, hoc casu per possessionem mihi quæsitam per procuratorem, etiam mihi dominium adquiritur. Quod si is, qui tradit procuratori meo, non sit dominus, per procuratorem quidem mihi possessio adquiritur, non dominium: sed postquam sciero rem traditam procuratori meo, tunc inchoatur usucapiendi conditio, id est, tum incipio eam rem usucapere, quæ procuratori meo tradita est a non domino. Ergo ne dicamus quod tentat Accursius in *l.8.* dominium adquiri per procuratorem, quod est falsissimum, quia non adquiritur dominium per procuratorem simpliciter citra possessionem: nec cavillari oportet verba *l.1. sup. per quas person.* dum ait, *nihil nobis adquiri per liberam personam, puta per procuratorem, excepta causa possessionis*, quasi aliud sit possessio, aliud causa possessionis: nam idem est proculdubio causa possessionis, id est, possessio. Passim in libris nostris, causa dotis est dos, causa bonorum, id est, bona, causa venditionis est venditio, & causa lethi in aliis auctoribus, id est, lethum. Et apud Tibullum causa: *Nereæ conjugis ereptæ, causa perire fuit*, ubi est *πλοκὴ* in verbo *causa*: nam aliter sumitur infra, quam supra: Hic enim est sensus, causa Nereæ conjugis ereptæ, id est, Nerea conjux ei præbuit causam mortis. Sic igitur concludamus: per procuratorem non adquiri dominium citra possessionem, sed per possessionem dominium adquiri. At dum ait *d. l.1.* dominium ex naturali possessione cœpisse, idque adhuc apparere in supradictis rebus, satis indicat, non in omnibus rebus dominia incipere ex naturali possessione: nam rei legatæ dominium ipso jure adquiritur, id est, *l.12. tabul.* Ulp. *in reg. tit.19.* sine naturali possessione, & probat *lex quotiens*, §. *ult. D. de pecul. l.7. & 23. sup. de legat. l.3. 5. quando dies*, *l.3. §. si rem*, *D. de legat.3.* & rei quoque donatæ mortis causa, ut probat bellissime *l.1. in fi.* conjucta *l.2. D. de Public. in rem act.* Et hereditas quoque ipso jure adquiritur, si vel dixeris, *adeo illam hereditatem*, etiamsi nullam rem hereditariam apprehenderis, *l. si ager*, *ff. de rei vind.* Et contra non semper possessionem etiam dominium sequitur: fideicommissarius est possessor rei per fideicommissum relictæ, non etiam dominus jure civili, *l. qui usumfructum*, *ff. si usufruct. pet.* Provinciales prædiorum suorum erant possessores, non etiam domini, ut Theoph. *in §. per traditionem, de rer. divis.* ut non male in *l. naturaliter*, §.1. *de adq. poss.* dicatur, nihil affine habere possessionem cum proprietate .i. dominio. Unde Seneca 10. Epistola. *Stulta hominum avaritia proprietatem a possessione discernit.* Et ut opinor, hoc vult dicere, attentionem, & accurationem nimiam hominum in distinguendis rebus discrevisse possessionem a proprietate, nec tamen immerito discrevisse. Diximus heri de definitione, & nomine possessionis Labeonem recte deducere nomen a sedibus, qui etiam in *l.3. §. ex contrario*, *ff. eod.* exemplo sessionis, & stationis docet, apud duos ejusdem rei possessionem in solidum esse non posse, non magis, quam ut tu stare videaris in eodem loco, quo ego sto, vel sedere in eodem loco, quo ego sedeo. Possessionem autem esse *usum quendam rei*, vel dominium usus rei, vel detentionis: Nam multiplex est dominium, proprietatis, ususfructus, & possessionis in *l. si procurator*, *ff. de adquir. rer. dom.* Cur addit interpretationem, *Dominium*, id est, *proprietas?* ne quis intelligeret possessionem: nam est frequentissimum in jure, ut dominium accipiatur pro possessione, & dominus pro possessore, ut in *l.4. inf. de aquæductu*: longo dominio, id est, longa possessione. Unde non male dixeris possessionem esse dominium usus, sive detentionis rei. Nunc videamus. Species duas proponit *l.10. hoc tit.* Unam, quæ jure consistit, aliam, quæ corpore, ut Divus Augustin. in Sermone de vita clericorum: *Exiguum est*, inquit, *quod videtur possidere, sicut jurisperiti loquuntur, jure, non corpore*, ut quæ jure consistit, id est, jure civili, *l. stipulatio ista*, §. *hæc quoque*, *de verb. obl. l. si eum qui*, *de donat. inter vir. & uxor.* Civilis possessio appellatur, & ita definitur detentio, quæ constat jure, & animo domini, puta detentore credente se esse dominum, & detinente rem ex ea causa, qua dominium, id est, proprietas quæri solet. Unde apparet possessionem civilem

esse

esse facti, quia est detentio, id est, usus rei. Et inde in *l. denique, ex quibus causis major.* possessionem plurimum facti habere, *διὰ τί νέμεσται*, Græci adjiciunt illo loco, & esse etiam animi, quia animum, affectionem, voluntatem, cogitationem, opinionem domini desiderat, tot utuntur nominibus auctores nostri, ut putet se esse dominum, & possidere rem suam, *l.1. §. Scævolæ, si quis ic^ram. liber esse*, & esse etiam juris, quia justum titulum adquirendi dominii desiderat, veluti emptionem, donationem, aut legatum, quæ imbuant animum possessoris opinione domini. Quamobrem & animus ille, qui jure imbutus est possessionis justæ, dicitur esse juris, non facti, *l. possessionem, D. eod.* Denique possessio civilis est juris, & facti. Juris, quia sine jure non consistit, ut Cornelius Fronto de differentiis vocabulorum recte scribit: *In possidente jus esse, & possidere eum, qui, aut testamento relictæ, aut donatæ rei, aut emptæ dominus est.* Facti, quia sine corpore non consistit, quod possideat, & quod possideatur. Et hoc distat a bonorum possessione prætoria, quæ ut hereditas, sine ullo corpore juris intellectum habet, *l.3. §.1. D. de bon. possess. l. hereditas, de petit. heredit.* quæ autem possessio corpore consistit, naturalis, & corporalis dicitur, & est detentio rei nudæ, citra jus, affectionemque domini, non tamen citra jus aliquod, affectionemque: Nam utraque possessio legitima dicitur, & civilis, & naturalis in hac *l.10.* quia, ut inferius dicetur, utramque prætor interdictis tuetur possessoriis. Et possessio quoque fructuarii, quæ naturalis tantum est, dicitur plurimum ex jure mutuari, *l. poss. ff. eod.* Ergo utraque possessio est juris, & facti. Quid ergo distant invicem? quia naturalis est facti potius, quam juris, propterea quod destituitur jure, animoque domini, quod est jus summum: at civilis potius est juris, quam facti, quia possidetur summo, & optimo jure, nempe domini. Sed hæc, quæ ita constituimus, exemplis nobis patefacienda sunt. Fructuarius videtur naturaliter possidere, *l. naturaliter in pr. D. eod.* Quæ ex inscriptione referenda est ad interdictum uti possidetis, quod etiam usufructuario competit, *l.1. §. hujus autem, D. uti possid.* Tull. in oratione pro Cæcinna, *Cesenniam*, inquit, *propter usumfr. possedisse non negat.* Possidet igitur fructuarius, vel possidere videtur propter usumfructum, non dominii, sed ususfructus jure, quod sæpe dominii effectum habet, & possidet fructuarius jus utendi, & fruendi potius, quam fundum, aut servum, in quo usumfructum habet, *l. adquiritur, §. ult. D. de adquir. rer. dom. l.1. §. quod ait, quod legat.* Et quasi possidet igitur potius, quam possidet: quia juris est quasi possessio, non possessio, quod ejus nullum subsit corpus, cui incubatur. Et ita in *l. ait prætor, ex quib. causis major. fundi possessionem*, inquit, *& ususfructus quasi possessionem*, & sic etiam in *l.3. D. de vi, & vi arm.* Denique fructuarius possidet naturaliter jus utendi fruendi, fundum autem fructuarium ipse dominus possidet civiliter. Ne igitur dicas, fructuarium fundum possidere naturaliter, & dominum civiliter, quia duo non possunt esse in solidum possessores ejusdem rei, nec duo, qui possideant civiliter nec duo, qui naturaliter, nec duo, quorum unus naturaliter, alter civiliter, nec duo, quorum juste unus, alter injuste. Et jampridem explosa est Sabini sententia, qui duos admittebat possessores, *l. & habet, §. eum qui, D. de precario*, quæ est ex libro ad Sabinum, & ex doctrina Sabini. Et hoc ostenditur in *l. 3. §. ex contrario, D. eod. l. duo, D. de prec. l. si ut certo, §. duobus, D. commod.* M. Tull. in Lucil., *Nam aut Stoicus constituatur sapiens*, inquit, *aut veteris Academiæ, sed non potest: Est enim inter eos, non de terminis*, id est, *finibus, sed de tota possessione contentio.* Ergo dominus, id est proprietarius, fundum, in quo alter usumfructum habet, possidet civiliter tanquam dominus, quia propter usumfructum non desiit habere animum possidendi, non deposuit animum possidendi, nec fuit causa deponendi, cum nihil commune habeat ususfructus cum proprietate, id est, cum nec duo hæc permisceantur, sicut nec possessio, & proprietas nec possessio, & usucapio permiscentur, *l. pen. eod. l.2. §. separata, pro*

A *empt.* & hæc de fructuario. Tractemus etiam de aliis, qui possident naturaliter tantum, non civiliter. Creditor rem pignori datam possidet naturaliter, & jure pignoris. Et hæc igitur naturalis possessio, etiam non caret suo jure, *l.3. §. ult. ff. ad exhib.* Et si possidet rem ipsam, solus igitur, ut ante constitui, quia scilicet eo animo debitor eam rem dedit creditori, ut ipse possessionem dimitteret, & eam in creditorem transferret, *l. cum & fortis, §. ult. de pig. act.* Ergo per traditionem pignoris debitor, qui id possidebat civiliter ut dominus, desiit possidere, & creditor, cui traditum est, id incipit possidere naturaliter. Excipitur causa usucapionis, propter quam utilitatis ratione receptum est, ut debitor, licet omnino non

B possideat pignus, ut dixi, ad usucapionem id possidere intelligatur, id est, ne usucapio cœpta impediatur, vel interrumpatur per possessionem, quæ reapse, & naturaliter est penes creditorem, *l.1. §. per servum, l. qui pignoris, ff. eod. l. servi, ff. de usucap.* Et hoc non est novum, ut perseveret, quæ cœpit, usucapio, licet is, qui usucepit, desierit possidere, ita ut ab initio quidem usucapio non consistat sine possessione, ex postfacto consistat sine possessione: Et ita fit, ut morte non interrumpatur usucapio, imo impleatur jacente hereditate, quia hereditas fungitur vice personæ, *l. cœptam, ff. de usucap.* ut furore non interrumpatur, licet furiosus desinat possidere, cujus animus aberrat, vel exulat, *l. justo, §. pen. eod.* ut non interrumpatur etiam captivitate in rebus peculiaribus, *l. si is, qui pro emptore, eod.* ut non interrumpatur usucapio rei

C mobilis junctione in ædificium, quo tamen genere desiit possidere, *l. rerum, eod.* proinde, ut non interrumpatur, & interpelletur usucapio cœpta a debitore, possessionis translatione in creditorem pigneratitium. Et hoc est, quod dicitur, *debitorem quantum attinet ad usucapionem videri possidere, licet omnino non possideat.* Jus fingit omnibus illis casibus, eum, qui rite cœpit possidere, & porro possidere, licet reipsa desierit possidere, ut impleatur usucapio. Et hæc de creditore. Similiter vero sequester, apud quem litigatores rem litigiosam deponunt, vel sua sponte, vel auctoritate judicis, possidet naturaliter, si partes possessionem ei dimiserint, id est, si rem apud eum sequestro deposuerint, non custodiæ causa, sed dimittendæ possessionis causa, ut interea neuter rem possideret, *l. interesse, D. eod. l. licet, §. rei, depos.* Et justa

D quoque ea possessio est cum voluntate partium teneatur. Denique, & hæc quoque naturalis possessio suum jus habet, non tamen jus dominii optimum maximum. Colonus autem, & inquilinus, & sequester custodiæ causa, depositarius, & commodatarius, & is, qui precario rogavit, possident certe naturaliter, id est, rem tenent, quod est proprium verbum naturalis possessionis, habere autem civilis: Et hos omnes naturaliter possidere ostendunt *lex 7. §. neque, comm. divid. l. videamus, §. possessionem, D. de usufr. l.1. §.1. D. pro hered.* Neque possident sine jure, sine titulo, non tamen titulo dominii adquirendi possident, justo titulo conducti, vel depositi, vel commodati, vel precarii: non tamen justo titulo, quo dominia rerum adquiruntur: & præterea ii possident sibi ut fructuarii jus utendi fruendi: Possident sibi creditor,

E & sequester, cui dimissa est possessio, non possident sibi, sed domino, ii, quibus omnibus eo animo possessio conceditur, ut non sibi possideant, sed domino. Hoc agitur inter eos, hoc conventioni inest. Ideoque rei depositæ, commodatæ, vel locatæ, non tantum proprietatem retinemus, sed etiam possessionem per eos, quibus cessimus possessionem, ita ut nos soli vere possideamus, aut quod idem est, per illos, qui tenent rem naturaliter permissu nostro, *l.1. sup. comm. de usucap. l.2. de præscript. trig. annor.* Is autem, qui alium vi dejecit possessione, etiam possidet naturaliter, & quidem sibi, non alii, & qui dejectus est, desiit possidere, quia deposuit animum possidendi. Quem enim posses habere animum possidendi, dum alium conspicis in possessione invito te? Animo solo retines possessionem, si nemo fundo insistat, & incumbat, sed si insistat aliquis per vim, ut posui, qui potes ani-

mo

mo retinere possessionem, qui plane abjecisti animum possidendi? Imo etiam desinit possidere is, cujus animus labascit suspicione, ut in specie *l. si id quod*, §.*pen.D.eod.* Si me absente aliquis ingressus est possessionem, & reversus suspicor, ne me repellat: Si quidem ingressus est possessionem fundi mei, & depono animum possidendi: hæc suspicio facit, ut desinam possidere, & consequenter desinit possidere, cujus labascit animus dubitatione aliqua juris sui, aut vacillatione, ut in specie *h.leg.* 10. quæ docet lite contestata adversus possessorem, eum, licet possideat naturaliter, quod non abscesserit fundo propter litem motam, tamen non possidere civiliter ut dominum, quia labascit animus dubitatione juris sui, cui sit quæstio dominii. Et notandum *l.* 10. loqui de possessione: Nam hac de re est longa differentia inter possessionem, & usucapionem. Possessio civilis interrumpitur litis contestatione, usucapio non interrumpitur, quia nec superveniente qualibet mala fide, *l. aliam, de novat. l.si post acceptam, l. si a bonæ fidei, de rei vindic. l.Julianus,* §.*quantum,D.ad exhib. l.* 2. §. *ult. ff. pro emptore, l.*2. *ff. pro donat.*

Ac postremo si maritus donaverit rem uxori, uxor eam rem possidet naturaliter sola, non civiliter, quia cum ea donatio sit illicita, non est justa causa adquirendi dominii, nec justa præsumptio dominii. Maritus nullo modo possidet; quia abjecit possessionem penitus, & eam transtulit in uxorem. Et hoc ostenditur in *l.*1. §.*dejicitur, de vi & vi arm. l. si eum qui, de donat. inter vir. & uxor.* Dices, hæc possessio naturalis, quam possidet, qui vi dejecit dominum a possessione, vel quam possidet uxor, cui vir donavit, est sine ullo jure: Ergo non omnis possessio naturalis ex jure semper aliquid habet: Respondeo, & hos quoque, qui possident naturaliter, habere juris aliquid. Qua de causa pupillus non potest alienare possessionem naturalem sine tutoris auctoritate, *l. pupillus, D.de adqu. rer. dom.* & jus, quod habet, est quod tueri possit possessionem suam adversus quoscunque, etiam non jure inceptam. Excepto eo, a quo injuste possidet, ut inquam, eam tueri possit interdictis possessoriis, quod probat *l.*1.§.*ult. ff.uti possid.l.*1.§.*qui a me, &* §.*dejicitur, de vi & vi arm. l.*1. §. *si vir, ff. de adquir. poss.* Ex iis facile intelligere licebit quid sit naturalis possessio, & quid civilis.

Ad L. I. Per liberam personam *ignoranti quoque adquiri possessionem, & postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est.*

Lex 1. auctoritate utitur *l.solutum,* §.*per liberam, de pig. act. &* §. *ex iis, Instit. per quas pers.* Et ejus sententia hæc est: Per liberam personam, quæ non est in nostra potestate, veluti per procuratorem, tutorem, aut curatorem, & addere licet ex Accursio, vel per servum alienum, ut *l.si me in vacuam,* §. *ult. ff. de adquir. possess.* non tantum scienti mihi possessionem esse traditam procuratori, vel alii meo nomine, sed etiam ignoranti mihi, omnium rerum possessionem adquiri, & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit meo nomine procuratori, etiam accipienti meo nomine: Quod ideo dico, quia si tradidit procuratori meo nomine, & procurator accepit suo nomine, dominium mihi, possessio procuratori adquiritur, *l. qui mihi, de donat. l. per servum,* §. *ult. D. de adquir. rer. domin.* Sin vero tradidit nomine procuratoris, & procurator acceperit meo nomine, procuratori dominium adquiritur, quod tamen præstare mihi tenebitur actione mandati, possessio mihi, *l. res, D. de adquir. rer. dom. l. quod meo, D.de adquir.possess. l.* 1. *sup. de his, qui a non domin. manum.* quod si non fuerit dominus, qui tradidit rem procuratori meo, hæc lex ait, usucapionis condicionem inchoari posse, id est, usucapionem ejus rei, postquam sciero procuratori fuisse traditam possessionem meo nomine accipienti, non antequam hoc sciero. Unde notanda est una differentia inter usucapionem, & possessionem. Possessio, & per hanc dominium adquiritur ignoranti, etiam per liberum ho-

A minem, volenti tamen possidere, *l. ea quæ, de adquir.rer. dom.* Voluntas requiritur, non scientia traditæ possessionis: Usucapio autem non competit ignoranti, *l. possessio,* §.*pen. D. de adqu. poss.* Et cum Neratius in regulis scripsisset *l.* 13. *D. de adqu.rer. dom.* per procuratorem, & tutorem adquiri rerum dominia ignoranti, Paulus ad Neratium notavit in *l. si emptam, de usucap.* usucapionem tamen non competere ignoranti, quod & Neratius non ignoravit, *l. si rem, eod.* nisi ex causa peculiari, id est, si quid nomine peculii servus nanciscatur, id etiam dominus ignorans possidet, & usucapit. Denique hoc solo casu ignoranti usucapio competit, id est, ex causa peculiari, quod *lex peregre* 44. §. *quæsitum, de adquir. poss.* ait esse receptum jure singulari utilitatis causa, ne domini per singula momenta cogerentur inquirere species, & B causas peculiorum, quæ esset molestia maxima. Et in illo §. *quæsitum*, possessioni etiam addenda est usucapio, ut dicamus, ex causa peculiari ignoranti possessionem adquiri, & usucapionis conditionem. De possessione non minus dubitabatur, quam de usucapione, an per servum domino ignoranti adquireretur, quia in ea re, quam nunc adquirit servus non habet jussum domini, aut voluntatem, ut procurator, qui habet mandatum domini, vel ratihabitionem, ut *l.communis,* §.*ult. ff.de adq.poss.l.si ego, ff.de negot. gest.* Tutor autem, vel curator habet jus, & potestatem in personam pupilli, & consequenter administrationem rerum, ut possit plane per eos, etiam ignoranti adquiri possessio, non etiam inchoari usucapio, C antequam sciverint quæsitam possessionem, quia usucapio extra causam peculii ignoranti non procedit. Et eadem ratione utilitatis *hac l.*1. *& l.*8. *hoc t. & Paul.*5. *Sent. tit.* 2. receptum esse ait, ut per procuratorem nobis adquiratur possessio, ne scilicet cogamur semper corpore nostro apprehendere possessionem, quæ sane non potest adquiri sine corpore simul, & animo, sed id possumus expedire corpore alieno, misso homine, cui tradatur possessio, ut volentibus nobis possidere, & tradita acceptaque possessione nostro nomine, ea adquiratur nobis potius, quam vacet, quæ utique erit vacua, nisi nobis adquiratur, quia neque, qui tradidit, possidet, quia dimisit possessionem, neque procurator, cui tradita est, quia non habet animum possidendi rem. Rem enim accepit, & tenet meo nomine, non suo. Vacua igitur est possessio, nisi nobis adquiratur: Et utilitas rerum expediendarum hoc exigit, ut nobis adquisita intelligatur, D licet regulariter jus non patiatur, ut liber homo nobis adquirat, sed is tantum qui juri nostro subjectus est. At ab hac regula excepta est possessionis causa, *l.*1. *sup.per quas personas, l. traditio,* §. *ult. de adquir.rer.dom.* id etiam *l.*1. ait esse receptum jurisprudentia, id est, auctoritate prudentum quorundam, ut in *l. si rem, D. de usucap.* ait jam fere convenire inter juris auctores, ut possessio adquiri possit per liberam personam: fuit enim controversum olim, quia pugnat cum regula juris, hodie est certum ex rescripto Severi & Antonini, id est, ex hac *l.*1. Tria sunt, quæ adquiruntur, dominium, possessio, obligatio, sive actio. Possessio etiam adquiritur per liberam personam, dominium solum non item, sed per possessionem etiam dominium, si dominus tradiderit libero homini nostro nomine accipienti rem datam nostro E nomine: obligatio, vel actio nulla nostro nomine adquiritur per liberum hominem, excepta obligatione creditæ pecuniæ: utilitatis etiam causa excepta est, propter necessarium usum creditæ pecuniæ, ut constat in credita pecunia singularia pleraque recepta esse, *l. singularia, de reb. cred.* Puta, ut mutuum contrahatur, etiamsi non meos nummos acceperis, sed mihi debitos acceperis, vel retinueris, quos ipse debuisti ex alia causa in crediti causam, *d. l. singularia*. Cum regulariter non contrahatur mutuum, nisi fiat de meo tuum, unde scite comminiscuntur deduci nomen mutui. Item ut mutuum contrahatur, etiamsi neque meos, neque mihi debitos nummos accipias, sed alienos, qui tibi numerentur in crediti causam, & a te accipiantur meo nomine, quo casu pla-

cet, ut per liberum hominem suos nummos credentem meo nomine, mihi adquiratur obligatio creditæ pecuniæ, & ex ea causa obligatio pignoris, & consequenter actio si certum petetur, & pigneratitia, *l. 2. sup. per quas person. l. certi, §. si nummos, ff. de reb. cred.* Unde adjectum est non semper *in l. solut. §. per lib. ff. de pig. act.* non semper per liberam personam adquiri pigneratitiam actionem, non scilicet, nisi ex causa crediti ex constitutione Justiniani, quod ante eam non obtinuerat, licet obtinebat adquiri actionem creditæ pecuniæ per liberum hominem, id est, ex *d. l.* 2. SC. etiam Macedon. constat esse singulare in credita pecunia filiofamilias, quod trahitur etiam ad pecuniam creditam servo, vel conditionario homini, vel colono, *l. ult. quod cum eo, &c.* Olim etiam id erat singulare in credita pecunia, ut ex causa creditæ pecuniæ valeret constitutum sine stipulatione, quod ex constitutione Iustiniani etiam hodie valet ex omni causa, *l. pen. sup. de const. pec.* Illa autem differentia, quam tradit in *l.* 1. inter usucapionem, & possessionem, ut hæc scienti procedat, illa etiam ignoranti adquirat, nova videri non debet; Sunt enim aliæ pleræque. Mala fides superveniens, & incidens interpellat, & interrumpit possessionem, non usucapionem, *l. bonæ fidei, ff. de adqu. rer. dom.* Item litis contestatione interrumpitur possessio civilis, non usucapio. Amittitur possessio, si transferatur in creditorem pignoris jure, usucapio cœpta a debitore perseverat, *l. 1. §. per servum. l. qui pig. ff. de adqu. poss.* Et plerisque aliis modis amittitur possessio usucapione non cessante, ut vere possis constituere sine possessione usucapionem posse consistere ex postfacto, non ab initio. Item malæ fidei possessorem usucapere posse, quod videtur esse παράδοξον, si cognoverit rem esse alienam post cæptam usucapionem bona fide, non ab initio. Præterea possessio bonam fidem non exigit: ut adquiratur usucapio omnino exigit bonam fidem, *l. 2. §. separata, ff. pro empt.* Ideoque & scientiam exigit, quia *bona fides* nihil aliud est, quam fides recta, sincera. Nec definienda est simpliciter bona fides, ignoratio rei alienæ, sed potius ignoratio injustæ possessionis, injusti tituli: ut bona fide possideo, etiamsi scierim rem esse alienam, quæ mihi vendebatur a non dominis, si modo existimaverim eos jus vendendi habuisse, puta domini procuratores fuisse, aut tutores, qui tamen non habebant. Itaque non juste possideo, id est, ex justo titulo, quia tamen id ignoro, bonæ fidei sum possessor, *l. bonæ fidei, ff. de V. S.* Et ita, si bonæ fidei possessor possideat servum, qui mihi noxam nocuit, & eum mihi dedat in noxam, quia noxali actione bonæ fidei possessor tenetur etiam, ne dum dominus, si inquam, mihi eum dedat scienti alienum esse, bona fide eum possideo, quia possideo ex justa causa, id est, ex noxæ deditione, *l. generaliter, ff. de nox. act.* atque ita scientia rei alienæ simpliciter non est mala fides, sed scientia injustæ causæ, injustæ possessionis. Et si vis nosse quæ præterea requirantur in usucapione, una tantum lex est notanda, *l. ult. sup. Si quis ignor. rem minor. comp.* bonam fidem requirit, & justum titulum, quo rerum dominia quæri solent, & tempus legitimum, & ut possederit sine interpellatione, & sine controversia: Nam etiamsi litis contestatione non interrumpatur usucapio, tamen interrumpitur vi naturali amissa possessione, id est, usurpatione, *l. naturaliter, ff. de usucap.* aut vi civili, veluti lapilli jactu, *l. 5. §. meminisse, D. de novi oper. nunc. l. 7. D. quod vi, aut clam*, aut aliis modis plerisque, de quibus dicemus seqq. titulis, quorum ratione exigimus, ut possederit sine controversia. Et postremo ut rei dominus sit major ætate, id est, 25. annor. quia res pupilli non potest usucapi, *l. bonæ fidei, D. de adqu. rer. dom.* Adolescentis res potuit olim usucapi: Sed hodie ex oratione D. Severi, nec adolescentis res usucapi possunt, quia in ea oratione, vel SC. alienationis verbo etiam usucapio continetur, *l. 3. §. pen. D. de reb. eor. qui sub tut. l. alienationes, D. de V. S.*

Ad L. II. Minus instructus est, *qui te sollicitum reddidit,* A *quasi in vacuam possessionem ejus, quod per procuratorem emisti, non sis inductus: cum ipse proponas, te diu in possessione ejus fuisse, omniaque ut dominum gessisse: licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio: ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti.*

EX leg. 2. hujus tituli id tantum notandum est, adquiri nobis possessionem rei, licet in instrumento emptionis non sit comprehensum: traditam possessionem fuisse, si modo emptor sciente venditore, ut ait (quia scientia venditoris, & patientia consensum imitantur) si modo, inquam, emptor sciente venditore in possessione fuerit, & omnia gesserit ut dominus rei. Possessio non adquiritur verbo, aut scriptura sola, sed re ipsa, facto ipso. B Et hoc idem ostendit *l. non idcirco, D. de contrah. empt. l. 2. sup. si quis alt. vel sibi.* Et recte *l. 8. sup. comm. utr. judic.* Nihil referre, relinquas, an transferas possessionem, ut in *§. interdum, Inst. de rer. divis.* nihil referre, utrum tradas, an permittas alium rem sibi habere, eamve inferre in domum suam, *ut l. si ego, §. pen. D. de jur. dot.* Sed notandum, quod hæc lex pen. loquitur de vacua possessione, ut & *l. 3. & 7. hoc tit.* quia si non sit vacua possessio, quam quis se tibi tradere dicit, qui possis habere animum possidendi, sine quo possessio nulla adquiritur, aut qui possis habere animum possidendi eam rem, quam cernis occupari ab alio, non imbibit nomen possessorie, nisi cui vacua possessio tradita est, *ut l. 2. §. 1. & l. venditor, de act. empt.* Denique possessio non adquiritur, nisi quæ vacua est, & libera: & ideo non ex facto, *ut ait glossa l. 2.* C proponit fuisse possessionem vacuam, sed ex mero jure, quod non sit adquisitio, nisi liberæ & vacuæ possessionis: addamus, quemadmodum *in hac l.* vacuæ possessionis mentionem fieri diximus non ex facto proposito, sed ex mero jure, quod non nisi vacuæ possessionis adquisitio sit: Ita etiam mentionem fieri possessoris, qui diu in possessione fuit, non ex facto proposito, ut Accursius voluit, sed ex jure, propterea quod agebatur de usucapione, vel præscriptione longi temporis.

Ad L. III. Donatarum rerum *a quacunque persona infanti vacua possessio tradita, corpore quæritur: Quamvis enim sint auctorum sententiæ dissentientes: tamen consultius videtur interim (licet animi plenus non fuisset adfectus) possessionem per traditionem esse quæsitam: alioquin (sicut* D *consultiss. viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.*

Ad L. IV. Licet possessio *nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. Si ergo prædiorum desertam possessionem non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti: præjudicium tibi ex transmissi temporis injuria generari non potest.*

PErtinent hæ duæ leges ad unam, eandemque quæstionem, & notandum ad utramque possessionem adquiri corpore, & animo, id est, apprehensione naturali, actu, facto, & animo adquirendi, sive possessio sit naturalis, sive civilis, utraque utrumque exigit. Et perperam faciunt, qui ex animo definiunt civilem, ex E corpore naturalem, cum utraque utrumque requirat. Ergo & hæc, & illa non adquiritur nisi corpore, & animo, id est, nudo animo, vel nudo corpore non adquiritur, ut ait *l.* 4. Et idem est nudus animus, & solus animus, sicut nudum pactum, & solum pactum, *l. major. inf. de pign.* Sed adquiritur possessio corpore, & animo, animo utique nostro, corpore, aut nostro, aut alieno, veluti corpore procuratoris, tutoris, vel curatoris, cui tradatur nostro nomine, vel corpore filii, vel servi, vel fructuarii, vel coloni, animo utique nostro, non alieno, ut *l. 3. in princ. & §. saltus, ff. eod.* Animo, inquam, nostro, quia invito non adquiritur possessio, ignoranti quidem adquiritur, hoc est verissimum, non tamen invito. Et ignoranti adquiritur per procuratorem, vel servum alienum ex

man-

mandato, aut per servum, aut filium proprium ex causa peculiari, vel ex jussu nostro, imo & ex causa peculiari videtur nobis adquiri possessio animo alieno, puta filii, vel servi. Et ita est scriptum in *d. l.3. §. saltus*: sed & hæc ratio adferri posse videtur, quia specialiter ei non mandavimus ut compararet, quod comparavit, neque id declaravimus nos comparare, & possidere velle. Igitur quæritur mihi possessio corpore, & animo alieno, vel filii, aut servi: Attamen videri potest & filius, & servus id parare, & possidere nobis ex causa peculiari animo nostro, quod ei peculium permiserimus, *l.1. §. item adq. ff. eod.* Et hoc colore etiam defendi potest hoc casu, possessionem nobis adquiri non animo alieno, sed nostro, corpore tamen alieno: videtur etiam in casibus relatis ab Accursio in *l.1. hoc tit.* possessio nobis adquiri solo animo nostro, non corpore, quod est contra definitionem initio propositam de non adquirenda possessione, nisi utroque concurrente, corpore, & animo. Et ita scriptum est in *l. quarund. ff. eod.* Illis quibusdam casibus, quos collegit Accursius, posset videri possessionem adquiri solo animo, ut si jussu meo res, quæ posita erat sub oculos meos alii tradatur, vel si in re præsenti consentiamus, puta ut columnæ, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possint, meæ sint. Et quæ fit in re præsenti conventio non est traditio corporis, quia res loco non movetur, neque attrectatur a me. Ergo ejus rei videor possessionem adquirere, quia utique eam adquiro animo solo. Sed dici potest etiam hoc casu hanc ipsam rem, quæ ita geritur, esse veluti corporis traditionem, id est, præsentiam, & conspectum rei haberi pro traditione corporali, vel oculis quodammodo apprehendi possessionem, velut corpore, sicut si venditor ex turri mihi demonstret vicinum fundum, quem vendidit mihi, & dicat se mihi tradere ejus fundi, quem indicat vacuam possessionem, oculis apprehendo possessionem, & super dicto venditoris, qui demonstratam possessionem se mihi tradere dicit, *l.3. §. penult. & l. quod meo, §. si vendit. ff. eod.* Sicut hodie fit, ut beneficii Ecclesiastici possessio capiatur præsentibus testibus, & inspectione sola turris Ecclesiæ: idemque efficit traditio clavium ædium venditarum, ut ædes intelligantur traditæ corporaliter, si claves tradantur in re præsenti. Idemque efficit ædibus emptis appositus insularius, id est, custos, *congierge*. Et in *d. l. quorundam, in fi.* quod omnino non improbabis, si legem perlegas, videtur legendum, *utrubique*, id est, sive mihi emptori, sive ei, cui jusserim sit tradita custodia rei, corporis quodam genere possessionem æstimandam esse, id est, non solo animo adquiri possessionem, sed & quodammodo corpore. Idemque quoque efficit depositio, vel illatio rei in domum meam, licet eam non attrectaverim. Idemque traditio instrumenti auctoritatis, quo fretus probo emptori me jus vendendi habere, rem mihi jure quæsitam esse, quam vendo, rem omnino esse meam: tradita res videtur, si sit traditum instrumentum auctoritatis, quodam genere corporis: Instrumentum instar est rei ejus, de qua conscriptum est, ut gleba si apprehendatur, instar habet totius fundi, & habuit olim in rei vindicatione. Et hoc de instrumento est ex *l.1. inf. de donat.* Idem efficit conductio, vel retentio ususfructus, *l. quisquis, eod.* Quod sic declaro: usufructuarius jus utendi fruendi possidet sibi, id est, quasi possidet, fundum proprietario alieno nomine, non suo: non possidet igitur ipse fundum, sed is, cujus nomine possidet. Igitur si is, qui sibi fundum possidebat pleno jure tanquam dominus, in eo constituerit habere tantum usumfructum, dum vult proprietatem fundi transferri in Cajum per retentionem ususfructus, vel conductionem fundi, si eum possideat ut colonus, videtur Cajum fecisse possessorem fundi corpore suo, volentem scilicet Cajum eundem fundum sibi adquirere. Voluntate ergo, & animo Caii, & corpore suo. Unde ita concludamus: ut corpore videatur adquisita possessio, non esse necessarium contactum corporis, non esse necessariam attrectationem, & ut Græci dicunt, οὐ χρεία ἐστιν τῆς σωματικῆς ἀφῆς:

A Nam & oculis apprehenditur possessio volutate domini, aut bonæ fidei possessoris veluti corpore nostro, & traditione instrumenti auctoritatis, ut dixi: imo & signo imposito rei, ut trabes mihi videntur traditæ, si eas mihi adsignavero, *l. quod si neque, in fi. D. de peric. & comm. rei vend.* Et aliis plerisque modis possessio quæritur si non corpore, saltem veluti corpore, vel quodam corporis genere, & corpore etiam alieno. Restat igitur nullo casu possessionem adquiri solo animo nostro, nullo casu animo alieno: nullo casu solo corpore nostro, vel alieno. Inde vero pendet quæstio *l.3. an infanti videatur adquisita possessio rei donatæ, quæ ei vacua tradita est?* Et causa dubitandi hæc est, quia infantis non est plenus animi affectus, infantis nulla voluntas est in adquirenda possessione. Corpus solum non sufficit, sed animo B opus est adquirendi, affectu, voluntate, διαθέσει, & προαιρέσει. Et cum placeat tamen auctoritatis causa per tutorem infanti adquiri possessionem, *l.1. §. per procuratorem, ff. eod.* consequens est, ut etiam per infantem, cui traditur res de manu in manum, videlicet tutore auctore, ut rectissime Joann. supplet ad *l.3.* & suppleri necesse est ex *l. quamvis, §. infans, ff. eod.* Alioquin possessio videretur adquiri solo corpore infantis, quod fieri nequit, non magis, quam si quid in manu dormientis ponas, non intelligetur adquisivisse possessionem: recte comparat dormientem infanti, ut *l.1. §. adipiscimur, eod.* sed auctoritate tutoris suppletur, quod deest animo infantis. Idque ait *§. infans*, receptum esse utilitatis causa, ut interveniente auctoritate tutoris, quodammodo animo infantis videatur adquiri possessio, qui utique animo prædi- C tus est, etiamsi non pleno affectu animi, quia hic defectus ei suppletur, & corrigitur auctoritate tutoris: Nam alioqui infantis nullus est sensus, nullum judicium, nullus affectus, & est ridiculus Dynus, dum asserit in hac *l.3.* infantem solum, sine tutoris auctoritate posse adquirere possessionem quarundam rerum, veluti puparum, aut imaginum, quibus infantes delectantur, & ita intelligendam esse *l.3. hoc tit.* ut istas res, in quas cadit affectio infantis, etiam sine tutoris auctoritate adquirat corpore suo, & puerili illo affectu suo. Prudentius Joannes ex jure supplet tutoris auctoritatem, ut scilicet per infantem adquiratur possessio tutore auctore: & hoc supplemento tolluntur omnia, quæ objici possunt huic *l.3.* alioqui infantis nullus est affectus, nulla voluntas, nullum judicium. Et scribens etiam de possessione idem D D. August. 14. de Trin. *Infans*, inquit, *licet dominus sit omnium, quæ jure ejus sunt, nihil possidet mente sopita; quia possessio neque adquiritur, neque retinetur sine animo adquirendi, vel retinendi.* Et quod ait *d. l.3.* hoc confirmat responso Papiniani, in eo est singularis, neque id responsum reperitur alibi. Ad hæc notandum est, non adquiri quidem possessionem, nisi corpore, & animo, retineri tamen solo animo, quod est perpetuum in jure, ut si decedam de fundo, atque eundem incultum & squalidum relinquam, non derelinquendi animo, sed forte metus necessitate, si illinc corpore abscedam nullo relicto, ut fit in bellis civilibus, quæ est species *l.4.* animo solo retineo possessionem: vel etiam si ea sit conditio agrorum, ut eis continuo insistere non possim, ut si sint saltus hyberni vel æstivi, vel si sint agri inculti, puta syl- E væ, & pastiones: horum agrorum possessionem, dum his longe absum, possessionem retineo nudo animo, *d. §. saltus, & l. peregre, in fine, ff. eod.* Quod & de omni agro dici potest, si eo corpore abscedam, non animo, *l.1. §. quod vulgo, D. de vi & vi arm.* Et hinc explicanda species legis *clam, §. qui ad nundinas, D. eod.* Finge: Ad nundinas profectus sum, nemine relicto in fundo meo, retineo possessionem animo solo, & licet me absente aliquis occupaverit possessionem fundi, adhuc tamen possideo solus, ut *l.3. §. in amittenda, D. eod.* donec reversus a nundinis, intellexero alium occupasse possessionem, & suspicatus fuero me regredientem ad fundum posse ab eo repelli, quia jam depono animum possidendi, & ille incipit clam eum possidere, quod clam ingressus sit in fun-

dum, nimirum me absente: vel incipit vi possidere, si ingredientem me repulerit, ego amitto animum possidendi, mihi labitur animus possidendi, *l. & si nolit*, *l. si id, quod*, §. *ult. D. eod. l.* 1. §. *sive autem*, *D. de vi & vi armata*. Quod autem diximus, animo solo retineri possessionem, hoc significamus, eam non amitti corpore solo, nisi & animus amittendi fuerit. Et hoc est, quod dicitur in *l.* 8. *ff. eod. l. fere quibuscunque, de reg. jur.* possessionem non amitti, nisi corpore, & animo, id est, si corpore discedam a fundo, me non amittere possessionem, si mihi non fuerit animus derelinquendi fundi, id est, si animo retineam possessionem, atque ita non amitti solo corpore, nisi concurrat & animus. Et ita nihil obstat *d. l.* 3. §. *in amittenda*, quæ dicit possessionem amitti solo animo: nam corpore quidem solo non amittitur, nisi & deponendæ, & derelinquendæ possessionis fuerit animus, quia animo solo retineri potest, *l. quamvis saltus*, *D. eod.* Animo tamen solo amittitur, licet corporaliter e fundo non discedam, sed eum possidere constituam alieno nomine, ut colonus, & fructuarius, *l. quod meo*, *ff. eod.* Si quem fundum possedi ut meum, nunc possideam ut alienum, ex causa ususfructus, vel conductionis, eundem possideo corpore meo alii, sed non mihi. Itaque non possideo, sed is possidet, cujus nomine possideo. Atque ita fit, ut animo solo amittam possessionem, licet corpore fundo non excesserim: idem fit expeditius si possessionem retinebam animo solo, non corpore meo, aut alieno: Nam & hanc amitto solo animo. Igitur non eadem est ratio adquirendæ, & amittendæ possessionis. Et comparatio adquirendæ, & amittendæ, quæ fit in *d. l.* 8. & *d. l. fere quibuscunque*, ut articulus *fere* declarat, quod Harmenopulus in eam rem notat, & eandem interpretationem sequitur Bulgarus, Placentinus, & Joannes, claudet, quia perpetuum est, non adquiri possessionem, nisi corpore, & animo; amittitur autem animo solo, licet corpus eidem rei incumbat. Contra vero non amittitur corpore solo, nisi & animum abjecerim possidendi, quia solo animo retineri potest. Atque ita apparet claudere comparationem illam, nec omnino eandem rationem servari in amittenda, & adquirenda possessione.

Ad L.V. Cum nemo causam *sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione, ad iniquæ venditionis vitium esse prolapsum: præses provinciæ, inquisita fide veri, dominii tui jus convelli non finet*.

Ex *l.* 5. notanda est regula juris vetustissima, quæ etiam hodie locum habet, *neminem sibi ipsi, id est, per se solum mutare posse causam possessionis*. Causam possessionis titulum dicimus, quo possidemus, quam mutat in specie *h. l.* 5. qui fundum naturaliter possidet alieno nomine, ut colonus, per quem dominus possidet civiliter, Theoph. in §. *possidere*, *de interd.* si postea constituat eum fundum suo nomine, pro suo possidere, & vendat eum tanquam suum, quæ illicita venditio est, quia non potuit sibi mutare possessionis causam, & jus dominii non mutat, id est, nihil domino præjudicat, quin etiam, ut Sabinus scripsit lib. *de furtis*, sicut Gellius refert *lib.* 11. ex ea causa furti condemnatum colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito, dominum possessione ejus interverterat, cum scilicet nondum abolita esset sententia existimantium, etiam fundi furtum fieri, *l. quam rem*, *D. de usuc.* Hodie ex ea causa colonus tenetur non furti, sed ex locato in id, quod interest, & integra est domino rei vindicatio, si emptor rem non usuceperit, quia non est dubium, quin eum fundum bonæ fidei emptor usucapere posit, licet eum emerit a malæ fidei venditore, maxime ex *Novell.* 119. si non ignorante domino emerit. Et miror hoc in hac l. 5. Irnerium, & Accursium in dubium revocare: Joannes nihil de eo dubitabat. Quod autem ex Sabino retuli, colonum, qui fundum alii vendit, dominum possessione intervertere, valde notandum est: Nam ex eo intelligitur, quod licet jus dominii non convellatur, ut ait *l.* 5. amittatur tamen possessio, quam dominus possidebat per colonum, fundo a colono alii vendito, neque ob id solum amittitur, quod constituerit possidere suo nomine: quia non potuit sibi mutare causam possessionis, sed quod fundum alii vendat, & tradat, id est, alio ingresso fundum, dominus amittit possessionem, non etiam dominium. Et ita in *l.* 3. §. *quod si servus*, *D. eod.* si servus, & colonus decesserint, discesserintve: Si decesserint, quod mortem significat, vel discesserint de possessione fundi, animo retineo possessionem, at si alii tradiderint, sic legendum, amitto possessionem, etiamsi hoc ignorem, ut in *l. peregre*, §. *ult. eod.* In specie igitur hujus legis mutat sibi ipse causam possessionis, si id, quod possidebat pro alieno, constituat possidere pro suo. Idem non est dicendum ex contrario, si quis, quod possidebat suo nomine, justoque titulo, id constituat possidere alieno nomine, puta ut colonus, vel fructuarius: Nam hic non mutat sibi causam possessionis, sed desinit possidere. Nec enim idem est possidere, & alieno nomine possidere, nam is possidet, cujus nomine possidetur, *l. quod meo*, *D. eod.* Et præterea hic injuriam nemini facit, ille facit, dum illud, quod possidebat alieno nomine, incipit possidere suo. Item non mutat etiam sibi causam possessionis, qui dimissa prima possessione, & derelicta ejusdem rei, denuo ex alia causa possessionem nanciscitur, sed nova, quæ supervenit causa, possessionem, quam amiserat, ei restituit, *l. qui bona fide*, §. *ult. eod.* Idem si quod possidebam naturaliter alieno nomine, veluti ex conducti, vel depositi, vel commodati causa, si id a domino emero, vel ab eo donatum accepero, non muto mihi causam possessionis, sed mutat eam mihi, quæ extrinsecus accedit causa emptionis, vel donationis, *l.* 3. §. *illud quoque*, *eod.* Et ob id *l.* 5. ait, nulla extrinsecus accedente causa neminem sibi ipsi posse fabricare novam causam possessionis.

Ad L.VI. Si nulla ex causa *ingressum agrum tuum, sive vineas, eum, cujus meministi, præses repererit, nec ulla præscriptione interpellatur petitio: restituere tibi possessionem cum omni causa non dubitabit*.

Ad L.VII. Improba possessio *firmum titulum possidenti præstare nullum potest. Unde ingredienti in vacuam possessionem alieni fundi, non consentiente domino, vel actore, qui ejus rei concedendæ potestatem habuit, causam justam possessionis adipisci non potuisse certum est*.

Ad L.IX. Nec ex vera venditione *possessionem, quam non fuerat emptor adeptus, improbe retinere potest, ac multo minus is, qui adseveratione, falsa velut emptor, cum sine obligatione pignoris pecuniam mutuo dedisset, fundum irrumpens alienum, retinendi justam causam habet*.

Ex *l.* 6. cui adjungenda est *l.* 7. & 9. notandum est, adversus eum, qui ex nulla justa causa possidet fundum alienum, domino dari rei vindicationem cum effectu, per quam ei restituatur possessio, & consequatur etiam omnem causam, id est, fructus, & partus, & alias accessiones fundi, *l.* 17. §. 1. *D. de rei vind.* videlicet si possessor munitus non sit præscriptione 30. ann. quæ datur sine justa causa possidenti. Male Accurs. in *l.* 6. eum fundum ponit ab eo alii fuisse venditum, quia hoc lex non ponit. Et posito emptore, etiam male idem Accursius ait, eum emptorem teneri utili interdicto unde vi, quia nullam vim fecit, aut quid proximum vi. At eum, qui fundum occupavit sine justa causa, forte absente, vel invito domino, si vi possideat, fateor domino teneri interdicto unde vi, vel si clam, interdicto de clandestina possessione, *l.* 7. §. *Jul. com. div.* Utrumque interdictum restituit possessionem: emptorem si quis ab eo emerit, nego teneri his interdictis, quia nec vi nec clam fecit quidquam. Et huic *l.* 6. est affinis *l.* 7. quæ definit, eum sine justa, & firma causa fundum possidere, qui fundum ingressus est non consentiente domino, vel procuratore, aut tutore, vel actore fundi, sive villico, qui ejus rei concedendæ potestatem habet: quia scilicet mala fi-

de

de poſſidet, & ut ait *l.7.* improba poſſeſſio, id eſt, malæ fidei poſſeſſio firmum titulum præſtare non poteſt: quod utique verum eſt, etiamſi revera venditio intervenerit, & ex ea cauſa, ut emptor ingreſſus ſit fundum, eumque teneat ſine voluntate domini, quia vitioſa, improba, & malæ fidei hæc poſſeſſio eſt, quæ etiam verum titulum corrumpit, & vitiat. At quæro, quid ſi emptor pretium numeravit, deinde ingreſſus ſit fundum ſine voluntate venditoris, an fundum poſſideat mala fide, & cum vitio? quod non videtur ex *l. nemo prædo*, *D. de reg. jur.* in jure prædo non eſt tantum qui vi poſſidet, ſed quicunque mala fide, *l. non ſolum 13. de nox. act.* Ergo ſecundum illam regulam non videtur poſſidere mala fide, cui pretium rei abeſt, quam poſſidet. Contra puto, quia non eſt tradita poſſeſſio voluntate venditoris: denique ut non ſit prædo, qui pretium numeravit, etiam requiro, ut tradita ei res ſit ſine vitio, id eſt, conſentiente venditore. Et quamvis ubi res eſt mobilis (quia rei immobilis furtum non fit) emptor, qui poſt ſolutum pretium, rem ſurripuit, non teneatur furti venditori, quia nihil intereſt venditoris, qui jam pretium accepit, *l. eum qui*, *§. adeo*, *D. de furt.* Tamen non ideo minus mala fide poſſidet, ſi ingreſſus ſit poſſeſſionem furtim ſine voluntate domini. Nam ut rectiſſime ait Gloſ. in *l.9. h. t.* quæ hoc, quod dixi comprobat, ſimul atque *l. ex ſtipul. D. eod.* Hæc duo ſunt diverſa, mala fide poſſidere, & furtum rei facere, non contraria. Nam eſt differentia Dialecticorum inter contraria, & diverſa. Contraria ſe mutuo impugnant, diverſa diſtinctam rationem habent. Quare perite gloſſa ait, illa eſſe diverſa, non contraria, quia non omnis, qui fur non eſt, vel qui furti non tenetur, eſt bonæ fidei poſſeſſor. Non etiam is tantum eſt malæ fidei poſſeſſor, qui fur eſt. Idem dicendum opinor, ſi quis ſciens rem alienam emerit, & occupaverit poſſeſſionem ſine voluntate venditoris, aut domini: Nam & hic, licet precium numerarit, malæ fidei poſſeſſor eſt, quod vitioſe rem poſſideat. Et illa regula, *nemo prædo eſt*, *&c.* quæ ducitur ex *l.13. §. ſi quis ſciens*, *D. de pet. hered.* de eo intelligenda eſt, qui ſine vitio in poſſeſſione eſt, ut ſi pretium numerarit, non videatur rem mala fide poſſidere, licet ſciens alienam emerit, quia non omnis ſcientia rei alienæ eſt mala fides, *l. generaliter*, *de nox. act. l. bonæ fidei*, *D. de V. S.* ſed ſcientia injuſti tituli. Et injuſtus non eſt titulus emptoris, qui pretium numeravit, cui pro re abeſt pretium, quanti res digna eſt, licet emerit rem ſciens eſſe alienam. Et ita Ulpiano videtur in *d. §. ſi quis ſciens*. Qui tamen refert alios quoſdam aliud arbitrari, nempe prædonem eſſe eum, qui pretium numeravit, ſi ſciens emerit rem alienam: & ex iis fuit Julianus, ut apparet ex *l. non ſolum*, *§.1. D. de uſucap.* qui duo loci ſine calumnia, & crimine juris reconciliari non poſſunt, cum & Ulpianus dicat quoſdam aliud arbitrari, quia id ipſe arbitretur.

Ad L. ult. Ex libris Sabinianis *quæſtionem in divinas noſtri numinis aures relatam tollentes, definimus, ut ſive ſervus, ſive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quiſpiam alius, per quem licentia eſt nobis poſſidere, corporaliter nactam poſſeſſionem cujuſcunque rei dereliquerit, vel alii prodiderit, deſidia forte, vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem poſſeſſionem detinere: nihil penitus domino præjudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, ſed ipſe ſi liberæ conditionis eſt, competentibus actionibus ſubjugetur omni jactura ab eo reſtituenda domino rei, vel ei, circa quem negligenter, vel doloſe verſatus eſt. Sin autem nec dum ſub manibus procuratoris, vel coloni, vel inquilini, vel ſervi poſſeſſio facta eſt, ſed ipſe eam accipere deſidia, vel dolo ſuperſedit: tunc & ipſe, qui eum tranſmiſit, ex mala ſua electione præjudicium, circa eam poſſeſſionem patiatur, ex memoratarum perſonarum, vel machinatione, vel negligentia accedens. Hoc etenim tantum ſancimus, ut dominus nullo modo aliquod diſcrimen ſuſtineat ab his, quos tranſmiſerit: non ut etiam lucrum ſibi per eos aliquid adquirat: cum & antiqua regula juris, quæ definivit deteriorem conditionem per ſervum do-* A *mino nullo modo fieri, tunc locum habeat, cum dominus de damno periclitetur, non cum ſit lucrum per ſervum adquiri deſiderat. Salva videlicet in hoc caſu domino rei, vel ei, qui ad eam detinendam præfatas tranſmiſerit perſonas, adverſus eas omni actione (ſi qua ex legibus ei competit) ſervata.*

LEx ultima dirimit controverſiam unam, quæ fuit inter Sabinianos, & Proculianos circa iſtam ſpeciem. Colonus, per quem poſſidebam fundum, diſceſſit e fundo animo deſerendæ poſſeſſionis, non etiam fundum alii tradidit, quo caſu poſſeſſionem amitterem, ut antea dixi, ſed tantum diſceſſit e fundo ſponte ſua, non expulſus, animo derelinquendæ poſſeſſionis: quæritur an dominus poſſeſſionem amittat, quam nondum alius eſt ingreſſus, vel quem ipſe nondum neglexit? Proculus di- B cebat, facto coloni dominum non amittere poſſeſſionem, & exſtat Proculi ſententia in *l. cum quis*, *D. de dolo.* Sabinus autem exiſtimabat, dominum amittere poſſeſſionem, ſi colonus fundo diſceſſit. Et ideo Pomponius ſcribens ad Sabinum in *l. ſi colonus*, *D. eod.* ait: *Si colonus non animo deſerendæ poſſeſſionis exierit de fundo, eundem fundum dominum poſſidere*, id eſt, non interpellari poſſeſſionem: cur ſi non animo deſerendæ poſſeſſionis? quia ſi animo deſerendæ poſſeſſionis, Sabinus putavit, dominum poſſeſſionem amittere, ut apparet ex *l. ſi de eo fundo*, *§.1. D. eod.* quæ eſt Africani, Africanus Sabinianus eſt, cum ſit diſcipulus Juliani, qui Sabinianus proculdubio fuit: in qua lege manifeſto fit differentia inter colonum, qui diſceſſit, & colonum, qui deceſſit: Nam ſi colonus vita deceſſerit, dominus non amittit C poſſeſſionem: ut morte mea non interpellatur poſſeſſio, etſi nondum adita ſit hereditas, *l. cœptam*, *l. juſto §. nondum*, *D. de uſucap.* ita nec morte coloni mei. Et in hoc conſentiebant omnes, ut decedente colono non amitteretur poſſeſſio: at diſcedente colono a poſſeſſione, Sabinus exiſtimabat protinus amitti poſſeſſionem. Juſtinianus hanc controverſiam dirimit in hac *l. ult.* & pronunciat pro Proculianis, ut nihil interſit deceſſerit, an diſceſſerit colonus, id eſt, ut neutro caſu amittat dominus poſſeſſionem, ut etiam eſt definite ſcriptum *l.3. §. quod ſi ſervus*, *D. eod.* Et quæ de colono diximus, eadem obtinent in procuratore, tutore, curatore, actore, fructuario, depoſitario, commodatario, per quem fundum poſſidemus, ut non interpelletur poſſeſſio noſtra, ſed perſeveret, ſive illi diſceſſerint, ſive deceſſerint inte- D rim, dum ab alio poſſeſſio non arripitur, quia non eſt æquum, ut dolus earum perſonarum, vel culpa damnum nobis inferat poſſeſſionis. Loquimur de iis, qui diſcedunt, qui deſerunt poſſeſſionem, & produnt cuilibet volenti ingredi, licet nondum exiſtat quiſquam, qui ingrediatur: Non loquimur de iis perſonis, quæ miſſæ poſſeſſionis apprehendendæ cauſa, eam non apprehendunt: Nam hoc caſu ſane non adquiro poſſeſſionem. Denique per eos fieri poteſt, ut non adquiram poſſeſſionem corpore eorum, non etiam ut eam amittam, quam meo nomine tenebant. Et ita, cum de damno quæritur, id eſt, de amittenda poſſeſſione, dolus coloni, vel negligentia, vel culpa domino nihil nocet. Cum autem de lucro quæritur, id eſt, de adquirenda poſſeſſione, dolus coloni, vel culpa, dolus ſervi, vel E culpa (nam & id in ſervo locum habet) dolus procuratoris, vel culpa, & aliarum perſonarum nocet domino, ut in *l. bona fide*, *§.1. D. ad Vell.* Et hac diſtinctione inter damnum, & lucrum etiam utitur hæc *l. ult.* quæ oſtendit eandem diſtinctionem adhiberi debere ad regulam juris in *l. melior*, *D. de reg. jur.* Quæ vult ſervum conditionem domini etiam ignorantis meliorem facere poſſe, non etiam deteriorem, ſi de damno agatur: Nam ſi de lucro agatur, poteſt domini conditionem facere deteriorem, ut ſi nolit apprehendere poſſeſſionem rei, quam dominus jubet apprehendere. Et uno tantum caſu invenio etiam in damno, per ſervum domini conditionem deteriorem fieri, puta ſi ſervus alii noxam fecerit, quæ ex re maxime ſi dominus ſolvendo non ſit, id eſt, ſi de

ſuo

suo non potest sarcire noxam, & damnum a servo illatum, damnum ipsi domino infertur, id est, amittit ipsum servum, quia cogitur eum noxæ dedere. Et in hoc casu tantum dolus servi, & culpa domino damno, & fraudi esse potest, ut *l.1. §. quod ergo, de vi, & vi armata.*

AD TITULUM XXXIII.

DE PRÆSCRIPTIONE LONGI TEMPORIS.

QUÆDAM sunt res, quæ etiamsi usucapi non possint, longi temporis præscriptione adquiri possunt. Hujusmodi olim erant prædia provincialia, sed hodie etiam usucapi possunt, ex constit. Justinia. in tit. *de usucap. transf.* Hujusmodi etiam sunt hodie prædia superficiaria, itemque vectigalia, id est, emphyteuticaria: Nam si a non domino, prædium accepero, ut in eo haberem jus superficii, vel jus emphyteuseos, quod quidem jus tribuit actionem in rem, ut *l. superficiario, de rei vind. l.1. §.1. D. si ag. vect. pet.* jus illud usucapere non possum, cum sit incorporale, sed tamen longi temporis usu, & quasi possessione longa adquirere possum, *l. cum sponsus, §. in vectig. D. de Publ. in rem act. l. si finita, §. sed in vectigal. D. de damn. inf.* Hujusmodi etiam sunt servitutes prædiorum, quoniam earum usucapioni lex Scribonia obstat, *l.4. §. pen. de usucap.* Acquiri tamen possunt præscriptione longi temporis, *l. si quis diuturno, D. si servit. vind. l. apparet, §. pen. D. itin. act. priv. l. ult. in fi. hoc tit.* Et ut alias etiam differentias exequamur, quæ sunt inter usucapionem, & longi temporis præseriptionem: Usucapione dominium adquiritur, non præscriptione, aut possessione longi temporis. Usucapio parit actionem in rem directam; possessio longi temporis exceptionem tantum, & inde præstriptionis nomen: Nam præscriptio, & exceptio idem est, & in h. t. de præscr. longi temporis, id est, de adquirenda exceptione longi temporis, quæ est exceptio peremptoria, ideoque non est necesse eam opponi statim initio litis, quia satis est si contestetur, id est, si is unde petitur testetur se eam exceptionem habere, *l.9. h. t. l.8. sup. de excep. l.2. inf. sent. resc. non poss.* Et hoc distant peremptoriæ exceptiones a dilatoriis, quod dilatoriæ, ut præscriptio fori, aut exceptio procuratoria, non satis est, si contestentur initio, id est, si quis eas habet, testatur se habere, & se iis quandoque usurum, cum animo sederit: non hoc satis est: sed statim in initio & limine quæstionis opponendæ sunt, & post litem contestatam serius opponuntur, *l. exceptionem, sup. de prob. l. ult. C. de except.* Cum tamen peremptoriæ exceptiones quandocunque ante sententiam opponi possint: Et satis sit si initio fuerint contestatæ, nec oppositæ, sive additæ formulæ actionis, ut in dandis actionibus solebat prætor objectas adjungere. Denique præscriptio longi temporis quandocunque ante sententiam opponi potest. Et sufficit si initio reus, qui convenitur ante protestatus fuerit, ut in *l.9. h. t.* Et hanc quidem exceptionem parit possessio longi temporis, cujus ope possessor retinebit possessionem, & repellet omnino actorem, si eam probaverit, id est, se diu possedisse, & perimet litem, unde *peremptoria* dicitur. Et olim quidem ex possessione longi temporis non dabatur nisi exceptio, sive retentio, per exceptionem longæ possessionis. Sed postea placuit, ut cui adquisita esset longi temporis præscriptio, ei daretur utilis actio in rem, forte amissa possessione, ut in *l. pen. inf. de præscr. 30. ann.* Quam actionem etiam illa lex ait *veteres leges dedisse*, puta *d. l. si quis diuturno, & l.1. §. ult. D. de aqua pluv.* ut hac ratione quod ex longa possessione paretur, non tantum exceptio, sed etiam utilis vindicatio rei possimus dicere, longam possessionem non minus præstare securitatem possessori, quam usucapionem, *l.7. sup. de comm. rer. alien.* Sed adnotemus alias differentias: In rebus mobilibus, vel se moventibus, puta in servis, in animalibus cessat longi temporis præscriptio, sed in iis ibique gentium, & in Italia, & in A provinciis, ut semper obtinuit, locum habet usucapio, ut in *d. tit. de usuc. transf. & d. l.2. tit. seq.* Cum ait, *in lite proprietatis servorum, quæ dicitur lis dominii: & pet. dominii* in *l.5. h. t.* id est, proprietatis: In ea, inquam, cum locum habeat usucapio, superfluo perveniri ad præscriptionem longi temporis, cum usucapio sit brevioris temporis, nempe anni ex jure veteri, hodie triennii. Ceterum ab hac definitione excipio servos rusticos, qui prædiis adhærent, quia inter res immobiles numerantur, ideoque in iis non minus, quam in prædiis locus est præscriptioni longi temporis, *l.3. D. de diversis, & temp. præsc.* ut idem juris sit in parte, quod in toto, ut in *l.3. pro derelicto*, quia mancipia rustica pars ruris sunt, & fundi. Et ut ait Julianus in *Nov.7.* sunt veluti membra rerum immobilium, ergo partes. Obstat tamen *lex rescriptis, D. de divers. & temp.* B *præscript.* quæ vexat ingenia multorum, dum ait, *quibusdam rescriptis D. M. Antonini caveri, ut in rebus mobilibus locus sit præscriptioni diutinæ possessionis.* Non dicit *in mancipiis prædiorum, sed generaliter in rebus mobilibus*, quod pugnat cum *l.2. tit. seq.* Nec verum esse potest ullo modo, nisi in mancipiis rusticis, quæ pro rebus immobilibus habentur. Et magna est quæstio in foro, quæ res mobiles, vel immobiles sint propter societatem, quæ contrahitur moribus inter virum & uxorem, rerum scilicet mobilium. Unde multum interest scire, quæ res sint mobiles, & immobiles. Et pleræque res sua natura mobiles rerum immobilium jure censentur ex accidenti, ut mancipia rustica, in quibus ea ratione locus est præscriptioni longi temporis, non in omnibus rebus mobilibus, & sane constans non est scriptura *d. l. rescript.* Flor. & Basil. habent *in* C *rebus mobilibus*: vulgo scriptum est *in rebus soli*, quæ scriptura si accipiatur, nullus est labor, aut soluti sumus omni labore. Alii habet *in reb. soli immobilibus*. Unde arbitror ea rescripta Antonini pertinuisse ad prædia provincialia, & ita accipiendam esse *d. l.* & referendam esse ad agros provinciales, qui usucapi non poterant, sed Antoninus rescriptis caverat, etiam in rebus soli immobilibus præscriptioni longi temporis locum esse, ut sic usucapioni locus non esset: & scripserat *in rebus soli provincialis immobilibus*, sed verbum *provincialis* sustulit Tribonianus, quia sublata est locorum differentia: aut sane si nolis retinere verbum *soli*, omnino legendum est *in rebus immobilibus*, quod mendum etiam *in Bas. ad l.2. sup. de serv. & aqua*, quæ ait, *servitutem tempore adquiri exemplo immobilium*, quod est verissimum, quia rebus immo- D bilibus servitutes hærent, ut *l. pen. D. eod.* Et tamen Eustathius *in lib. de temp.* & auctor. Basil. legunt, *exemplo mobilium*, quod ferri non potest, non magis quam ut legas in *d. l. rescriptis, mobilibus*. Igitur, vel ut vulgo, legas *rebus soli*, aut quæ vetus est lectio, *in rebus soli immobilibus*, quæ mihi ex eo magis placet, quod prodat flagitium Triboniani, qui non declaravit, cujus soli, quia Justin. *soli Italici, & soli provincialis differentias sustulerat*. Est etiam aliud discrimen inter usucapionem, & præscriptionem. Usucapio litis contestatione non interrumpitur, quod & probavi in *l.10. sup. t. prox.* imo pendente lite peragitur, & perficitur, & est efficax si forte lis omittatur, aut possessor absolvatur: sed si possessor condemnetur, redditur inefficax officio judicis, quia cogit[illegible] rem non restituere, cum desierit esse actoris per usucapionem, sed actori E tradere, quia ipse pendente lite usucapione factus est dominus rei, quam æquum est ei tradi possessore condemnato, quod res ejus fuerit initio litis, cum nondum completa esset usucapio, *l. si post acceptum, de rei vin. l. sicuti, §. sed si quæratur, D. si serv. vind.* Possessio autem sive præscriptio longi temporis litis contestatione interrumpitur, ut nec mora litis proficiat ad complendam præscriptionem longi temporis, ut & omissa lite intelligatur interrupta possessio longi temporis, nec prosit quidquam ei, qui ante litem motam eam non adimpleverat, *l.1. 2. & 10. h.t. l. mora litis, sup. de rei vin.* Et ratio differentiæ inter usucapionem, & præscriptionem longi temporis hæc est, quia usucapio significat jus, quod utique per se procedit, etsi non possideat is, qui cœpit usucapere. Possessio longi

tem-

temporis est facti, quod factum, si non continetur, & inquietetur, si lite contestata interpelletur; nec procedere potest præscriptio longi temporis. Et explicanda nobis est species *l.* 1. *h.t.* quæ talis est: Post litem possessori motam de fundo, quem possidebat (quæ res eum malæ fidei possess. facit) ut & desinat possidere civiliter, *l.* 10. *sup.t. prox.* Post motam, inquam, litem, & mox omissam, is fundum vendidit bonæ fidei emptori, qui eum 20. annis possedit sine interpellatione, an tutus est emptor exceptione longi temporis, id est, an nocet ei mala fides venditoris? Et sane verius est tutum eum esse, quia mala fides venditoris ei non nocet, si ipse non utatur accessione temporis, quo venditor possedit, sed ex sua persona tantum sumat præscriptionem longi temporis, *l. an vitium, D. de diver. & temp. præsc. & l. apud Cels. §. de auct. D. de dol. exc.* Et hoc est, quod Paulus ait 5. *Sent. tit.* 2. quod sumpsit ex hac lege, ut opinor, idem omnino exprimens & statuens, quod hæc *l.* 1. & utens iisdem fere verbis: *si post motam intra tempora quæstionem res ad novum dominum*, id est, possessorem, ut in *l.* 1. dominus, id est, possessor, *emptione transierit, nec ille per* 20. *annos inquietatus fuerit*, quibus scilicet possedit ex sua persona; *avelli ei possessionem non oportet*; sed hoc ita demum procedit *ex Nov.* 119. si non ignorante domino emerit a malæ fidei venditore. Nam si emerit ignorante domino, vitium ei nocet, ne adquirat possess. longi temporis, puta 20. annor. & sunt ei necessarii 30. anni, quibus rem possederit sine interpellatione. Et addit hæc *l. in fi. quod etiam in Repub. observare oportet*, quod rejecta glossa Accurs. interpretandum est ex alia sententia Pauli *eod. tit.* ut adversus Rempub. bonæ fidei emptori in eadem specie, qui emit a malæ fidei venditore, prosit 20. annor. præscriptio. Verba Pauli hæc sunt: *Viginti annor. præscriptio etiam adversus Remp. prodest ei, qui justum initium possessionis habuit, nec medio tempore interpellatus fuit.* Quæ verba Pauli sunt tibi pro glossa hujus versic. *quod etiam*: Nam opinor & hanc, & illam sententiam Paulum sumpsisse ex *h.l.* 1. At (quæ est alia pars *h.l.* 1.) si is, cui mota est lis de fundo, & mox omissa, postea 20. annis fundum possederit, an habeat præscriptionem longi temporis; minime, quia mala fide possedit, & malæ fidei possessori hæc præscriptio non opitulatur, sed præscriptio 30. annorum. Hoc vero videtur pugnare cum constitutione Justiniani in tit. *de usuc. transf.* in qua ostendit, ut in usucapione, ita in præscriptione longi temporis satis esse, si quis ab initio bona fide rem possedit: malam fidem supervenientem, nec præscriptionem, sive possess. longi temporis, nec usucapionem interrumpere, si ab initio, ut dixi, bona fide possederit. Sed addendum est, ut respondeamus, si bona fide ab initio possederit, nec lite mota interpellatus fuerit: Nec enim omnis mala fides superveniens interrumpit præscriptionem longi temporis, ut vult Justin. illo loco, sed illa tantum, quæ litis contestatione inducitur, eoque, ut posui ante, maxime possessio longi temporis distat ab usucapione: Nam usucapio litis contestatione non interrumpitur, imo suspensa lite perficitur dum agitur negotium proprietatis in judicio. Fuit etiam olim differentia in tempore inter usucapionem, & præscriptionem longi temporis: Nam rerum immobilium, aut servitutum prædialium, quæ etiam pro immobilibus habentur, usucapio fuit biennii, præscriptio longi temporis, quæ definitur esse 10. inter præsentes, & 20. inter absentes apud Paulum *d. l. sentent. t.* 2. *& l.* 9. *l. pen. h. t. l. pen. inf. quib. non objic. l. ult. sup. si quis ign. &c. l. si cum, §. Aristo, ff. qui & a quib. manum.* Quod etiam dicitur diutinum, & diuturnum tempus, diuturna possessio. Hodie tamen etiam usucapio rerum immobilium, vel servitutum prædialium est longi temporis usucapio. Nec ulla igitur in tempore est differentia inter usucapionem, & præscriptionem. Illud etiam est commune utriusque, ut utraque exigat bonam fidem, & justum verumque titulum, *l.* 5. 6. 8. *h. t.* & ut jure tantum successionis nudæ, quod notandum ex *l.* 4. *h. t.* longa possessio non prosit successori, puta heredi, aut bonor. possessori, si rem alienam inventam in hereditate diu possederit ut hereditariam, videl. si defunctus eam mala fide possederit, vel sine justo & vero titulo, quia vitium defuncti nocet heredi, *l.* 1. *&* 4. *sup. de usuc. pro hered. l.* 3. *sup. comm. de usuc.* Et hoc distat successor juris a successore rei, puta emptore. Nam emptori non nocet vitium venditoris: recte dixi emptori: nam donatario nocet vitium donatoris, quia rem habet ex causa lucrativa, ac similiter legatario vitium defuncti, *d. l. apud Cels. §. si quis, D. de doli except.* ut sit in hac re differentia inter causam lucrativam, & non lucrativam. Qui rem habet ex causa lucrativa, puta legati, aut donationis, ei vitium sui auctoris obest, sive redundat in eum, qui ex causa non lucrativa, veluti emptor, qui pretio rem suam fecit, ei vitium, sive dolus auctoris sui non nocet. Et videtur etiam (quantum colligo ex constitutione *tit. de usuc. transf. in fi. & ex l. pen. h. t.*) in quæstione de accessione possessionis fuisse differentia inter causam lucrativam, & non lucrativam, nimirum hæc: ut qui ex causa non lucrativa rem habet, puta ex emptione, possit uti accessione temporis, quo venditor possedit, id est, tempus possessionis venditoris conjungere possessioni suæ, atque ita complere, & conficere legitimum tempus. An autem is, qui ex causa lucrativa rem habet, possit ex persona auctoris sui uti accessione temporis, ad usucapionem, vel præscriptionem, arbitror fuisse controversum, licet in causa lucrativa idem admittat *lex Pomponius, §. pen. de adqu. possess.* sed hoc definivit Justinianus in *l. ult. hoc tit.* ut qui ex causa lucrativa rem habet, utatur accessione temporis, quo possedit auctor suus.

Ad L. ult. Cum in longi temporis *præscriptione tres emergerent veteribus ambiguitates: prima propter res ubi positæ sunt: secunda propter personas, sive utriusque, sive alterutrius præsentiam exigimus: & tertia, si in eadem provincia, vel in eadem civitate debent esse personæ, tam petentis, quam possidentis, & res pro quibus certatur: omnes eas præsentis legis amplectimur definitione, ut nihil citra eam relinquatur. Sancimus itaque debere in ejusmodi specie utriusque personæ, tam petentis, quam possidentis spectari domicilium: ut tam is, qui dominii, vel hypothecæ quæstionem inducit, quam is, qui res possidet, domicilium habeat in uno loco, id est, in una provincia: hoc etenim magis nobis eligendum videtur, ut non in civitate concludatur domicilium, sed magis provincia: & si uterque domicilium in eadem habeat provincia, causam inter præsentes esse videri, & decennii magis præscriptione agentem excludi. De rebus autem, de quibus dubitatio est, nulla erit differentia sive in eadem provincia sint, sive in vicina, vel trans mare positæ, vel longo spatio separatæ. Sin autem non in eadem provincia uterque domicilium habeat, sed alter in alia, alius in altera: tunc ut inter absentes causam disceptari, & locum esse viginti annorum exceptioni. Nihil enim prohibet, sive in eadem provincia res constitutæ sint: sive in alia super his controversiam judicio provinciali moveri, & multo magis in hac florentissima civitate, &c.*

In hoc tit. restat hæc quæstio, qui dicantur *præsentes*, & *absentes*; Nam longi temporis præscriptio inter præsentes continuo decennio, inter absentes continuo 20. spatio comprehenditur, & præsens adquirit præscriptionem decennii adversus præsentem dominum, vel creditorem hypothecarium, absens vero præscriptionem vicennii adversus dominum etiam, aut creditorem hypothecarium. Et Justinian in *l. ult. h. t.* definit, *præsentes esse eos, qui in eadem provincia domicilium habent*, ut domicilium hoc casu non concludatur in una civitate, vel uno municipio, sed latius in una provincia: Et *in provincia* dicitur *domicilium habere*, qui in ea sedem, & rerum suarum omnium rationem collocavit, ut *l. in lege censoria, de verb. sign. l. si eum servum, D. de fideic. libert. l. cives, inf. de incolis.* In ea provincia dicitur quis domicilium habere, in qua sedem posuit laremque, & summam rerum suarum. Quid ergo si quis in diversis provinciis domicilium habeat? nam posse fieri, ut quis in diversis provinciis domicilium habeat ostendit *l. Labeo, & l. adsumptio, D. ad municip.* & sane, qui diversis in provinciis domicilium habet, etiam

in

in omnibus iis pro præsente habebitur, ut domus sive domicilium ejus, præsentia ejus sit; licet in ea ipse non moretur semper. Quid præterea dicemus si quis sine domicilio sit? Quid fieri possit, ostendit *l. ejus*, §. *Celsus*, *D. eod.* ut si quis relicto suo domicilio naviget, vel iter faciat, quærens, quo se conferat, & ubi consistat. Hic sane est sine domicilio vagus & errans, ἄνοικος, ἀνέστιος, animo tantum retinens possess. rei alienæ, quam constat retineri solo animo, vel suæ rei possess. negligens. Et Joan. ait, hunc erronem ubique locorum, ubique gentium pro præsente haberi, ut qui certam & stabilem sedem non habent, ubique intelligantur habere sedem, & totius mundi cives & incolæ, ut de Socrate dicitur, qui *se mundanum esse* dicebat. Ad hæc quæritur, *quid sit dicendum, si possessor rei alienæ, aut dominus, aut etiam creditor hypothecarius, quibusdam annis sit præsens, quibusdam absens: finge præsentem fuisse octo annis, absentem biennio, an decennio quæratur præscriptio longi temporis?* Qua de re nuper me consulebat quidam ex Lutetia, & similiter scribebat magnam ea de re fuisse controversiam inter patronos fori, quod miror, cum definita sit hæc quæstio in *Nov.* 119. *cap.* 8. Cujus sententia etiam inserta est in h. t. in authentica *Quod si quis, &c.* Et definitio hæc est, ut quantum temporis occupavit absentia, tantum temporis post decennium præsens sit, ut adquirat præscriptionem longi temporis, puta si præsens octo annis fuerit, absens duobus, ut post decennium adhuc exspectet biennium. Præterea Justinianus definit etiam in hac *l. ult.* an rei præsentia sit necessaria, id est, *an necesse sit rem, quæ possidetur esse in eadem provincia*. Et statuit sufficere præsentiam personarum, nec requiri præsentiam rei, quia quælibet res potest ubique vindicari, vel dominii jure, vel hypothecæ. Non igitur tantum eo loci vindicari potest, quo & sita est, sed etiam alibi, & quocumque alio loco, ut in *l.* 10. *D. de rei vind. l. ult. sup. ubi in rem actio*, modo possessor conveniatur, ubi domicilium habet, quia sequitur quisque forum domicilii sui, & actor forum rei, ex regulis juris. Et eleganter ait Justinianus in *h. l. ult. actiones, quoniam sunt res incorporales, ut est certissimum, ubique suum effectum corporalem ostendere*; facile res incorporalis ubique suum effectum habet, quæ loco certo non coercetur. Sed quomodo rei incorporalis actio habet effectum corporalem, *effectum in corpore*, ut ususfructus, qui est res incorporalis, dicitur esse jus in corpore, ita actio est jus in corpore, nimirum jus persequendi corporis. Denique effectus rei incorporalis exercetur in re corporali. Et hoc est, quod ait, *rei incorporalis effectum esse corporalem ubique locorum*, id est, agi etiam alibi posse, quam quo situm est corpus, de quo agitur. Præterea addit Justinianus in h. *l. ult. in adquirenda præscriptione longi temporis, non esse spectandum, dominus sciverit, vel ignaverit rem suam possideri ab alio, quoniam utrobique procedit præscriptio longi temporis*. Et hac distinctione, dominus sciverit, an ignoraverit, utimur tantum uno casu a me inculcato sæpius ex *Novella* 119. si quis a malæ fidei possessore rem bona fide acceperit, ut si hoc fecerit sciente domino, locum habeat præscriptio longi temporis, si hoc ignorante domino, cesset præscriptio longi temporis, & sit ei necessaria præscriptio 30. annorum ne inquietetur a domino.

AD TITULUM XXXIV.

IN QUIBUS CAUSIS CESSAT LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIO.

DOCET primum longi temporis præscriptionem cessare, si dominus agat rei vindicatione adversus colonum, qui ab eo fundum conduxit: Nam colonus petentem dominum longa temporis præscriptione nullo modo repellere potest, cui initio fundum possedit non sibi, ut *l.* 1. *sup. comm.* A *de usuc. l.* 1. *de præsc.* 30. *ann. l.* 1. *h. t.* In specie hujus *l.* 1. ponitur, *colonum per illius novercam, cujus fundum conduxerat, ut novercæ solent privignis pertinaciter esse infensæ, & ut Euripides ait*, προγόνοις δ᾽ ἅμαρτες δυσμενεῖς ἀείποτε, *per novercam igitur subtraxisse instrumenta, quibus dominus sive locator fundi probare potuit dominium fundi ad se pertinere*, id est, instrumenta locationis, ut Græci interpretes, συμβόλαια τῆς μισθώσεως, & instrumenta, quibus apparet colonum solvisse mercedem fundi nomine, quæ instrumenta dicuntur antapochæ in libris nostris, ut *l. plures, sup. de fide inst.* Atque ita ponitur, *colonum subtractis instrumentis fundum suo nomine possedisse*: quod nequaquam potuit, quia nec potuit sibi ipsi mutare causam possessionis, id est, sibi ipse adfingere novam causam possessionis, *l. cum nemo, sup. de adquir. possess.* Atque ita B vindicanti domino nulla temporalis præscriptio oberit, quam ei objiciat colonus, sive conductor fundi. Item cessat longi temporis præscriptio, si res possit usucapi: Nam ubi usucapioni locus est, supervacua est præscriptio longi temporis, id est, *non necessaria*. Cessat etiam longi temporis præscriptio, si agatur personali actione, quod notandum est, vel etiam actione mixta, id est, *reali & personali*. Nam mixta actio personalis est & perpetua, ut non possit tolli præscriptione longi temporis. Mixta, veluti petitio hereditatis, familiæ erciscundæ, communi dividundo, ut *l.* 3. *&* 4. *hoc tit. l. hereditatis, sup. de petit. hered. l.* 8. *sup. de jure delib.* Item præscriptio longi temporis pertinet ad actiones in rem, quæ sunt de proprietate rei, non ad actiones in personam, quæ sunt de debito rei, de obligatione, quoniam fere omnes C actiones in personam sunt perpetuæ, id est, *durant* 30. *annis*, nec perimuntur longo tempore. Et si quæras rationem differentiæ, *cur actio in rem longo tempore perimatur, non actio in personam, petitio dominii, non petitio ejus, quod debetur?* dicam, non tam longum tempus perimere actionem in rem, id est, mutare dominium vi ipsa, quam usum longi temporis, usum diuturnum. In actione autem in personam debitoris nullus est usus, qui perimat actionem, id est, nulla subest res corporalis, cujus usu perimatur obligatio. Et adnotandum ex *d. l.* 4. cessare præscriptionem longi temporis, si socius pro sua parte agat adversus socium rei vindicatione, qui forte fundum communem pro indiviso sibi possidet in solidum: Nam etsi ita eum possederit longo tempore, vindicantem socium partem suam non repellet præscri- D ptione longi temporis, quia mala fide in solidum possedit rem communem, & sine justo veroque titulo. Et eleganter *l.* 3. quod est commune pro indiviso, vocat commune individuum, aliud est commune dividuum, id est, pro diviso, aliud commune individuum, quod & indivisum dicitur, ut Urbicus scribit, *compascua alios vocare communalia, quod est etiam idiotismi nostri verbum, alios pro indiviso*. Et postremo notandum ex *l. ult. hoc tit.* ei etiam non dari præscriptionem longi temporis, licet diu re usus sit, qui eam rem non possidet animo domini, ut si servum alienum possideat uti liberum hominem. Et hæc est species: servum meum non habui pro derelicto, alioquin posset usucapi tit. pro derelicto, si non fuerit plane meus, sed a me bona fide possessus: servum igitur meum non dereliqui, E sed cum is in acie vulneratus fuisset ab hostibus, eum tuis sumptibus curasti, existimans esse liberum, & diu eum hominem possedisti non animo domini, quia existimabas esse liberum: Ideoque vindicantem dominum non repelles præscriptione longi temporis, sed exceptione doli mali, si non reddat sumptus curationis, quos tu bona fide fecisti, *l. sin autem*, §. *pen. l. sumptus*, *D. de rei vind.* Atque ita præscriptio longi temporis non procedit sine possessione civili: ex naturali tantum non procedit, quæ scilicet non tenetur animo domini.

AD TITULUM XXXV.

QUIBUS NON OBJICITUR LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIO.

IN hoc titulo ostenditur longi temporis præscriptionem non objici, ut generaliter hic proponitur, cum effectu, iis, qui juvantur restitutione in integrum: Nam restitutio in integrum rescindit præscriptionem longi temporis. Et ita, ut ostendit *l.1. & ult. h.t.* militi restituto in integrum non imputatur tempus, quo in expeditione fuit, residuum tempus imputatur ei, quo fuit in suis ædibus, vel aliis locis citra expeditionis necessitatem, ut si triennio in expeditione fuerit, triennium ei non imputatur, quo rem suam alius possedit, residuum tempus imputatur, *l.pen. hoc tit.* Eademque ratione ostendit lex secunda, quæ scripta est ad Aurelium archiatrum. Archiatro, id est, medico principis, restituto in integrum adversus præscriptionem longi temporis, non imputatur tempus justæ absentiæ, & publici muneris, *le temps de son quartier*. Illud etiam singulare est, quod trahitur ex hac lege secunda, causas archiatrorum pertinuisse ad cognitionem præfecti prætorio. Quod etiam dici potest de his omnibus, qui serviunt in comitatu principis, *a la Cour*, deque archiatro loqui legem, demonstrant illa verba *ob medendi curam a comitatu nostro, &c.* Et addamus etiam simili ratione Reip. causa absenti, vel forte ex alia justa causa fortuita & necessaria, non voluntaria, non adfectata, nam hæc omnia requiruntur, non imputari tempus absentiæ, quoniam possunt in integrum restitui ex generali clausula edicti, *Ex quibus causis majores*, nempe ista, *Si qua mihi justa causa* esse videbitur, ex qua restituuntur majores 25. annis ob quamcumque absentiam fortuitam & justam, *l.4. hoc tit.* Et similiter quia ex eodem edicto captus ab hostibus, & postliminio reversus restituitur in integrum, præscriptio longi temporis non objicitur, quantum attinet ad id tempus, quo fuit apud hostes, hoc ei imputari non debet, *l.6. h.t.* Et similiter, ut ostendit *lex 3.* minori vigintiquinque annis cum effectu non objicitur præscriptio longi temporis *ex l. ult. sup. si quis ign. rem minoris*, quia olim minor vigintiquinque annis restituebatur adversus præscriptionem longi temporis. Currebat igitur ipso jure adversus eum præscriptio longi temporis, sed adversus eam restituebatur in integrum, quæ restitutio præscriptionem infirmabat. Sed hodie amplius beneficium est, quod Justinianus dedit minoribus viginti quinque annis, ut scilicet adversus eos nulla præscriptio temporis ipso jure currat, excepta præscriptione triginta, vel quadraginta annorum, id est, *ut ipso jure sint tuti, etiam sine restitutione in integrum, l. ult. sup. in quib. caus. in integr. &c.* Qua de causa, ut arbitror, *lib.2.* inter titulos de restitution. in integr. quæ dantur minori viginti quinque annis, ponitur titulus *si advers. usucap.* quia minor indiget restitutione, nullus ponitur titulus *si adversus præscriptionem longi temporis*: quia ipso jure munitus est beneficio Justiniani. Et jam in hoc titulo repetitur, quod habuimus in titulo superiori, agenti in personam non opponi præscriptionem longi temporis, *l. 5. hoc tit.* sed agnati in rem, cujus rei rationem exposui.

AD TITULUM XXXVI.

SI ADVERSUS CREDITOREM PRÆSCRIPTIO OPPONATUR.

NIHIL præterea veteres libri habent, quam si adversus creditorem. Et similis est titulus in *lib.2. Si adversus creditor.* qui tamen pertinet ad restitutionem in integrum, hic vero ad præscriptionem longi temporis. Et ostendit præscriptionem

A temporis non tantum pertinere ad perimendam actionem in rem, quæ domino competit, sed etiam ad actionem in rem hypothecariam, quæ & Serviana dicitur, & creditori competit: utramque perimi præscriptione longi temporis, quod etiam indicat *l. pen. sup. de præscript. long. temp. & l. 7. & ul. sup. de oblig. & act.* Et huic sententiæ nihil obstat *l. cum postulassem, §. ult. de damno inf.* cui nescit respondere Accurs. quia ea lex de usucapione loquitur, non de præscriptione longi temporis, & de usucapione legitima rerum immobilium, quæ ante Justinianum fuit biennii, & perimit quidem actionem in rem, quæ est de dominio, quia dominium illa usucapio mutat. Non mutat tamen causam pignoris, neque hypothecariam perimit, *l. usucapio, inf. de pign. l. justo errore 44. §. non mutat, D. de usucap.* At præscriptio

B longi temporis perimit actionem hypothecariam. Hodie autem usucapione Justiniana rerum immobilium, quia etiam est longi temporis, sicut præscriptione verissime dices utramque actionem perimi, id est, in rem, & hypothecariam, & similiter rectissime dices, si res mobilis hypothecæ data sit, usucapione Justiniana, quæ triennii est, utramque actionem perimi, & errare eos, qui in *l. 1. h. t.* in re mobili hypothecæ data, exigunt præscriptionem longi temporis. Proinde ita statuamus, usucapione Justiniani rei mobilis, vel immobilis, hodie utramque actionem perimi, & olim etiam usucapione rei mobilis, quæ vigebat ubique, id est, *usucapione anni*: quia de re mobili nulla erat comparata præscriptio temporis, sed usucapio rei mobilis omnia jura perimebat. Quod ante diximus actioni hypothecariæ objici recte præscriptio-

C nem longi temporis, verum est, quoties creditor agit adversus hypothecæ extraneum possessorem. Nam quoties agit adversus debitorem, vel ejus heredem, non sufficit præscriptio longi temporis ad submovendam actionem hypothecariam, sed necessaria est præscriptio quadraginta annorum, ut indicat *l.1. & 2. hoc tit.* & apertius *l. cum notissimi, inf. de præscript. 30. annorum*, quæ exigit etiam præscriptionem quadraginta annorum, si creditor agat hypothecaria adversus posteriorem creditorem.

AD TITULUM XXXVII.

DE QUADRIENNII PRÆSCRIPTIONE.

D IN hoc titulo agitur de præscriptione quadriennii, quæ datur fisco, vel adversus fiscum. De ea, quæ datur adversus fiscum est *l. 1.* ut scilicet adversus vindicationem bonorum vacantium, sive caducorum, quæ fisco competit, possessori non sit necessaria præscriptio longi temporis, sed sufficiat præscriptio quadriennii adversus fiscum, si post quadriennium vindicet bona quasi vacantia & caduca, quæ alius justa possessione tenere cœpit, *l.1. §. Divus, D. de jure fisc. l.intra, D. de divers. & temp. l.quamvis, D. de usuc. l.3. §.si vacantia, D. si quis omissa causa testam.* Ex quibus omnibus locis etiam intelligitur, quadriennium illud numerari a die, quo bona vacare cœperunt, id est, qua omnes, ad quos ea bona pertinere poterant, ea repudiarunt. Ne igitur dicas cum Accursio, Quadriennium numerari a die, quo

E bona nuntiata sunt fisco, quo hæc res delata est fisco, quod nec posset probari. Additur etiam in *l.1. eos, qui bona vacantia ex beneficio & liberalitate Principis promeriti sunt, statim dominos fieri, & securos esse adversus fiscum, sive officiales fisci, Principem de suo fisco, quantumque velit posse largiri, eamque donationem ratam esse.* De præscriptione quadriennii, quæ datur fisco, est *l. 2. & 3.* ut post quadriennium, quam fiscus rem forte alienam, vel quam communem habuit cum privato, ut *l.2. sup. de rer. comm. alien.* vel rem alii pigneratam, quasi vacantem vel caducam alienavit, dominum, vel creditorem agentem in rem, vel hypothecaria, repellat præscriptione quadriennii, nec ei sit necessaria præscriptio longi temporis. Is autem, qui a fisco rem accepit, puta emit, aut permutavit, aut ex causa tran-

transfactionis accepit, vel etiam ex largitione principis, ut is statim securus sit adversus dominum, vel creditorem hypothecarium: domino, vel hypothecario creditori non licere congredi cum eo, qui rem a fisco accepit, sed cum fisco ipso intra quadriennium ex *l.2. h.t.* Olim ei, qui rem a fisco accepisset ne posset inquietari, vel interpellari a domino, erat necessaria præscriptio quinquennii ex edicto Marci & Commodi, de quo in *§.pen. Instit. de usuc. l. ult.sup.si adver.fisc.* Hodie statim securus fit: sed in fiscum domino, vel creditori integra est actio in rem, vel hypothecaria, quasi dolo desierit possidere intra quadriennium tantum. Quare Tribonianus jus vetus inflectens ad jus novum in *l. neque, sup. de restit. milit.* pro quinquennii reposuit quadriennii, quod etiam Basilica sequuntur. Nec tamen quidquam mutavit in *d. l. ult. si advers. fiscum*, quia referebat in ea jus antiquum. Securitas eadem olim erat data certis emptoribus quorundam patrimoniorum, quia ea emissent a fisco ex constitutionibus Leon. & Zenonis in *l. 2. de prædiis tamiacis lib.* 11. Hodie datur omnibus emptoribus, vel aliis, qui a fisco rem acceperunt quasi rem fisci, emendata hac in re Novella Leonis *de bonis vacan.* correcta etiam, ut & Fulgosius recte sentit *l. 13. §. item si quis a fisco, de petit. hered.* quæ ait, *eum, qui hereditatem quasi vacantem a fisco emit, quæ tamen non vacabat, agnato, qui nunc emersit, cum nullus putaretur superesse agnatus defuncti, teneri utili petitione hereditatis, veluti emptorem universitatis.* Ergo, qui hereditatem emit a fisco, non statim tutus est, quia tenetur petitione hereditatis, quod velim intelligi secundum jus vetus, nisi emptor ille munitus esset præscriptione quinquennii. Denique ille §. accipiendus est secundum jus vetus, quod obtinuit ante hanc constitutionem Zenonis. Ideo si objiciatur, dicam eum *h. l.* corrigi. Ac præterea si objiciatur huic *l.2. l. 1. sup. de hered. vel act. vend.* quæ dicit, eum, qui emit a fisco hereditatem tanquam caducam, teneri creditoribus hereditariis, quibus defunctus teneretur: Responde, Zenonem in hac lege dare tantum securitatem eis, qui emerunt a fisco, quibuscum agitur de dominio, vel hypotheca, ut est expressum in *h. l. 2.* non si cum eis agatur de ære alieno, quia respondere tenentur creditoribus hereditariis, *l.cum qui, D.de jure fisci.* Et similiter, si objiciatur *lex 5. sup. de liber. causa*, quæ ait, *ancillam, quam quis emit a fisco, posse proclamare ad libertatem*, id est, *cum emptore experiri præjudicio*: Dicamus similiter ex Thalelæo, Zenonem dare securitatem emptori, si cum eo agatur de dominio, vel hypotheca tantum, non si de statu empti a fisco mancipii. Additur item in hac *l.2.§.ult.emptorem, qui solvit pretium fisco, licet de soluto pretio apocham non acceperit a fisco, tamen ut eo etiam nomine securus sit, si modo ex gestis scrinii*, id est, *ex rationibus fiscalibus appareat eum solvisse*, quod confirmat *lex 2.infra, de conven.fisc.deb.l.2. de discurs. lib.12.l. illatæ, de fide instr.* Nec omittam circa principium hujus *l. 2. illo loco etiam* legendum esse *eos quin etiam, quibus quæcunque res, &c.* Et ita Basilicis, *οἷς τισὶν οἱ αδήποτε πράγματα, quibus quæcunque res.* Quod autem Zeno constituit in hac leg. 2. de alienationibus factis a fisco, ut ne ullo modo inquietentur illi, in quos factæ sunt, sed securi permaneant, quasi pleno jure domini, atque optimo, firmissimoque Justinianus in *l. 3. hoc tit.* id trahit ad alienationes factas ab Augusto, vel Augusta, non ex rebus fiscalibus, sed ex dominio eorum, & privata substantia, ut hæ etiam alienationes nullo modo revocari possint, sed tantum, ut possit eo nomine conveniri domus Augusti, vel Augustæ intra quadriennium: non dicit conveniri principem: quia cum principe nulla est actio, sed conveniri res ejus privatas, censum ejus, curatores domus ejus, sive procuratores, qui ea bona administrant, id est, curatores rei dominicæ, id est, rei, quæ pertinet ad dominum, id est, principem, qui est dominus rerum, procuratores rei privatæ. Idem est res dominica, res privata, & res divinæ domus, aut dominicæ domus, ad quos curatores scripta est *l. 3. hoc tit.* Denique quod legis sententia statuit de fiscalibus auctionibus, ut ratæ, & perpetuæ sint, id Justinianus trahit ad alienationes, quas fecit Augustus, vel Augusta de suis propriis bonis, aut tanquam suis, quia nihil refert, vendatur res fiscalis, aut donetur, an res privata Principis, quia utraque res est Principis. Et hoc est, quod ait, *omnia esse Principis.* Neque enim intelligit omnia, quæ sunt singulorum hominum, sed omnia, id est, fiscalia: Nam & hæc sunt quasi propria principis, *l. 2. §. hoc interdictum, D. ne quid in loco publico.* Et præterea, quæ pertinent ad dominium, & proprietatem privatam ipsius, sunt in proprio patrimonio Principis, vel Augustæ. Omnia ergo sunt Principis, id est, fiscalia, & privata *δημόσια*. Et tamen Seneca 7. de beneficiis etiam scribit, jure civili omnia esse principis, quæ scilicet quisque habet. Sed recte *cap.* 5. id ita interpretatur, *Omnia esse Principis imperio: singulorum enim dominio.* Et ita *c.6. Cæsar omnia habet, fiscus ejus privata tantum, ac sua* (id est, *fiscalia*) *ut universa in imperio ejus sunt, in patrimonio propria.* Unde apparet, principem non habere in patrimonio, nisi propria, quæ dicuntur *dominica. du domaine.* Restat illud in hac lege tertia, *Curatores rei privatæ Principis, tantum quid vendunt.* Et est suavis Accursius in *h. l. 3.* dum refert, eo tempore, quo Fredericus Imperator summus belli dux, vastabat Italiam, fuisse interrogatum Martinum Jurisconsultum ab Imp. apud Roncaliam, quæ civitas est supra Padum vicina Placentiæ, ex qua urbe legitur data fuisse constitutio Frederici de privilegiis studiosorum, quæ posita est *sup.tit.lib.4.ne filius pro patre*, eo, inquam, loci interrogatum Martinum a Principe, an omnia essent principis: respondisse, *Armato principe omnia ejus esse, etiam quantum ad proprietatem, timore, vel amore*, inquit Accursius. Restat igitur in *h. l. 3.* curatores rei privatæ, qui vendunt ex epistalmate Principis, i. ex mandato, non debere se obligare evictionis nomine, ut solent privati venditores: quia ipso jure emptores statim securi sunt adversus omnes, & eis, quorum interest, ob eam rem competit tantum actio adversus divinam domum intra quadriennium, non post quadriennium.

AD TITULUM XXXVIII.

NE REI DOMINICÆ, VEL TEMPLORUM VINDICATIO TEMPORIS EXCEPTIONE SUBMOVEATUR.

IN hoc titulo ostenditur, præscriptionem longi temporis cessare adversus vindicationem rerum dominicarum, ut inde affinitas hujus tituli cum *l. ult.* tituli superioris manifesta fiat, quæ etiam est de rebus dominicis: & cessare etiam præscriptionem longi temporis adversus vindicationem rerum, quæ pertinent ad sacra templa. Quod verbum *sacra*, sive *sacrorum*, quod est in *l. 2. h. tit.* laudo abesse a quibusdam libris, quia in his libris dixit *templa*, quæ fuerunt paganorum, quæ tum esse prophana putabantur. Denique cessare hanc præscriptionem adversus vindicationem rerum privatarum principis, & rerum juris templorum. Et *l.2.* sic est emendanda, *universas terras, quæ a colonis, sive emphyteuticariis dominicis* (id est, qui terras a curatoribus divinæ domus acceperunt locationis, conductionis jure, vel emphyteuseos) *rei privatæ* (non *Reipublicæ*) *vel juris templorum*, quæ vult prædia dominica, quæ vendiderunt coloni, vel emphyteuticarii dominici contra leges, retrahantur, & revocentur in jura Principis, non obstante præscriptione longi temporis, & ne reddito quidem pretio emptori, qui accessit ad illicitam venditionem, ut in *l.1.inf.de prædiis Curial.* Et nihil refert, utrum sit res mobilis, quæ ad dominicam domum pertineat, aut animalis, puta servus dominicus, aut colonus, aut coloni filius, vel nepos, qui seq. conditionem parentis, conditionem colonariam, an res immobilis. Et additur item in *l.3.* emptori harum rerum nec prodesse præscript. longi temporis, nec rescripta obreptitia, quæ impetrarunt forte suæ poss. firmandæ causa, nec etiam professionem novi census, ut puta, si in agendo censu publico, ille rem dominicam, quam emit illicite,

refe-

referat in censum quasi suam, quia non ideo magis fit ejus, *l. quæ quisque, D. de adquir. rer. dom. l. forma, §. si cum ego, D. de censibus*. Cicero pro Flacco: *primo pertimuit cum te audisset, servos suos esse censum: retulit ad Jurisconsultos. Constabat inter omnes, si aliena censendo Decianus sua facere posset, eum maximam habiturum esse rerum omnium copiam*. Itaque census falsa professio nihil alieno juri præjudicat, quod optime ostendit *l. ult. hoc tit.*

AD TITULUM XXXIX.

DE PRÆSCRIPTIONE 30. VEL 40. ANNORUM.

QUEMADMODUM usucapioni, quando locum non habet, ut in re incorporali, diximus *sup. tit.* 33. succedere præscriptionem longi temporis, id est, 10. annorum inter præsentes, & 20. inter absentes: Ita vero demum illi præscriptioni longi temporis, ubi locus non est, subjicitur præscrip. longissimi temporis: ut si agatur in rem, vel hypothecaria adversus malæ fidei possessorem, vel si agatur in personam, ibi tum succedit præscriptio longissimi temporis, id est, 30. ann. Et rursus cessante præscriptione 30. ann. succedit præscriptio 40. annorum, quod hic titulus ostendit. Hæc autem præscriptio 30. annorum, si primam originem quæras, proficiscitur ex constitutione Theodosii Magni: nam ante eum, adversus malæ fidei possessorem actio in rem, vel hypothecaria erat perpetua, id est, sempiterna, & nullis seculis interitura. Itemque actio in personam, & mixta in provinciis erat æterna, atque perpetua. Et cur actio in personam fuerit perpetua, & sempiterna, actio in rem temporaria, id est, 10. aut 20. annorum adversus bonæ fidei possessorem, exposui *tit.* 34. At ex constitutione Theodosii, nullæ actiones sunt perpetuæ, æternæ, vel sempiternæ: Imo omnes qualescunque, sive in personam, sive in rem, vel mixtæ, vel hypothecariæ, id est, sive domino competant, sive creditori, etiamsi agatur adversus malæ fidei possessorem, adversus prædonem 30. annorum continuorum præscriptione tolluntur. Et generaliter, quibus in causis, vel quibus in locis nullam obstare præscriptionem temporis legimus, ut in *l. ult. sup. ne de statu defunct. &c.* & aliis plerisque in locis; illis tamen omnibus casibus obstat præscriptio 30. annorum: quamobrem eam Cassiodorus lib. 5. Variarum vocat *patronam humani generis*: Ex novella Valent. 30. *ann. præscriptio omnibus causis opponenda*, per eam præscriptionem 30. annor. Theodosium humano generi profunda quiete prospexisse, ne quis scilicet cuiquam tot annorum movere possessionem possit. Imo hoc plerisque locis hodie invaluit, in Gallia; ut in hac provincia Biturigum, ut in omnib. causis sit necessaria præscriptio 30. annor. abolita præscriptione longi temporis, quam illa absumpsit, aut redegit in suam potestatem. Denique, ut etiam bonæ fidei possessori adversus actiones in rem, vel hypothecariam nihil prosit præscriptio longi temporis, sed præscriptio 30. annorum, quod est contra Constitutiones Impp. Roman. Hujus præscriptionis auctorem feci Theodosium Magnum ex supradicta Novella Valentiniani, & Theodosii junioris, in qua hoc jus, ut silentio 30. annorum omnis actio perimatur, omne jus, quod alii competit, Valentinianus tribuit Theodosio patri suo. Non ergo Theodosio juniori collegæ suo, sed Theodosio Magno: Namque solent Imperatores antecessores suos appellare *patres*, pio, & augusto nomine, licet non fuerint eis parentes, ut in eadem Novel. Valentinianus Honorium vocat patrem suum, qui ei fuit avunculus, non pater, & intelligit illo loco *l. 1. C. Theod. de inquilinis, & colonis*: Cujus inscriptio ex ea Novella omnino ita emendanda est, ut ea lex tribuatur non Constantino, & Juliano, ut perperam formis est expressum, sed Honorio, & Theodosio. Et *ex eadem constitutione Theodosii magni de præscriptione tricennii*, idem Valentinianus *Novella de Episcopali judicio refert, Theodosium magnum non imputasse in tricennium, in præscriptionem tricennii tempus pupillaris ætatis, quo scilicet, quis rem pupilli possedisset*: Nam ut usucapi res pupilli non potest, ita nec longo, aut longissimo tempore adquiri. At eam constitutionem Theodosii Magni non habemus. Nam *l. 3. hoc tit.* non est ejus, sed Theodosii junioris, quæ tamen idem statuit, quod illa; & similiter a 30. annis subtrahi domini, aut creditoris ætatem pupillarem. Et ut *hanc l. 3.* soli Theodosio juniori tribuam, moveor C. Theod. in quo extat plenior titulus *de actionibus certo tempore finiendis*, ubi soli Theodosio tribuitur. Moveor inscriptione: inscribitur Asclepiadoto Præfecto prætorio, qui eo honore functus est tantum sub Theodosio juniore, cui etiam idem Theodosius semper solet solus scribere, aut suas dirigere constitutiones. Moveor item subscriptione, quæ Victorem consulem præ se fert, & quidem solum, nec enim addi volo collegam, collegam Castinum, cujus memoria damnata erat ob crimen læsæ majestatis (nam nomina consulum damnatorum eo crimine, eradebantur e Fastis consularibus) Nolo item addi Symmachum, qui non fuit collega Victoris, sicut etiam nullus additur Victori collega in *l. ult. sup. de codicill. l. ult. C. Theod. de inoffic. test. l. ult. C. Theodos. de cognitionibus, l. pen. eod. Cod. de collat. donat. poss.* Quam legem penultimam manifestum est esse Theodosii junioris, tum ex serie Imperatorum, & recto ordine, qui utique semper servatur in legum dispositione, tum ex mentione, quam facit avi, patris, & patrui. Theodosio juniori, nimirum avus fuit Theodosius magnus, pater Arcadius, patruus Honorius. Et ut alio argumento comprobem *hanc legem* 3. non esse Theodosii magni. Valentinianus *in d. Novella de triginta annorum præscriptione* refert *in constitutione Theodosii magni de præscript. 30. annorum*, fuisse adscriptum verbum (*omnia*) nimirum, ut omnia jura præscriptione tricennii tollantur, quod verbum Valentinianus vocat peremptorium, quod illo nulla actio excipiatur, quale nullum est in hac *l. 3.* nec in *l. 1. C. Theod. de actionibus certo tempore finiendis*: ubi hæc lex habetur integrior. Non est igitur hæc lex Theodosii magni, sed Theodosii junioris: neque vero usquam extat l. Theodosii magni de præscriptione tricennii, credo quod nunquam fuerit in Occidente perlata, neque vero perferri potuerit, quia tempore Theodosii magni, imperium Occidentale Eugenius quidam invaserat, adeo ut vere scribat Sidonius Apollinaris 8. *Epistolarum*, intra Gallias nescitam fuisse præscriptionem 30. annor. ante Valentinianum Collegam Theodosii junioris, qui præerat Orienti; Valentinianus Occidenti, & ante consulatum Asterii, sub quo data est illa Novella Valentin. *de 30. anno. præscrip.* videl. tum utroque Imperatore in regno suo legem de 30. ann. præscriptione, quam Theodosius magnus tulerat, non pertulerat, suo nomine perferente, atque etiam ampliante interpretationem. Quamobrem non est mirum, si in C. Theod. cujus conditor fuit Theodosius junior, non senior, de præscriptione tricennii, exstent tantum constitutiones Theodosii junioris, ut h. l. 3. & Valentiniani, nulla Theodosii senioris, qui & eam legem perferre non potuit. Quod autem est scriptum *in capite vigilanti, de præscript.* præscriptionem tricennii primum introduxisse Ephesinum Legislatorem, vel ut est *in Tomo 2. Conciliorum sub Alexandro tertio*, Euphegium patruum Origenis, & quod ibi annotatur, *illud caput vigilanti* esse sumptum ex libris stromaton Clementis Martyris, id omne perridiculum est, ut merito annumeretur illud caput inter cassa palearum, qualia multa sunt in decretis, & decretalibus. Porro, ut cetera, quæ sunt in *l. 3.* absolvamus, posita præscript. 30. annor. quæ vult omnes actiones tolli, etiamsi agatur contra malæ fidei possessorem, quia exiguntur 30. anni continui, quibus possederit sine interpellatione, docet etiam lex præscriptionem 30. annorum interpellari tantum per conventionem executoris, & libellum conventionis, qui Gallice dicitur *adjournement libellè*:

bellè: non interpellari solo libello oblato Principi, id est, precibus oblatis soli Imperatori, quibus conqueratur de possessione rei suæ, quam alius non jure possidet, etiamsi ille libellus precum habeat subnotationem Principis, qua quid Princeps decreverit ea de re, etiamsi responsum illud insinuatum sit in judicio, videlicet, cum hæc omnia petitor fecit, non convento possessore per exsecutorem. Idem erit, si, ut ait, in judicio postulationem deposuerit, quæ in Basilicis illo loco dicitur *μονομερὴς αἴτησις*, quæ fit tantum ex una parte invocata altera, non convento possessore: hoc inutile est ad interrumpendam præscriptionem longi temporis. Et tamen constat actiones prætorias annales, id est, præscriptionem illam anni interrumpi solo libello dato Principi, ex *l.1. & 2. sup. quando lib. pr. dat. pro lit. contest.* præscriptionem, inquam, anni, non etiam præscriptionem 30. annorum, quæ non interrumpitur citra conventionem possessoris, quæ fiat per exsecutorem litis. Item notandum ex *h. l.* tempus 30. annorum imputari etiam feminis, militibus, absentibus justa ex causa, & puberibus minoribus 25. annor. non etiam pupillis; sed puberibus imputatur etiam minoribus. Qua in re præscriptio 30. annorum differt præscriptione longi temporis: Nam hæc non imputatur minori 25. annis. Et hæc differentia proponitur in *l. ult. sup. in quibus causis in integr. restit. nec. non est.* Feminæ (ut addam aliam differentiam) quibus etiam majoribus ætate facile datur restitutio in integrum, quod jus ignorent, quod sint imperitæ rerum forensium, *l. ult. sup. de juris, & facti ignor. l. ult. C. Th. de in integrum restit.* Item milites, & absentes justa ex causa, facile restituuntur in integrum adversus præscriptionem longi temporis: minores autem adversus præscriptionem longi temporis ipso jure tuti sunt, *d. l. ult.* id est, non indigent restitutione in integrum, sive beneficio prætoris, quia ipso jure muniti sunt: & tamen adversus præscriptionem 30. annorum minor, neque feminæ, neque milites, neque absentes ex justa causa *d. l.3.* ita plectitur tanta annorum desidia, atque silentium, adeo ut, sicut est in fin. leg. nemo possit se excusare ignorantia juris. Adnotandum tamen est, justum esse, ut dominis, vel creditoribus non imputetur tempus, quo prædia eorum hostes possederunt, etiam triginta, aut quadraginta, aut centum annis, sine interpellatione: Nam & idem legimus *in Novella Valentiniani, de Episcop. judicio*, Afris non imputari tempus, quo Vandali prædia eorum hostiliter possederunt, & apud Procopium *lib.*1. de bello Vand. Hispanis non imputari tempus, quo iidem Vandali prædia eorum hostiliter possederunt, nec posse iis objici tricennalem præscriptionem. Et ita prolata quadam constitutione Justin. quæ latebat Obs. 10. ostendi Justinianum Romanis non imputasse in præscriptionem tricennii tempora, quibus Gothi eorum prædia hostiliter possederunt. Unum est notatu dignum, *quod est in Cod. Theod.* ubi hæc *l.3.* relata est integrior & plenior, ut scilicet hæc præscriptio 30. annorum non pertineat ad actionem finium regundorum, sed ut ea actio sit eodem jure, quo fuit ante proditam præscriptionem 30. annorum. Quod ideo scripsit Theodos. ut intelligeremus, actionem finium regundorum, ne quidem præscriptione tricennii perimi ex sua sententia: Nam jus ita est proculdubio, ut quæstio alia sit de fine, alia de loco. Quæstio de fine, aut finibus, includitur intra 5. pedes. Fines agrorum utique constant 5. pedibus. Si quæratur extra illos 5. pedes quiddam, est quæstio de loco, id est, de proprietate loci, non de finibus, ea actio est in rem, non finium regundorum, & ita Græci, actionem finium regundorum esse, si controversia consistat intra quinque pedes, *ἔσω τῶν πέντε ποδῶν*. Circumscriptio autem illa quinque pedum, id est, fines adeo erant sacri, ut non posset quæstio eorum ulla præscriptione temporis perimi, id est, nec triginta, aut quadraginta annis: quæstio loci posset perimi, non etiam quæstio finium. Et hæc fuit mens *l. quinque pedum, sup. fin. regund.* quæ manifestior fit ex constitutionibus, quas retulit Frontinus *lib. de limitibus agrorum*. Sed hoc quia displicuit Justiniano, ideo partem

A illam de actione finium regundorum, quam exceperat Theod. removit a *l.3.* quia voluit & actionem finium regundorum tolli præscriptione tricennii. Et ita est scriptum a Triboniano immutatis verbis in *l.ult. sup. fin. regundor. & l.1. §. ad hoc, tit. seq.* Postremo notandum est, hanc præscriptionem tricennii pertinere tantum ad actiones, quæ olim erant perpetuæ, & immortales: præscriptio tricennii non pertinet ad actiones, quæ certis temporibus circumscribuntur, non pertinet ad actiones temporarias, ut non pertinet ad actiones in rem, vel hypothecariam, quæ adversus bonæ fidei possessorem dantur, quia habent certum tempus, & finiuntur longo tempore: non pertinet ad querelam inofficiosi testamenti, quæ finitur quinquennio: non pertinere ad actionem de dolo, quæ finitur biennio, non ad actiones prætorias annales,
B quales pleræque omnes sunt, id est, *ut est in Instit. de perpet. & tempor. act. vivunt tantum intra annum*, quo verbo utitur *in hac leg.3. ne vivant actiones ultra tricennium*: ubi in Basilicis corrupte legitur *ζητεῖν*, pro *ζῆν*. Denique hæc præscriptio pertinet tantum ad eas actiones, quæ olim durabant in infinitum, vel deinceps nullæ sint actiones perpetuæ, æternæ, immortales. Et quod ait *l.3. non a suo debitore*, habet hunc sensum, ut actio hypothecaria, qua creditor agit adversus extraneum possessorem, perimatur præscriptione tricennii, non si ea agat adversus debitorem, quia tunc requiritur præscriptio 40. annor. *ut didicimus sup. in tit.26.* Et tractabimus plenius hac de re *in l. cum notissimis inf. hoc tit.*

C Ad L.I. Cum adseveres te *absente eos, qui oculos prædiis tuis imposuerant, operam dedisse, ut annonariæ collationis prætextu vili pretio ab officio præsidiali prædia tua distraherentur, si legitimi temporis spatium ex venditionis die fluxit: qui provinciam regit, inter vos cognoscet: & quod publico jure præscriptum est, statuet. Sin autem nondum ex die publicæ venditionis legitimum tempus transmissum sit: judex examinatis allegationibus tuis, quod rei qualitas dictaverit, sequetur, non ignarus, si injustam esse emptionem perspexerit, pretium, quod pro vitioso contractu datum est, secundum principalium statutorum tenorem malæ fidei emptoribus restitui non oportere.*

DIximus satis *l.3. hujus tit.* esse fundamentum, & præcipuum caput totius tituli. Et si quæras, cur ergo
D *l.3.* priori loco posita non sit? Dicam hoc factum, ne interturbaretur ordo legum, quas prout Imperatores alii alios præcesserunt, ita collocari commode conveniens erat. Et rursus, si quæras, hoc dato, quod & verissimum est, Theodosium de præscript. 30. annor. priorem legem pertulisse in *l.3. Anastas. de præscript. 40. annor. in leg. 4. & 5.* qui igitur fieri possit, ut lex prima, quæ est Diocletiani, & Maximiani, & *lex* 2. quæ est Valentiniani, & Valentis pertineat ad præscriptionem triginta, aut quadraginta annorum? Dicam eas leges fuisse quidem scriptas de alia præscriptione, cum nondum inolevisset præscriptio triginta, aut quadraginta annorum: sed de industria a Tribon. esse positas sub hoc titulo, ut inflecterentur, & accommodarentur etiam ad præscriptionem 30. vel 40. annorum, quod mox apparebit utriusque
E legis exposita sententia. Species *l.1.* hæc est, L. Titius cum, *ut loquitur lex eleganter*, oculos adjecisset, vel imposuisset prædiis Gaii Seii, id est, habendorum eorum prædiorum cupiditate incensus, absente Gajo Sejo, absentiæ scilicet ejus occasione captata, *ut ait Novell. Theodos. de invasoribus*, operam dedit, ut ex causa a Gajo Sejo, non præstitæ fisco publicæ pensitationis, publici tributi, vel annonariæ functionis, prædia Gaii Seii per officium præsidis, *par ses officiers*, quod etiam potuisset expediri per officium procuratoris Cæsaris, ut *l.3. in fin. si propter publicas pens.* ut, inquam, ea prædia, publice sub hasta, sub pertica tristi, ut poeta loquitur, venderentur, & fraude quadam conquisita, vel ambitione, vel gratia sibi addicerentur viliori pretio. Hoc

egit

egit L. Titius, atque ita ea prædia a fisco, vel officio fiscali comparavit. Venditio valet. Sed quia non est facta justo pretio, nec omni ex parte sincera fide, rescindi potest, ut in *l.2. sup. si propter publ. pensitat. l. si quos, sup. de rescind. vendit. l.3. inf. de jure hast. fisc.* Et utique rescindi, & revocari poterat Gajo Sejo vindicante sua prædia intra legitimum tempus: Nam constitutio Zenonis proposita supra in *tit.37.* quæ vult, ut statim securus sit is, qui rem alienam emit a fisco, locum non habet cum eam rem fiscus vendidit, quasi sibi obligatam ex causa publicæ pensitationis, sed cum eam vendidit ut caducam. Igitur hoc casu intra legitimum tempus Gajo Sejo integrum est sua prædia vindicare ab emptore. Post legitimum vero tempus, si Gajus ea prædia vindicet, repelletur præscriptione legitimi temporis, id est, longi temporis, quæ tunc sola legibus cognita erat, nondum prodita præscriptione tricennii. Quod si objicias, ut etiam jure potes, præscriptionem longi temporis non prodesse malæ fidei emptori, & L. Titium emisse mala fide prædia Gaii Seii, eo absente viliori pretio per gratiam: contra objiciam L. Titium in hac specie non esse malæ fidei emptorem, hac ratione, quia tametsi scierit rem esse alienam, & curaverit eam sibi addici pretio viliori, non tamen scivit injustam possessionem esse, injustum titulum, qui vero erat justissimus ex auctione publica, & ut evenit in specie *l. & generaliter, D. de noxal. action.* mala fides non est scientia rei alienæ, aut cupiditas ejus habendæ, vel opera impensa in eam rem, sed scientia injustæ possessionis. Sed quia Justinianus, qui aliorum Imperatorum leges contorsit, ut voluit, hunc habuit pro malæ fidei emptore, ideoque hanc legem posuit sub hoc titulo, ut intelligeremus necessariam esse emptori præscriptionem triginta annorum adversus dominum vindicantem prædia sua: Et esse malæ fidei emptorem, hac ratione, quia dolo, & opera ejus prædia sunt addicta pretio viliori in fraudem domini debitoris fisci. Et quod generaliter definiatur in *l. quemadmodum, inf. de agricol. & censit.* malæ fidei emptorem esse eum, qui contra legum interdicta mercatur. Ideoque ex sententia Justin. *in hac l.1.* legitimum tempus non est longum, sed longissimum tempus. Ideoque, ut opinor, pro more suo Tribonianus adjecit, *in fin. h. l.* Lucio Titio, tanquam malæ fidei emptori dominum prædia vindicantem intra legitimum tempus, id est, intra tricennium, non restituere pretium, quanti ea a fisco emit: Nam hoc est certum, & ratum, dominum rem suam vindicantem malæ fidei emptori, qui scilicet emit a non domino, non restituere pretium, quanti rem emit, sed rem suam vindicare non reddito pretio, *l.2. sup. tit. prox. l. si sciens, sup. ad Vellejan.* Idemque esse opinor, si quis a malæ fidei possessore rem alienam bona fide emerit, ut scilicet ab eo verus dominus possit rem vindicare non reddito pretio, ut *l.3. & l. si mancipium, sup. de rei vindic.* Quia & hic emptor præsumitur esse malæ fidei emptor, ut *l.2. sup. de furt.* aut certe malæ fidei emptori proximus, & affinis, ut non abs re Justin. in *Novell.* 119. *c.7.* in eo, qui bona fide emit a malæ fidei venditore desideret præscriptionem 30. annorum, ac si mala fide emisset, si modo insciente domino emerit, quia scilicet debuit esse curiosus, & quis venderet inquirere, & cautius negotiari, *ut ait d. l.2.* Sæpe leges a negotiatoribus exigunt curiositatem, & diligentiam, alioqui præsumuntur mala fide negotiatori. Plus dico, idem esse, ut scilicet dominus rem suam vindicet, non restituto pretio emptori, qui emit a non domino, etiamsi quis bona fide emerit a malæ fidei possessore, videlicet si emptor solvendo sit, ut possit emptor suum servare, re evicta actione ex empto, vel ex stipulatu evictionis nomine. Nam & hoc casu dominus ei non reddit pretium, sed integra ei repetitio pretii erit a venditore, qui est solvendo, ut non jure desideret sibi præstari a domino pretium, ut in *l. super empti, C. de evict.* Neque iis, quæ proposuimus quidquam obstat *l. emptor, D. de rei vindic.* quam male accepit Accursius: Nam ea lex non dicit eum, qui emit a non domino, vero domino rem suam vindicante, per doli exceptionem servare pretium, quod solvit venditori, sed per doli exceptionem sibi servare sortem debitam, quam solvit creditori domini, cui ea res obligata erat agenti hypothecaria: hanc pecuniam servabit. Denique non loquitur de pretio servando, sed de pecunia creditori debita, & soluta servanda. Nihil etiam obstat *l.1. & 3. inf. si vendit. pign.* Quia illæ leges loquuntur de pretio verso in rem domini, quod dominum reddere etiam malæ fidei emptori, æquum est, *l. utere, & l. si prædium, sup. de præd. minorum.* Neque excipio casum *l.11 inf. de prædiis curial.* vel *l.7. inf. de agricol. & censit.* vel *l. ult. inf. de fund. rei priv.* quibus casibus venditor venditionem illicitam, quam fecit, contra utilitatem publicam, ut si Curialis vendiderit sua prædia, quo redderetur minus idoneus ad obeunda munera civilia, venditor, inquam, eam venditionem rescindit, emptori non reddito pretio, quod ab eo accepit, quia his casibus pretium non cedit in lucrum venditoris, quod accepit, sed infertur fisco propter illicitam venditionem, quam fecit, ut recte sentit Accursius in *l.1.* Et idem etiam obtinet in casu *l. pen. sup. de rescind. vendit. & l. pen. de iis, quæ vi, metusve causa.*

Ad L. II. Male agitur cum dominis *prædiorum, si tanta precario possidentibus prærogativa defertur, ut eos post 40. annorum spatia, qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex Constantiniana jubeat ab his possessoribus initium non requiri, qui sibi potius, quam alteri possederunt. Eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant præstare mercedem. Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo jus sibi proprietatis usurpet: ne cogantur domini, aut amittere, quæ locaverunt, aut conductores utiles sibi fortassis excludere; aut annis omnibus super dominio suo publice protestari.*

LEX 2. est singularis propter constitutionem Constantini, cujus fit in ea mentio: ea quidem non exstat integra, sed meo judicio ejus legis Constantini pars una est in *l. ult. sup. de long. temp. præscript. quæ pro libert.* & altera in *l. placuit, sup. de jud.* Ambæ habent eandam inscriptionem ad Dionysium, & eand. diem 8. Kalend. Maii, ut emendare oportet, & consules eosdem, Volusianum, & Annianum, ut merito conjungendæ sint. Porro ea lex ult. indicat Constitutionem Constantini fuisse de præscriptione 60. ann. dum scilicet ait congruere æquitati, ut ea præscriptio 60. annor. non opponatur proclamanti ad libertatem, licet 60. annis servitutem servierit. Et ad illa verba *congruere æquitati*, mox adnectenda est *l. placuit*, quæ dicit æquitatis potius, quam stricti juris habendam esse rationem. Et æquum non esse, ut longinquitate ullius temporis libertas cujusquam labefactetur. Excipitur tantum libertas. Ex quo intelligitur adversus alias actiones in rem Constantinum sua constitutione admisisse præscriptionem 60. annorum, alioqui fuisset supervacua, ut videlicet non requisito initio possessionis, id est, ut etiamsi quis rem alienam posedisset injusto titulo, & mala fide, poset se tueri præscriptione 60. annorum. Unde orta est quæstio *l.2.* an conductor rei alienæ ad obtinendum proprietatem ejus rei adversus locatorem possit se tueri præscriptione 60. annorum, quæ non requirit justam causam posesionis, ex l. Constantini, quod negavit *l.2.* Quia hoc tantum Constantinus dedit iis, qui suo nomine rem alienam posidere cœpisent sine causa, atque etiam mala fide. At conductor alieno nomine possidere cœpit, non suo, ideoque sibi non possidet, vel simpliciter conductor non possidet, licet rem teneat corporaliter, sed is possidet, cujus nomine rem tenet, *l. quod meo, D. de adquir. possess.* Nec potest sibi ipsi conductor mutare causam possesionis. Denique non potest efficere, ut quod posidere cœpit pro alieno, nunc posideat pro suo, *l. cum nemo, sup. de adquir. possess. l.1. sup. in quib. caus. cess. long. temp. præsc.*

Con-

Conductor igitur non possidet: ergo præscriptionem temporalem adquirere non potest, quæ tribuitur tantum possessori. Denique nec 60. annorum præscriptio conductori competit, & multo minus 20. 30. vel 40. annorum. Sed abolita illa præscriptione 60. annorum, quia quæ hodie omnium præscriptionum longissima est, præscriptio est 40. duntaxat annorum, ex Anastasii constitutione, *l.*4. & 5. Quod erat scriptum in *l.*2. *de præscriptione 60. annorum*, ut ex conjecturis satis certis duximus, inflexit Tribonianus ad præscriptionem 40. annorum in *l.*2. ut nec ea conductori prosit adversus locatorem, etiamsi cessaverit in præstanda mercede, ut rectissime Accurs. sensit hoc loco. Et notandum, quod ait *l.*2. conductorem precario possidere: Nam est quidem proprie hæc differentia inter precarium, & conductionem: quod precarium sit gratuitum, in conductione interveniat merces. Generaliter tamen conductor non male dicitur etiam precario possidere, quia conductum rogavit, ut est in *l. servi*, *ff. de peric. & comm. rei vend.* Denique hæc sit conclusio: eum, qui rem aliquam possidere cœpit alieno nomine, id est, non conductorem tantum, de quo est specialiter *l.*2. sed etiam commodatarium, depositarium, fructuarium, creditorem hypothecarium, & eum, qui precario rogavit, nulla se adversus dominum, qui per eum rem possedit, tueri posse præscriptione, nec 40. quidem annorum, qui omnium longissima est, nec olim præscriptione 60. annorum, quæ non requirebat initium justæ possessionis, & quæ locum habuit in omnibus causis, excepta causa libertatis.

Ad L.V. Præscriptionem 40. annorum *ab his, qui ad curialem conditionem vocantur, opponi non patimur, sed genitalem statum semper eos agnoscere compelli sancimus. Sacra etenim nostræ pietatis lex de aliis loquitur conditionibus, nec anterioribus constitutionibus per eandem Novellam legem derogatur, quæ manifestissime curiales, & liberos eorum explosis temporalibus præscriptionibus, patriis suis reddi præcipiunt.* Lex 6. *comperit nostra serenitas quosdam sacratissimam nostræ pietatis constitutionem, quæ de annor. 40. loquitur præscriptione ad præjudicium etiam publicarum functionum solutionis trahere conari, & si quid per tanti, vel amplioris temporis lapsum minime, vel minus quam oportuerat, tributorum nomine solutum est, non posse requiri, seu profligari contendere: cum hujusmodi conamen manifestissime sensui, propositoque nostræ legis obviare noscatur: Ideoque jubemus eos, qui rem aliquam per continuum annorum 40. curriculum, sine quadam legitima interpellatione possederint, de possessione quidem rei, seu dominio nequaquam removeri: functiones autem, seu civilem canonem, vel aliam quampiam publicam collationem eis impositam dependere compelli, nec huic parti cujuscunque temporis præscriptionem oppositam admitti.*

Et ad LL. IV. & IV.

UT præscriptioni longi temporis, id est, 10. aut 20. annorum successit præscriptio 30. annorum: Ita præscriptioni 30. annorum succedit præscriptio 40. annorum, quæ omnium longissima est: nam & 60. annorum præscriptio Constantiniana, & 100. annor. Justiniani data Ecclesiis, hodie abolita est, atque etiam præscriptio 50. ann. qua olim extinguebatur repetitio ejus, quod alea lusum esset: Nam & hodie redacta est ad ann. 30. auctore Thalelæo interprete Græco, ut Eustathius refert in *lib. de temp.* Et similiter illa Constantiniana, & Justiniani præscriptio redacta ad annorum 30. vel 40. Quibus ergo casibus locum non habet præscriptio 30. ann. locus est præscriptioni 40. ann. cujus auctor est Anastas. in *l.*4. 5. & 6. Et proponam quosdam casus. Et primum, si quæ actio Ecclesiæ, vel loco venerabili competere dicatur, excludi potest præscriptione 40. ann. Fuit initio eodem jure Ecclesia, quo privatus, ne scilicet actiones ei competentes viverent ultra 30. annos, vel *Gelasio teste urbis Episcopo in c. facultates* 13. *quæst.*2. Post Justinianus adversus Ecclesiæ jura, & actiones, vel alios locos venerabiles, & sacros desideravit præscriptionem 100. annorum, *l. ult. sup. de SS. Eccl.* Et *Nov.*9. cujus rei causam non satis laudatæ aperuit Suidas *in Prisco Emeseno*. Et ad extremum abolita illa præscript. 100. ann. quam favorabiliter requisierat in rebus Ecclesiasticis, fuit Justin. contentus præscriptione 40.annor. *Nov.*111. & 131. qua perimi voluit omnes actiones, omnia jura Ecclesiastica indistincte, tam in Oriente, quam in Occidente, ut plane sibi blandiantur Romani, qui soli Romanæ Ecclesiæ hoc datum esse autumant præcipuo jure, ut adversus eam nulla præscriptio valeat, nisi centum annorum. Est etiam alius casus, quo locus est præscript.40. annor. nec sufficit præscriptio tricennii, si creditor agat actione hypothecaria adversus debitorem. Quod ne dicas etiam ante Anastasium obtinuisse ex *l.*3. *hoc tit.* in illo loco, *non a suo debitore*, vel etiam ex *l.*1. & 2. *sup. si advers. cred.* quia ante Anastasium actio hypothecaria adversus debitorem fuit perpetua, & immortalis: Sed ex constitutione Anastasii 40. annor. perimitur adversus debitorem, vel ejus heredem, vel adversus posteriorem creditorem hypothecarium debitore superstite, *l.* 7. *h. t.* Quod & Suidas notavit *d. loco*. Sequitur alius casus, si cohortalis, qui aliam militiam, vel dignitatem exercuit per 40. ann. cohorti vindicetur, id est, in cohortem denuo revocetur, ut in *l. si cohor. inf. de cohort.* Cohortales erant gregarii quidam officiales præsidum provinciarum, qui erant perpetui in singulis provinciis, ut *l. præsidis*, *D. de reb. cred.* sed huic erant conditioni obnoxii ii cum sua posteritate, ut servirent officio, & apparitioni præsidis, qui & ταξεῶται dicuntur. Ceterum hac conditione liberantur non spatio 30. annor. sed spatio 40. si per tot annos cohorti non servierint. Et ex hoc casu, adjunctis etiam multis aliis interpretari nos oportet, quod est in fine *l.*4. excludi etiam eum præscriptione 40. annor. qui alteri facit controversiam status, conditionis suæ, ut si alium dicat esse cohortalem, cohortalis conditionis, quæ conditio, quasi servitus est: idem erit, si quis dicatur esse navicul. si fabricensis, si monetarius, si murilegulus, *faiseur de pourpre*, si gynæciarius, si dicatur esse tab. pistor, si suarius: Nam hi omnes dicuntur in libris nostris *conditionales*, & *conditionarii*, quod huic conditioni cum sua sobole obnoxii sint, ut navigio alii convehant annonam urbis, alii legant murices, alii pistrino principis suas adhibeant operas, & sic de ceteris: & ab his conditionibus liberantur spatio 40. ann. idemque erit, si quis dicatur esse *metallarius*, id est, origine, & conditione sua addictus effodiendo metallo, addictus fodinis: Nam metalli nomen generale est, quod addi vellem ad *l. ult. inf. de metall.* dum ait, nulla præscriptione temporis adjuvari metallarios, ne suæ conditioni reddantur, nulla scilicet præterquam ea, quæ colligitur ex 40. ann. quia generaliter Anastasius definit, ut perimatur omnis quæstio status præscriptione 40. ann. Idem omnino erit, si quis servus esse dicatur: Nam & hic si fuerit in libertate per 40. annos, licet in ea fuerit mala fide, & sine justo titulo, dominum, a quo possessus non fuit, vindicantem, repellit præscriptione 40. annorum. Et omnino ab iis, qui certæ conditioni obnoxii sunt, veluti vinculo servitutis, hac constitutione Anastasii invenio tantum exceptos *curiales*, id est, decuriones, qui etiam erant conditionarii cum suis posteris omnibus, ut nimirum curiæ servirent civitatis, & obirent onera civilia, de suo etiam plurimum in Remp. erogantes, quod erat onus, & conditio igitur. Nam conditionem cum dico, & servitutem dico, & onus. Et ita ab Anastasio definitum in *l.*5. *h. t.* ut non solvantur oneribus curiæ, vel conditione curiali, ne spatio quidem 40. ann. Cujus ratio nititur publica utilitate, ne ita paulatim destituantur curiæ civitatum, id est, propter publicam utilitatem etiam ab Anastas. constit. Justinianus excepit *adscriptitios colonos*, qui cum sua sobole addicti sunt agris colendis, qualibus utuntur etiam in hoc regno nationes quædam, qui conditione sunt adscriptitii, & quasi servi agri colendi cum sua sobole. Conditione ista ne præscriptione quidem 40. annor. fiunt immunes, & liberi

beri propter utilitatem agriculturæ, quæ ad ſummam Rempublicam ſpectat, *l. pen. inf. de agric. & cenſit.* His addamus etiam alium caſum, quo eadem præſcript. 40. annorum locum habet. Si nomine publico fundi patrimoniales, vel fundi templorum, vel fundi agonothetici vindicentur: Nam & hæc vindicatio eliditur præſcriptione 40. annor. *l. ult. inf. de fund. rei priv. l. ult. inf. de fund. patr.* quæ eſt conjung. cum *l. 4. hoc tit.* Fundi *patrimoniales* ſunt, qui etiam dicuntur fundi dominici, vel divinæ domus, id eſt, qui ſunt in proprio patrimonio principis, *l. 3. ſup. de quadri. præſcript.* Procopius *lib. 1. de bello Goth. domum*, inquit, *principis, quam ſolent patrimonium vocare. Fundi* autem *templorum* ſunt, qui quondam pertinuerunt ad paganorum templa, & nunc ſunt juris publici, ut *tit. prox. ſup. & l. 6. inf. de omni agro deſerto. Fundi* autem *agonothetici* ſunt, ex quorum reditu præmia dantur ſcenicis, ſive hiſtrionibus, datur lucar, quod dicebatur, id eſt, θεατρικὸς μισθός. Horum fundorum vindicatio ex dictis legibus repellitur præſcriptione 40. annorum. Inde apparet, quam verum ſit, quod ait hic *l. 4.* non tantum jura privata, ſed etiam publica tolli præſcriptione 40. annorum, puta ſi vindicentur prædia publici juris, aut divinæ domus. Nec quidquam obſtat, quod dicitur ex *Novella* 30. temporis prolixitatem publico non nocere: Nam & idem ſcriptum eſt in *l. 6. inf. de oper. pub.* Juri publico nihil obſiſtere prolixitatem temporis, quod tamen non eſt generaliter accipiendum, ſed de præſcriptione longi temporis tantum, quæ non poteſt fiſco opponi vindicanti, quod habuit, & amiſit, ſed præſcriptio tantum 30. aut 40. annorum, præter quam ſi nomine fiſci petantur tributa præteriti temporis: Nam nemo excuſatur a præſtatione tributorum, vel annonarum publicarum debitarum, quod per 40. annorum forte publica tributa non intulerint fiſco. Quæ eſt ſententia *l. 6. hoc tit.* Et videtur alius caſus excipiendus ex *l. ult. ſup. de SS. Eccleſiis*: ut ſi publico, vel civitati quid legatum, aut per fideicommiſſum relictum ſit, aut donatum, aut venditum: His quatuor caſibus tantum is, qui nomine publico agit, non poſſit repelli, niſi præſcriptione 100. annorum. Quia etiamſi ea lex civitatibus conjungat Eccleſias, tamen quam legimus abolitam præſcriptionem 100. annorum in Eccleſiis, eandem non legimus eſſe abolitam in civitatibus. Ergo in civitatibus illis quatuor caſibus etiam hodie manet præſcriptio 100. ann. id eſt, requiritur neceſſario ex *d. l. ult.* alias fiſcus, qui perſequitur, quod non habuit, puta quod ſibi competit, necdum habuit, repelletur præſcr. longi temporis, *l. in omnib. D. de temp. præſcript. l. 2. & 3. D. de req. reis, l. 1. §. pen. & ult. de ju. fiſci.* Et aliquando repellitur fiſcus brevioris temporis prærogativa, ut ſi perſequatur bona, quaſi vacantia, repellitur præſcript. quadriennii, *l. 1. ſup. de quadriennii præſcript.* ſi perſequatur bona ex fideicom. repellitur præſcript. quinquennii, *l. 2. ſup. de vectigalib.* Obſervandum eſt in *l. ult. de fundis rei privat.* quæ eſt pars *Nov. Th. de reſcind. vend. rei dominicæ*: *vetuſtatem* accipi pro ſpatio 40. ann. illo loco, *excepto vetuſtatis auxilio*, quæ verba Tribon. adjeciſſe apparet ex hac conſtitut. Anaſtaſii, quæ vult omnia jura perimi *vetuſtate* .i. præſcript. 40. ann. id etiam apparet ex integra illa Nov. Theodoſii, in qua non ſunt illa verba. Sed ubique dat operam Tribonianus, ut conſona ſint omnia, quæ ſunt relata in libris a ſe digeſtis: Nam ſi hoc non adjeciſſet, pugnaret hæc *l. 4. cum d. l. ult.* Et ita etiam in *d. l. ſi cohor.* adjecit hæc verba, *præter eam, quæ ex 40. ann. colligitur*, nimirum ex *h. l. 4.* Igitur apparet in illa *l. ult. de fund. rei priv. vetuſtatem* accipi pro ſpatio 40. ann. alias vetuſtas ſignificat annos 30. ut in *l. 11. de fund. patrim.* dum ait, *vetuſtatem* corrigere vitium poſſeſſ. quod recte dicitur de præſcript. 30. vel 40. annor. qua tuetur ſe, qui vitioſe poſſidere cœpit, puta malæ fidei poſſeſſor, & prædo, & invaſor. Alias vetuſtas eſt vicennium. In *l. 2. C. Th. de long. temp. præſcr.* quæ eſt Conſtantii, & Conſtantis, ita legitur ſcriptum, *ann. 40. præſcript. quam vetuſtatem leges, ac jura nuncupare voluerunt*: ubi manifeſte legendum *ann. 20. non 40.* ipſe tit. indicat, qui eſt de long. temp. præſcript. i. 10. vel 20. Idem etiam arguit hæc *l. Anaſtaſii*, qui primus introduxit præſcript. 40. ann. nec igitur obtinuit ætate Conſt. Res quoque ipſa coarguit, quia illa lex ait, illa præſcript. non tolli actionem perſonalem, quod tantum dici poteſt de præſcript. 20. ann. non etiam de præſcript. 30. aut 40. ann. Præſcriptione 20. annorum tollitur actio in rem, non in perſonam. Et quo magis hoc videatur eſſe verum, oſtendam vere ſcripſiſſe Imperatorem in hac *l. 2.* leges nuncupare vetuſtatem præſcript. 20. ann. Nam ita proculdubio vetuſtas accipitur in *l. 1. §. ult. & l. 2. in princ. l. ult. D. de aqua pluvia arc.* quoniam quam *l. 1.* vocavit vetuſtatem, mox appellat diutinum uſum, & longam poſſeſſ. quam conſtat eſſe vicennii, non infiniti temporis, ut volunt, quib. placet, vetuſtatem illo loco ſignificare tempus infinitum, cujus memoria exierit. Deinde lex loquitur de ſervitute, aut quaſi ſervitute aquæ, quam conſtat acquiri præſcriptione 20. ann. etiamſi jus ejus non probetur: Nam ſatis eſt probari uſum 20. ann. quoniam tot anni requiruntur in ſervitutibus: nec ſufficiunt decem, ut in *l. ult. ſup. de præſcr. long. temp. l. 2. ſup. de ſerv. & aqua.* Et ita hoc etiam oſtenditur *l. ſi quis diuturno, D. ſi ſervit. vind. l. apparet, §. pen. D. de itin. act. priv.* Denique ſic ſtatuamus, vetuſtate adquiri aquæductum, jus aquæ, id eſt, ſpatio 20. annor. Sed huic definitioni obſtat primum *l. 2. §. idem Labeo ait, & §. ſeq. D. de aqua pluvia arcenda*, quæ lex exigit tempus, cujus memoria non exſtat, nec contenta eſt decennio, aut vicennio. Sed ut breviter reſpondeam, advertendum eſt, illo loco agi non de jure ſervitutis, ſed de foſſa, & opera, quod factum habeo in alieno: jus ſervitutis, etſi non habeo, id tamen adquiro prærogativa longi uſus. Jus habendæ foſſæ, in quam immittam aquam, quæ abundat in agro meo, non habeo, niſi ſit jure conſtitutum, vel niſi ejus operis memoria perierit. Deinde etiam nihil obſtat *l. hoc jure, §. ductus, D. de aqu. quotid. & æſtiva*, quæ ait aquæductum, cujus origo hominum memoriam exceſſerit juris conſtituti loco haberi. In conſtituendo igitur aquæductu requiritur immenſum tempus, cujus memoria præterierit omnes homines, nec ſufficit 20. Hæc collectio non eſt vera, neque hæc eſt mens illius §. nam lex ait, *juris conſtit. loco haberi aquæductum, cujus origo hominum ſuperſtitum memoriam exceſſit*: juris conſtituti, inquam, loco haberi .i. memoria illa eſt juſtus titulus. At ſi uſu vicennii adquiſiero aquæductum, habeo quidem prærogativam illam uſus, ſed ſemper dicetur ſervitus illa non eſſe jure impoſita, niſi jus ejus probetur. At recte dicetur jure impoſita, cujus memoria non exſtat, & ita illi loci explicandi ſunt. Et tandem concludendum eſt generaliter ex *h. l. 4.* quotieſcumque locum non habet præſcr. 30. ann. ſuccedere præſcript. 40. ann. Indicavi caſus quoſdam quib. locum non habet præſcript. 30. ann. veteres JC. alios pleroſque introducebant, & ſtatuebant, eas tantum actiones perimi tricennio, quæ ſpecialiter enumeratæ eſſent: Nec permittebant illo verbo peremptorio *omnis*, omnes includi, non enumeratas ſpecialiter: Niſi cum erat adjecta clauſula, quæ legitur in *l. 2. ſup. de quadriennii præſcr. licet nominatim præſenti ſanctione non ſint comprehenſæ, comme le Roy a de couſtume de mettre en ſes Edicts*, cautione quadam, & ſimiliter in hac l. 4. (tanquam & ſimiliter in *h. l. 4.* per hanc legem ſpecialiter, & nominatim fuiſſent enumeratæ) hoc ſi ſit adſcriptum comprehenduntur omnes, ſed cum hoc eſſet omiſſum in conſtitutione Theodoſii, ideo quidam tricennii præſcriptionem admittebant tantum in actionibus ſpecialiter enumeratis in conſtitutione Theodoſii, quas tamen eſſe juris minutias, & captioſa verba Valent. ſcripſit in *Novell. de 30. ann. præſcript.* ſi non ſimus contenti illo generali verbo *omnis*, quod ille peremptorium vocat, ſed exigamus ſpecialem enumerationem, & deſignationem; verum has minutias videmus quotidie in foro ſervari, & ſervantur etiam in *l. 4. §. quæſitum, D. ſi quis caut.* nec abſque ratione, ne quid abrogetur per ſaturam. Ideo his minutiis adhærentes quidam, vel interpretatione fortuita,

tuita, ut ait *l.4.* vel excogitata plerasque actiones subducebant a præscriptione 30. annor. quas saltem Anastasius, ut illi interpretationi satisfiat vult tolli præscriptione 40. annor. ac fortuitam interpretationem Anastasius vocat qualemcumque, *τὴν τυχοῦσαν*, insubtilem, & illepidem. Excogitatam autem, subtilem, & callidam, *quod plus est, quam cogitata*, & illo loco Basilica habent *παρερμηνευομένην*, ut in Epist. Cic. *rem a me non insipienter excogitatam, ne cogitatam dicis*. Et postremo ostenditur in *hac l.* etiam in præscriptione 40. annor. requiri continuam possessionem, & non sufficere quamlibet interpellationem: interpellari præscriptione 40. annorum conventione exsecutoris, non comminatione, vel admonitione qualibet, non libello dato Principi, ut *l.3. & 6. hoc tit.*

Ad L. VII. Cum notissimi juris *sit actionem hypothecariam in extraneos quidem suppositæ rei detentatores annorum 30. finiri spatiis, si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, id est, etiam per solam conventionem, aut si ætas impubes excipienda monstretur, in ipsos vero debitores, aut heredes eorum primos, vel ulteriores, nullis expirare lustrorum cursibus: nostræ provisionis esse prospeximus, hoc quoque emendare, ne possessores ejusmodi prope immortali timore teneantur.*

Ad §. Quamobrem jubemus *hypothecarum persecutionem, quæ rerum movetur gratia, vel apud debitores consistentium vel apud debitorum heredes, non ultra 40. annos, ex quo competere cœpit, prorogari, nisi conventio, aut ætas (sicut dictum est) intercesserit: ut diversitas utriusque rerum persecutionis, quæ in debitorem, aut heredes ejus, quæque movetur in extraneos, in solo sit annorum numero: verum in aliis omnibus ambæ similes sint, in actione scilicet personali his custodiendis, quæ prisca constitutionum sanxit justitia, &c.*

IN l.7. tractatur de actione hypothecaria, qua creditores pignora persequuntur, vel hypothecas amissa possessione, vel nunquam apprehensa, quæ & utilis Serviana dicitur. Hæc actio, si intendatur adversus extraneum bonæ fidei possessorem, tollitur præscriptione longi temporis, ut *sup. in tit. si advers. credit.* Si intendatur adversus extraneum malæ fidei possessorem, non tollitur, nisi præscriptione 30. annorum, in qua non imputatur creditoris ætas pupillaris, *l.3. hoc tit.* Quod si intendatur adversus debitorem, vel ejus heredem cujuscumque gradus, hæc *l.7.* ait, *ad tollendam actionem nulla sufficere lustrorum curricula*, i. *nec sex lustra sufficere, quibus tricennium conficitur, nec ampliora lustra, sed actionem esse perpetuam, & immortalem ex jure veteri*: ex hac vero l.7. *finiri spatio 40. annorum*. Atque ita evenit, ut actio personalis tollatur præscriptione 30. annorum, non etiam hypothecaria adversus debitorem, vel ejus heredem: denique debitor personali actione liberatur spatio 30. annorum, quo non fuit appellatus a creditore: Hypothecaria autem non liberatur eodem spatio. Et ita est proditum in *l. qui occidit*, §.1. *ad l. Aquil.* pignus manere, etiamsi debitor tempore sit liberatus ab obligatione personali. Idem evenit & plerisque aliis casibus, ut in casu *l. servum, quem, D. de pign.* Ubi creditor, qui causa cecidit, puta quod plus petierit, amittit personalem actionem, non tamen hypothecariam act. Idem evenit in casu *l. debitor, D. ad Trebell.* Confusione tollitur personalis obligatio, & civilis, & naturalis, puta si creditor succedat debitori, hypothecaria non tollitur, atque ita sublata obligatione personali, jus pignorum salvum creditori restat, nec quantum ad pignus attinet, id est, obligationem realem, videtur sublata esse naturalis obligatio. Idem evenit in casu *l.1. & 2. inf. de luit. pignor. l. unus, inf. de dist. pign.* Finge: duo sunt heredes debitoris, qui pignus creditori obligavit, vel dedit: singuli heredes personali actione tenentur, non in solidum, sed pro hereditariis portionibus ex 12. tabul. quæ divisit inter heredes actiones personales pro rata portionum hereditariarum, ne convenirentur singuli supra modum suæ portionis. At actione hypothecaria

A tenentur in solidum, quia hæc est conditio pignoris, seu hypothecæ, ut pro parte soluta pecunia pignus non liberetur, imo teneantur in solidum pro reliqua parte. Denique hoc jus est pignoris, ut omnem pecuniam solutam esse oporteat, antequam pignus ulla ex parte solvatur, *l. si rem, §. omnis, D. de pign. act.* Et hoc est, quod dicitur individuam esse pignoris causam, *l. cum rem, ff. de evict. l. hered. §. idem observatur, ff. famil. ercisc.* Obligationem personalem divisit *lex 12. tabularum*. Obligatio realis, sive hypothecaria indivisa remansit. Finge igitur, unum ex heredibus pro sua parte solvisse æs alienum defuncti: non tenetur actione personali, quia solvit, quod debuit, tenetur tamen hypothecaria in solidum, si pignus possideat. Ergo, qui liberatus est personali, non continuo liberatur & hypothecaria. Nec B obstat regula juris, cum principalis causa non subsistit, nec ea quidem, quæ sequuntur locum habere, *Sublato principali*, inquiunt, *tollitur accessio*. Personalis obligatio est principalis, hypothecaria accessio: ergo sublata personali, tollitur etiam hypothecaria. Dicam in illa regula adjici *plerumque*. Veram igitur esse plerumque, non semper, & hoc sufficere. Sed tentemus actionem hypothecariam non esse accessionem obligationis personalis: Imo duas esse per se principales obligationes diversi juris, quod est argumentum, non accedere alteram alteri, non esse alteram sequelam alterius, & diversæ etiam qualitatis: nam una est personalis, altera realis: fidejussoris obligatio est personalis, & sublata principali obligatione personali, verum est tolli etiam sequentes accessiones, & obligationes personales. Fidejussoria obligaC tio vere est sequela, quod & *adpromissoris* nomen significat, quo significatur fidejussor, quasi affixus, & adhærens principali obligationi, sive promissori principali. Quid dicemus de actione hypothecaria, quæ intenditur adversus posteriorem creditorem? Finge ab eodem eandem rem fuisse duobus creditoribus ex diversis contractibus separatim obligatam pignori: in causa pignoris potior est prior creditor, licet posterior pignus teneat, & habet adversus posteriorem creditorem, qui pignus possidet, prior creditor actionem hypothecariam, ut revocet possessionem pignoris: an ea etiam actio hypothecaria excluditur spatio 40. ann. an sufficiunt 30. Et ita distinguamus: aut vivo debitore agitur adversus posteriorem creditorem, aut mortuo debitore. Si vivo, actio hypothecaria non excluditur, nisi spatio 40. ann. quia D vivo debitore, secundus, sive posterior creditor vicem, & imaginem obtinet debitoris, quia possidet pignus, non suo nomine, sed nomine debitoris: ergo ut in debitorem, ita & in secundum creditorem actio hypothec. durat ultra 30. annos .i. *usque ad 40. completos*. Mortuo autem debitore, quia tunc secundus creditor incipit pignus possidere suo nomine, ei sufficit præscriptio 30. annorum, quibus post mortem debitoris pignus possedit suo nomine sine controversia, & interpellatione legitima, videlicet, nisi secundus creditor velit conjungere tempus, quo debitor pignus possedit, vel ipse nomine debitoris, cum tempore, quo ipse possedit suo nomine post mortem debitoris: Nam hoc casu, quia utitur suffragio temporis, quo debitor possedit, obtinet etiam imaginem debitoris, ut sit perinde ac debitori ei necesE saria præscriptio 40. annor. ad excludendam actionem hypothecariam, quæ primo creditori competit, quæ est sententia h. l.7. qua utimur. Unde valde notandum est, *creditorem pignus possidere nomine debitoris, non suo nomine*. Creditor pignus possidet naturaliter, non civiliter, quia non animo, jureve domini, sed animo, jure pignoratitii creditoris: & naturaliter quoque possidet non sibi, sed alii, id est, debitori, ut in *l. pign. ff. de usuc.* Denique non ipse creditor proprie, sed debitor possidet pignus, cujus nomine possidet, *l. quod meo, ff. de adq. poss.* Et hoc vivo debitore. Mortuo autem debitore, creditor incipit pignus possidere suo nomine, quia nullus est, cujus nomine possideat. Nam etiamsi defuncto heres extiterit, possessio defuncti non continuatur in here-

heredem, etiamsi sit suus heres, nec ei adquiritur, nisi eam apprehendat. Possessio plurimum facti habet, nec acquiritur animo solo, sed animo & corpore, id est, apprehensione corporali: ergo quod per creditorem possidebam, vel per alium, heres meus non possidet, licet adierit hereditatem meam, antequam nactus sit possessionem corporalem, *l. cum heredes*, *l. qui universas*, *§. quod per colon. ff. de adquir. poss.* Adquirit quidem aditione heres omnes actiones, omnia jura, adquirit dominium, possessionem non adquirit sine facto suo, ut plane tum creditor, qui pignus habet, id sibi habeat, nemine existente amplius, cujus nomine pignus teneat, & possideat: Nam quod in hoc regno obtinuit, ut a defuncto protinus possessio continuetur in heredem qualemcunque: hoc est, quod dicitur, *le mort saisit le vif*, id est, protinus defuncti possessio continuatur in heredem, hoc est contra jus civile populi Romani, ex quo tamen perperam tractum est in *l. cum miles*, *ff. ex quibus causis maj.* dum ait, *possessionem defuncti*, *quasi junctam continuari in heredem*: Nam illo loco possessio non significat *detentionem rei*, sed usucapionem. Usucapio cœpta a defuncto, completur etiam nondum apprehensa possessione rerum hereditariarum. At possessio non transit in heredem, antequam eam apprehenderit suo corpore, vel corpore suorum. Et ita etiam in *l. denique*, *eod. tit.* possessio significat usucapionem, cum dicitur, possessionem, id est, usucapionem sine possessione non consistere, est πλοκή, quæ dicitur a Grammaticis, quia aliud significat possessio *supra*, aliud *infra*, ut cum M. Tullius ait, *Avium cantus nos ducere ad avium*, possessio, id est, *usucapio sine possessione*, id est, sine detentione rei non consistit, ab initio scilicet. Illo autem jure recepto, ut possessio protinus continuetur in heredem, *que le morte saisit le vif*, consequens est hodie, mortuo debitore, creditorem pignus non possidere suo nomine, sed alieno, quia morte debitoris non est interrupta possessio, ideoque ei non sufficiet præscriptio 30. annorum adversus actionem hypothecariam competentem priori creditori, sed erit hodie ei necessaria præscriptio 40. annorum. Est etiam manifesto contra jus, quod tractamus, id quod etiam in hoc regno receptum est, *ut ex pacto nudo non detur creditori hypothecaria actio de re mobili*, quæ pacto nudo pignori obligata sit adversus extraneum possessorem, sed adversus debitorem tantum: & hoc est, quod dicitur, *meubles n' ont point de suite en hypotheque*, *quand ils sont hors de la puissance du debiteur*. Nam jure honorario de pignore etiam rei mobilis ex pacto nudo est actio hypothecaria creditori, *l. si tibi*, *§. de pignore*, *ff. de pact.* *§. Item Serviana*, *Instit. de actio.* Moribus nostris de pignore rei mobilis non est actio hypothecaria ex nudo pacto, sed ex traditione sola, si initio pignus traditum fuit possessori. Et illud, quod exemplo pignoris est usu receptum in hoc regno, *ut donatio rei mobilis non perficiatur nudo consensu*, sed traditione corporali tantum, & hoc est, quod dicitur, *donner*, *& retenir ne vaut*, quod dicitur tantum de re mobili, non immobili, hoc est contra jus, cui damus operam: Nam donatio, sicut pignus hodie ex constitutione perficitur, etiam sine traditione corporali, puta retentione ususfructus, si donator retineat usumfructum rei, atque ita rem ipsam, quo genere donatoris ministerio donatarius possidet, & retentio usufructus pro traditione est. Idemque erit, si donator constituat se precario possidere: nam desinit possidere rem, quam ante possidebat, & hoc modo donatarium possessorem suo ministerio facit, *l. quisquis*, *inf. de donat.* Et tamen, quod in usu est, confirmatur *l. ult. Cod. Theod. de donat.* ut retentio usufructus non perficiat donationem, sed sit necessaria corporalis traditio, quæ tamen lex statim abrogatur *l. ult. eodem*. Et generaliter constituit Justinianus in *l. si quis argentum*, *§. ult. inf. de donat.* donationem omnem perfici nudo consensu, sicut emptionem, locationem, & pignus. Et hæc quidem ad actionem hypothecariam. Adnotandum nunc aliquid est de jure offerendæ pecuniæ

A priori creditori, quod posterior creditor habet. Sciendum igitur est, *priorem creditorem in causa pignoris esse potiorem posteriori*: sed posterior creditor si velit in se transferri possessionem pignoris, & in causa pignoris esse potior, & confirmare pignus, quod accepit a debitore, habet jus offerendæ pecuniæ debitæ priori creditori. Et si nolit accipere, obsignandæ, & deponendæ, quæ obsignatio pro solutione est, atque ita evincet pignus, & in se transferet, ut in *l. 2. 3. & 5. ff. de distract. pign. l. 1. inf. qui pot. in pignor.* Denique quæritur, hoc jus offerendæ pecuniæ priori creditori qua præscriptione tollatur, & perimatur? Et ostenditur in *§. eodem jure*, *hac leg. 7.* jus offerendi, quod habet secundus creditor non perimi, nisi præscriptione quadraginta annorum: si tot annis cessaverit offerre pecuniam, intra quadraginta
B annos offerens auditur: post quadraginta annos non item. Sequitur hæc quæstio, an etiam jus luendi pignoris, quod debitori competit præscriptione 40. annorum tollatur, an triginta anni sufficiant, *le droit de desgager*, *& retirer son gage en payant*. Sicut pignus possidente secundo creditore jus agendi hypothecaria actione, quod primo creditori competit adversus secundum, vivo debitore finitur spatio 40. annorum, mortuo 30. vel si secundus creditor ex persona debitoris accessione temporis uti velit 40. ita pignus possidente primo creditore, jus offerendæ pecuniæ primo creditori debitæ, quod secundo competit, ut in se transferat possessionem pignoris, quam habet primus creditor, tanto tempore finitur, quanto adversus eum, si pignus possideret, actio hypothecaria finietur, & hæc est sententia *§. eodem jure l. 7.* Unde
C nascitur hæc quæstio, an etiam jus luendi pignoris, quod debitori competit, id est, jus solvendæ pecuniæ debitæ, & repetendi pignoris dati creditori actione pigneratitia, an tollatur præscriptione triginta, vel quadraginta annorum? Et Rogerius in dialogo de præscript. recte scripsit, *jus luendi pignoris nullo tempore perimi*: Nam etiamsi creditor quocumque tempore non possit appellare fidem debitoris agendo personali, vel hypothecaria actione, quia excluditur præscriptione longissimi temporis: ipse tamen debitor ultro si velit, fidem liberare potest, & conscientiam suam exonerare, ne creditor ex pignore si id reddere non cogatur post longissimum tempus soluta pecunia, vel oblata: ne, inquam, ex pignore, cujus pretium plerumque solet excedere quantitatem debiti plus ferat, quam debeatur: quæ ratio etiam
D efficit, ut in pignoribus locum non habeat *lex commissoria*, puta ut ad diem pecunia non soluta creditor pignoris dominus efficiatur, id est, ut ei nunquam pignus avelli possit pignerat. actione. Hæc pactio est illicita, *l. ult. inf. de pact. pig.* Et ita etiam Harmenopulus 3. Epitomes Tit. 5. scribit, *debitorem non posse repelli præscr. longi temporis*, *quo minus pignus soluta pecunia recipiat*. Et interpretatur longum tempus tricennium, dum addit hæc verba, τουτέστι τῇ τριακονταετίᾳ .i. tricennio. Et male Latinus interpres, actionem pigneratitiam tolli tricennio, cum Græce dicat, ne quidem tolli tricennio: nos nec spatio quadraginta annorum, nec alio quocunque temporis spatio debitorem posse repelli, quo minus optima mentis conscientia fretus bonam fidem agnoscant, exoneret conscientiam suam, & soluta pecunia pignus recipiat,
E ut quæ præscriptio 30. annor. vel 40. debitori solet prodesse adversus creditorem agentem personali, vel hypothecaria, non prosit hoc casu etiam creditori, ut lucrifaciat pignus, quod longe debitum exuperat, debitori autem maxime nocet. Unde sic statuo, jus luendi pignoris esse perpetuum & immortale. Nec moveor *l. 4. h. tit.* qua nituntur, qui in alia sententia sunt, quod dicat, nullum jus esse, quod non perimat continuum silentium 40. ann. Non dicam, quod possum vere confirmare, non duci idoneum argumentum ex particula nullus, vel omnis: nam *omne* non semper comprehendit omne, & hic articulus *nullus* non rejicit semper quemcunque. Sed dicam legem 4. loqui de jure actionis, & omne jus actionis perimi velle præscriptione 40. ann. non etiam jus lui-

tionis: Nam jus luitionis pignoris, quod & repigneratio dicitur, & reluitio, non tam eſt jus, quam facultas: non eſt jus, ut jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur, quod dicitur actio. Non eſt jus, ut jus offerendi, quod competit ſecundo creditori invito primo, ſed eſt facultas poſita in arbitrio debitoris, & conſcientia bona, qua quo minus utatur, quandocumque volet, nulla ratione impediri poteſt, maxime a creditore, qui captat lucrum ex pignore, quod quidem ſibi non poſſedit, ſed debitori. Nam obſtat etiam *lex nec creditores*, *& l. ult. ſup. de pign. act.* quæ dicit, *actionem pigneratitiam de pignore recuperando, quæ debitori competit, non perimi præſcriptione longi temporis*, ſed ut Joannes adjicit rectiſſime, præſcriptione 30.*ann.perimi*: Nam in ea lege hoc dicitur, de jam nata actione pigneratitia, & competente debitori ad recuperandum pignus, vid. poſt luitionem pignoris, poſt ſolutionem integræ ſummæ debitæ. At quæ nondum nata eſt actio pigneratitia tolli non poteſt ullo tempore, ullo curriculo temporis: non naſcitur autem ante luitionem pignoris. Ergo integrum eſt debitori reluere pignus oblata pecunia debita, ut ei competat actio pigneratitia. Et hæc facultas erit perpetuo danda, quo jure etiam utimur. Nunc pergamus ad alia, quæ ſunt in hac *l.7.* Notandum eſt ex §. *illud* in præſcriptionib. tempora computari ex die, quod agi potuit, ex die, quo actio perſonalis, vel hypothecaria competere cœpit, ut diximus in §.1. Ergo ex die appoſito in obligatione, cum venerit dies, ſi obligatio fuerit in diem certum, vel incertum, vel ſi fuerit conditionalis ex conditione, id eſt, *cum extiterit conditio, ut hoc* §. etſi forte penſiones ſint, quæ debeantur ex ſtipulatione, vel legato, vel ex alia cauſa in an. ſingulos, vel menſes, aut dies ſingulos, præſcriptionis tempora computantur, non ab initio obligationis, ſed ab initio cujuſque diei, quo penſio inferri debuit, ut qui ab eo die longiſſimo tempore ceſſavit, eam penſionem petere, ejus diei penſionem amittat præſcriptionis jure, non ſequentis diei, quæ eſt ſententia §. *ult. h.t.* a Martino recte percepta, nulla facta differentia inter ſtipulationem, & legatum, quam tamen Accurſ. facere tentavit contra expreſſa verba legis, quæ calumniatur: ita ſcilicet, ut ſive penſiones debeantur ex legato, ſive ex ſtipulatione, quot ſunt penſiones, tot ſint etiam actiones, licet una ſit ſtipulatio, quot, inquam, ſunt penſiones conventæ, vel conſtitutæ, tot etiam ſunt actiones, quæ non naſcantur omnes ſimul eodemque tempore: Ita ſuum quoque ſingulæ tempus præſcriptionis habent, ita ut primi anni penſio præſcribatur citius, quam ſecundi anni, & ſic deinceps, ut adverſus priores annos citius currat præſcriptio, quam poſteriores. Idemque ſervatur in uſuris, quæ plerumque etiam debentur in calendas, vel in annos ſingulos, ut ſcilicet cujuſque anni uſuræ, quæ debentur, inſpiciantur, ut ſi in fine primi anni non ſint ſolutæ uſuræ ejus anni, non petitæ, licet ſequentium annorum uſuræ petitæ, & ſolutæ ſint, tamen primi illius anni uſuras non poſſim petere poſt 30. vel 40. annos, quæ eſt ſententia *leg. ſeq.* §. *ult.* Et recte *l. eos in prin. ſup. de uſur. Singulis annis naſci actionem uſurarum*, ſingulas ergo actiones ſua habere tempora, & non computari tempora ab initio contractæ obligationis uſurarum, ſed a fine anni cujuſque, quo uſuræ peti potuerunt. Ideoque ſicut ſublata actione perſonali, vel ſolutione ſortis, non intelligitur etiam ſublata obligatio uſurarum in ſtipulatione deductarum, *l. centum Capuæ, ff. de eo, quod cert. loc. l.1. ſup. de jud.* Ita ſublata actione perſonali præſcriptione 30. vel 40. annorum, non tollitur actio uſurarum, licet ſit acceſſoria, quia 30. anni elapſi ratione ſortis, non ſunt elapſi etiam ratione uſurarum, ſed 29. tantum, ut adhuc primi anni peti poſſint uſuræ intra annum, qui eſt triceſimus: ſecundi intra biennium: tertii intra triennium, ut quo tempore tollitur principalis obligatio, plane non poſſit tolli uſurarum. Et ita olim obtinuit, ut Patricius notat *ad d. l. eos. Sed ex conſtitut. Juſtin.* id eſt, ex *d. l. eos*, ſublata actione perſonali, vel hypothecaria, præſcriptione 30. vel 40.an.

A non quovis modo etiam finitur quæſtio uſurarum, & fructuum. Et hoc vult *d. lex eos*, at durante actione perſonali, de ſorte principali, quæ utique durat, ſi præſcriptio interrupta fuerit quorundam annorum perſolutis uſuris, *ut l. plures, ſup. de fide inſt.* non tamen durat actio de uſuris ejus anni, quo ſolutæ, vel petitæ non ſunt, ſi ab eo anno tranſierint 30. *anni*. Et ita eſt explicandus §.*ult. l. ſeq.* Et nunc ſequitur, ut de interruptione præſcriptionis tractemus. Interrumpitur præſcriptio litis conteſtatione, interrumpitur conventione executoris, *l. 3. hoc tit. l. ult. tit. ſeq. l. 2. ſup. ubi in rem actio, l. pen. ſup. de recep. arbit.* conventio executoris pro litis conteſtatione eſt, *l. conſtitutionibus, ff. de oblig. & act.* Nec nos movere debent, quas in contrarium adducit Accurſ. in *l. 3. hoc tit. l. ult. ff. de eo, per quem factum erit, l. ait*
B *prætor*, §. *ult. ff. ex quib. cauſ. major.* quia loquuntur de uſucapione, & uſucapio nec litis conteſtatione interrumpitur, *l. Julianus in fine, & l. ſequ. l. ſi a bonæ fidei, ff. de rei vind. l. Julianus*, §. *quantum, ff. ad exhibend. l. 2.* §. *ult. ff. pro empt. l. 2. ff. pro don.* Præſcriptio non tantum litis conteſtatione interrumpitur, ſed etiam conventione executoris. Item interrumpitur præſcriptio actionis perſonalis, vel actionis hypothecariæ ſi intra legitimum tempus dominus, vel creditor pignus ſine vi detinuerit, ut ait in §. *imo & illud*, & ait *ſine vi, ſine violentia, ut l. ſeq.* §. *ult.* quia & hæc detentio eſt ſimilis conteſtationi litis. Idemque eſt, ſi medio tempore debitor debitum agnovit emiſſo novo chirographo, nova cautione, §. *ſed & ſi quis*. Quam novam cautionem eleganter Græci vocant hoc lo-
C co δευτέραν γνωσιμαχικὴν ἀσφάλειαν, ſicut etiam in *l. laudabile, ſup. de advocat. div. jud.* cum ait, apud patronum fiſci acta eorum, qui debitum agnoſcunt fieri poſſe: acta inquiunt, τῶν γνωσιμαχησάντων. Interrumpitur etiam præſcriptio ſolutione partis debiti, ut *l. ult. inf. de duob. reis*, vel ſolutione uſurarum, ut in *l. plures, ſup. de fide inſtr.* quæ ſolutio uſurarum facit ut duret actio perſonalis, licet poſſit non durare actio uſurarum certo anno debitarum, nec petitarum, vid. ſi ab eo anno durante actione perſonali, per ſolutionem uſurarum factam aliis annis, tranſierunt 30. anni. Imo Acc. in *l. cum quis*, §.*pen. ff. de ſolut.* exiſtimat præſcript. interrumpi datione fidejuſſoris, ut tantum poſſit datio fidejuſſoris, quantum nova cautio. Et in hoc §. *ſed etſi quis*, corrigendus eſt hic locus, in quo ita legitur, *qui ne ſub accuſatione creditoris more*
D *debitoris fiat*: Nam & creditoris, & debitoris nomen circumſcribendum eſt, ut ſit hæc ſententia: *debitorem, qui agnovit debitum expoſito novo chirographo improbe contradicere agenti creditori, il faut une diſtinction*, ut legatur: *qui ne ſub accuſatione moræ fiat, ſecundam cautionem expoſuit*, id eſt, *ne argueretur moræ commiſſæ, voluit iterum cavere creditori*. Et quod eſt in fine *l.* jam eſt explicatum in *l. 2.* colonum, conductorem, vel procuratorem rei alienæ, vel emphyteuticarium, qui quaſi colonus eſt, ad obtinendam proprietatem rei, cujus poſſeſſionem cepit jure emphyteuticario, vel colonario, vel jure conductionis, vel tanquam actor poſſeſſionis, & cuſtos, non poſſe ſibi aſſerere præſcriptionem ullius temporis, quia nec ſibi poſſidere intelliguntur, & non poſſidenti nulla præſcriptio competere poteſt. Non poſſident,
E quia alii poſſident, qui pro alieno, non pro ſuo poſſident, ut plane eis ad adſcribendam ſibi proprietatem, & vindicandam, nullum temporis ſuffragium opitulari poſſit, quia non potuit ſibi mutare cauſam poſſeſſionis, qui cepit pro alieno poſſidere. Et ita dominus non deſinit per eum poſſidere, etiamſi gerat animum invaſoris & intervertit tantum uno caſu domini poſſeſſionem, ſi rem, quam poſſidebat, alii extraneo tradiderit: hoc modo facit, uti dominus deſinat poſſidere, quod ſola animi deſtinatione efficere non poteſt, ſed re tradita alii, & vendita, tunc ſane intervertitur poſſeſſio, *l. cum nemo ſup. de adq. poſſ.* videlicet, niſi conductor, vel ſimilis, qui alii poſſidet, rem venditam, & traditam extraneo iterum conducat ab emptore, & mercedem inferat domino,

mino, ut solebat: nam mercedis illatio facit, ut non videatur interversa possessio domini, quia nunquam destitit mercedem solitam domino inferre, licet eam rem vendiderit, & alii tradiderit, *l. quamvis*, *§. ult. ff. de acq. poss.* At si rem alii conductor non tradat, sed ipse ei insistat semper, non potest sibi mutare causam possessionis, atque ita adquirere præscriptionem adversus dominum, nec 40. ann. vel amplioris temporis, etiamsi tanto tempore desistat mercedem inferre, ut recte sentit Accurs. *in l. 2. hoc tit. l. plures, sup. de fid. instr.*

Ad L. penult. Si quis emptionis, *vel donationis, vel alterius cujuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per* 10. *vel* 20. *annos possederit, & longi temporis exceptionem contra dominos ejus, vel creditores hypothecam ejus prætendentes sibi adquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit: posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eamdem habere sancimus. Hoc enim & veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.*

Ad §. Quod si quis *eam rem desierit possidere, cujus dominus, vel is qui suppositam eam habebat, exceptione* 30. *vel* 40. *ann. expulsus est: prædictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei præstari censemus: ut si quidem bona fide ab initio eam non tenuerit, simili possit uti præsidio: sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur: ita tamen ut novus poss. si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositus eam habebat, & memoratæ exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi adquirat. Sin vero nullum jus in eadem re quocunque tempore habuit: tunc licentia sit priori domino, vel creditori, qui nomine hypothecæ rem obligatam habuit, & heredibus eorum ab injusto detentatore eam vindicare: non obstante ei, quod prior possessor triginta, vel quadraginta annorum exceptione eum removeat: nisi ipse injustus possessor triginta vel quadraginta annorum ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus est, &c.*

INitio l. pen. ostenditur, qui rem alienam immobilem longo tempore possedit bona fide, & justo titulo sine controversia, non tantum adversus dominum rem vindicantem, vel creditorem agentem hypothecaria, habere exceptionem longi temporis, sed etiam amissa forte possessione, habere utilem rei vindicationem, quod & veteribus legibus cautum esse ait, *puta l. si quis diuturno, ff. si servit. vind.* quæ dat utilem vindicationem servitutis, utilem confessoriam actionem ei, qui non jure imposita servitute longo tempore usus est, nec vi, nec clam, nec precario. Usucapio parit directam actionem: possessio longi, vel longissimi tantum utilem: nec enim ut heic facit Accursius, permiscenda est usucapio cum præscriptione, quod semper accurate observavi. Et hæc ita procedunt, ut etiam is, qui adquisivit præscriptionem longi temporis, habeat utilem rei vindicationem adversus dominum, si ad eum possessio pervenerit, vel adversus hypothecarium creditorem. Et hæc de bonæ fidei possessore. Quid si rem mala fide possederit? hoc casu dominus, aut creditor non excluditur præscriptione longi temporis 10. aut 20. ann. sed ut excludatur, possessori necessaria est præscriptio 30. vel 40. ann. Et ita si possessor malæ fidei semel excluserit dominum, vel creditorem præscriptione 30. vel 40. annorum, & postea ad dominum, vel creditorem possessio sine vi pervenerit, quæritur an prior possessor habeat adversus dominum, vel creditorem utilem vindicationem? Haberet adversus alium possessorem tacente domino, vel creditore, sed lex ait, eum, qui mala fide possedit, non habere utilem adversus dominum, vel possessorem. Atque ita fit, ut adversus quem habet exceptionem, sive præscriptionem, non continuo habeat actionem, *l. 1. §. si reus, ff. de eo per quem factum erit.* Qui habet actionem, & multo magis exceptionem: Sed non contra, qui habet exceptionem, & protinus habet actionem. Dixi, *sine vi*, ut proponitur in h. l. pen. Nam si dominus, vel creditor vi possessionem obtinuit ereptam priori possessori malæ fidei, ea possessio priori possessori, cui erepta est malo more, actione momenti, quæ & celeris reformatio dicitur, quod hæc celeriter peragi debeat, *l. si colon. infra, de agric. & cens.* Ea, inquam, possessio protinus priori possessori restituenda, & redintegranda est *beneficio momenti*, ut vocatur in libris nostris, quod dejectus per vim (etiamsi dejectus sit a domino) qui mala fide possidebat, sit ante omnia restituendus suæ possessioni, tum quærendum de jure utriusque. Imo si malæ fidei possessor nondum adquisierit longissimi temporis præscriptionem, & medio tempore dominus, aut creditor possederit per vim rem, de qua agitur, possessio illa medii temporis non intelligitur interrupisse tempora longissimæ præscriptionis, *ut in l. prox. §. imo & illud*, quæ tamen interrumpetur si dominus, aut creditor eam obtinuisset sine vi, & vitio. Et ita etiamsi absque vi dominus nactus sit possessionem rei suæ ab alio mala fide possessæ, vel creditor hypothecarius, in causa possessionis potior est creditor, vel dominus, qui rem sine vitio tenet, quam prior possessor, qui eam rem mala fide tenuit: imo si ea possessio, non pervenerit ad dominum, vel creditorem, sed ad extraneum sine justa causa, domino, vel creditori, tametsi a priori possessore semel exclusus fuerit præscriptione triginta, vel quadraginta annorum, competit vindicatio rei adversus extraneum, nisi extraneus a die adeptæ possessionis adquisierit sibi præscriptionem 30. vel 40. ann. vel etiam nisi ille extraneus possessionem illam vi apprehenderit, ereptam priori possessori: Nam hoc etiam casu ea possess. reformanda est, & restituenda priori possessori potius, quam domino, vel creditori, quod ad extraneum improbato more ea possessio pervenerit, quem protinus corrigi conveniat, restituto priori possessore in integrum, & rejecto tantisper domino, vel creditore. Est etiam alius casus, qui proponitur in *§. pen.* quo prior possessor licet mala fide possederit, in causa possessionis præfertur domino, vel creditori, ut si a priori possessore, qui rem non defendit, postea quam conventus est per executorem, judicio non adfuit. Si, inquam, a priori possessore, qui rem non defendit cum conveniretur a domino, vel creditore, ob id possessio sit translata in dominum, vel creditorem, ut fit *in l. priusquam, ff. de novi oper. nuntiat. l. a quo fundus, de damno infec.* Quo genere, qui initio erat reus, suscepit partes actoris, translata possessione in eum, qui initio actor erat. Denique actor fit reus, & contra, ut coerceatur absentia, aut negligentia ejus, qui rem non defendit. Sed hoc genere si per sententiam judicis, dum prior possessorem non defendit, possessio translata sit in dominum, vel creditorem, integrum est priori possessori intra annum oblata cautione de accipiendo judicio possessionem suam recipere, ut in *§. ult. h. l.* qui valde singularis est in hanc rem, & perturbat multos definitio §. qui pugnat *cum l. properandum, §. sin autem. sup. de jud. & l. 2. sup. ubi in rem act.* Ubi si reus deserat litem, quam contestatus est, nec judicio adesse velit sæpius admonitus, contrahit *eremodicium*, id est, desertor litis est. Et jam causa disceptari potest *μονομερῶς*, adversario scilicet absente ex contumacia sine conflictu utriusque partis, & ex hac causa, si actor missus sit in bonorum possessionem rei contumacis, nulla est spes restitutionis, nulla est spes recipiendæ possessionis reo contumaci. Quid ergo est, quod ait in hoc §. *datur ei annus oblata cautione de re defendenda?* Et animadverti magnam esse differentiam inter eum, qui deserit litem, & latitat post litis contestationem, & eum, qui judicio abfuit semper, & omnino rem non defendit: & evidenter proponitur hæc differentia *l. 7. §. Celsus, ff. quibus ex caus. in poss. eatur*, ubi etiam & in §. *item videamus* ostenditur, graviorem esse conditionem latitantis post acceptum judicium, & deserentis litem inchoatam, quam ejus, qui rem omnino non defendit, quia in ejus omnia bona non fit missio: in omnia bona latitantis fit missio. Et præterea latitans non habet spem recuperandæ possessionis: is, qui rem non defendit, recuperare possessionem potest intra annum, rem defendere, eoque nomine cavere idonee.

Ad L. ult. Sæpe quidam ſuos obnoxios *in judicium vocantes, & judiciariis certaminibus ventilatis non ad certum finem lites perducebant, ſed taciturnitate in medio tempore adhibita, propter potentiam forte fugientium, vel ſuam imbecillitatem, vel alios quoſcunque caſus (cum ſortes humanæ multæ ſint) qui nec numerari poſſunt, deinde jure ſuo lapſi eſſe videbantur, eo quod poſt cognitionem noviſſimam 30. ann. ſpatium effluxerit, & hujuſmodi exceptione oppoſitas ſuas fortunas ad alios translatas videntes, merito quidem ſine remedio ante lugebant. Quod nos corrigentes, eandem exceptionem, quæ ex 30. ann. oritur, in hujuſmodi caſu opponi minime patimur: Sed licet perſonalis actio ab initio fuerit inſtituta, eam tamen in 40. ann. extendimus: cum non ſimilis ſit, qui penitus ab initio tacui ei, qui & poſtulationem depoſuit & in judicium venit, & ſubiit certamina, litem autem implere per quoſdam caſus præpeditus eſt. Sed licet ipſe actor defecerit, tamen ſuæ poſteritati hujus cauſæ curſum eum relinquere poſſe definimus, ut ejus heredibus, vel ſucceſſoribus, liceat eam adimplere, nullo modo 30. ann. exceptione ſublata. Quod tempus, id eſt, 40. ann. ſpatium, ex eo numerari decernimus, ex quo noviſſima proceſſit cognitio, poſtquam utraque pars ceſſavit.*

EX hac l. ult. intelligimus actionem perſonalem poſt litis conteſtationem, atque etiam nonnullam judicii exercitionem, ſi omittatur ab utraque parte, ut ab ultima cognitione judiciali, qualis omiſſa eſt, porrigi ad annos 40. Olim actio perſonalis, ſive lis conteſtata fuiſſet, ſive non, erat perpetua, id eſt, ſempiterna, & nullis ſeculis interitura. Lex ult. eſt ſcripta de actione perſonali, unde quidam negant eam pertinere ad actionem realem. Male: quia non loquitur ſpecialiter de actione perſonali, ſed ita, *ut licet ſit actio perſonalis inſtituta ab initio, ea tamen litis conteſtatione non perpetuetur in infinitum, ut olim erat perpetua, ſed porrigatur tantum non in 30. ſed 40. ann.* qui ſermo & omnes alias actiones includit, licet perſonales non ſint. Atque ita evidenter ſcriptum eſt in *l.* 1. §. *ad hæc, tit. ſeq. in omnibus actionibus, licet perſonales non ſint, id locum habere, ut ſi conteſtatæ primum ſint, deinde ante definitivam ſententiam omiſſa, ſilentio perpetuo perimantur, continuo ſilentio, non 30. ſed 40. annorum.* De actione perſonali magis dubitabatur, quæ olim erat æterna, atque perpetua, & conſtitutione Theodoſii facta eſt 30. ann. ſi conteſtata non eſſet, *l.* 3. *h. tit.* Dubitabatur, inquam, an conteſtata ut jure veteri multo magis cenſeretur eſſe perpetua, quæ in judicium deducta eſſet, & conteſtata: Ita etiam convenienter conſtitutioni Theodoſii poſt litis conteſtationem produceretur in alios 30. annos, non 40. quod voluit Valentiniani Novella *de Epiſcopali judicio*, ut actio perſonalis poſt litis conteſtationem producatur in alios 30. annos, quot annos ante durare potuit ſine metu præſcriptionis, niſi ſcilicet poſt 25. annos conteſtata fuiſſet, quo caſu Valentinianus eam protendit ad 10. tantum. Sed abolita illa Novella Valentiniani, Juſtinianus in hac *l. ult.* definit non eſſe ſimilem eum, qui conteſtatus eſt ei, qui omnino litem conteſtatus non eſt. Hic excluditur præſcriptione 30. ann. Ille ſi denuo agat, & repetat intermiſſam litem, non excluditur, niſi præſcriptione 40. annorum. Rectius autem dices hanc conſtit. Juſtiniani locum habere tantum in actionibus perpetuis, quæ conſtit. Theodoſii redactæ ſunt ad 30. annos: cujus generis etiam ſunt actiones in rem, & hypothecariæ adverſus malæ fidei poſſeſſorem. At hanc legem locum non habere in actionibus temporalibus, id eſt, quæ finiuntur præſcriptione anni, quales ſunt omnes fere actiones prætoriæ, vel præſcriptione biennii, qualis eſt actio doli, vel præſcriptione quinquennii, qualis eſt querela inofficioſi teſtamenti, quæ ſane actio in rem eſt, aut certe mixta actio eſt, ut petitio hereditatis, vel præſcriptio 10. vel 20. annorum, ut quælibet actio in rem hypothecaria adverſus bonæ fidei poſſeſſorem: has actiones

A temporales dicimus litis conteſtatione perpetuari, id eſt, extendi in infinitum, quæ & origine ſua ſunt perpetuæ ſecundum jus vetus, *ut l. nam poſteaquam, §. ſi quis temporali, ff. de jurejur. l. ult. ff. de fidei. tutor. l. aliam, ff. de novat. l. 2. ſupra, quando libellus principi datus.* In quibus locis omnibus ne dicas perpetuari, id eſt, continuari, quamdiu durat lis, ut Nicolaus Valla dixit, ſed continuari etiam poſt finitam litem, & perdurare, id eſt, ut ait *l. ordinata, ff. de lib. cauſa*, in tutum redigi, ne pereant tempore poſt annum per conteſtationem. Et ut ait *l. omnis, de R. I.* permanere ſalvas, quaſi minime tempore perituras, aut morte, ſic in *l. 1. ſup. de præſcript. long. temp.* poſſeſſor, cui mortalis eſt, ea lite deinde non peracta, ſed omiſſa, ſi rem poſſederit longo tempore poſt litem omiſſam, non
B utitur longi tempor. præſcript. quia litis conteſtatione perpetuata actio eſt: At ſecundum jus novum litis conteſtatione actionem perpetuari, id eſt, extendi in tricennium, ex conſtitut. Theodoſii quandoquidem ea conſtitutione nullæ ſunt actiones perpetuæ, omnes finiuntur ſpatio 30. vel ad ſummum 40. annorum, quæ omnium longiſſima præſcriptio eſt: Nam 100. annor. & 60. & 50. præſcriptio ſublata eſt. Sic igitur ſtatuamus: omnem actionem temporalem litis conteſtatione perpetuari, id eſt, extendi in tricennium: omnem autem actionem perpetuam litis conteſtatione perpetuari .i. in quadricennium extendi. Neque ut facit Accurſius excipio ab hac definitione actionem de dolo: Nam *l. ult. ſup. de dolo*, hoc tantum dicit eam eſſe inchoandam, & finiendam intra biennium, quibus verbis non negat eam perpe-
C tuari litis conteſtatione, licet biennio perempta fuerit inſtantia lite cœpta quidem, ſed non perfecta: Nam & aliæ actiones civiles intra tricennium finiendæ ſunt *ex l. properandum, ſup. de judic.* Nec tamen ideo minus litis conteſtatione perpetuantur, id eſt, extenduntur in 30. vel 40. annos. Et quod dico de actione de dolo, eam eſſe temporalem, id eſt, biennem, poſſumus tentare non idem eſſe *in adjectione* de dolo: aliud eſt *actio de dolo*, aliud *adjectio*: ut actioni de peculio additur adjectio de dolo, quæ ſic appellatur in *l. in bonæ fidei, in fine, ff. de pecul. & ſi quid dolo malo domini captus, fraudatuſque auctor eſt*: agit de peculio, & petit ſibi dari quantum eſt in peculio, ſi tantum ſibi debeatur ex contractu, ac præterea ſi quid dolo domini factum erit, ut *l. 1. ff. quando de pecul. act. ann. ſit.* Quærebatur, an
D ut actio de dolo eſt temporaria, ita etiam adjectio de dolo ſit temporaria, in *l. quæſitum, §. ult. ff. de pecul.* In qua ex ſupra dictis locis videtur JC. potius ſcripſiſſe, *in dolo adjiciendo*, non *objiciendo* .i. in clauſula de dolo adjecta actioni de peculio non haberi temporis rationem, niſi cum ita forte prætori videtur, ne plus duret adjectio, quam actio de dolo. At interea quod dicamus actionem de dolo intra biennium eſſe inchoandam, & perficiendam: Actionem reſtitutoriam, quæ paratur beneficio reſtitutionis in integrum, inchoandam, & perficiendam intra quadriennium, *l. ult. ſup. de temp. in integr. reſtitut.* Quæſtionem libertinitatis, & ingenuitatis eſſe inchoandam, & perficiendam intra quinquennium, *l. 2. ff. de colluſ. deteg.* Quos omnes caſus a ſuperiori definitione Accurſius excipere tentat. Non tamen id inde ſequitur,
E videlicet eas non perpetuari litis conteſtatione. Alioquin nulla perpetuaretur litis conteſtatione, quia omnis actio certo tempore circumſcribitur, quo finem accipiat & civilis, & criminalis. Invenio tamen unum caſum, quo dici poteſt litis conteſtatione non perpetuari actionem, puta, ſi actor deſiſtat a lite .i. ſi in totum deponat animum litigandi: Hoc enim eſt deſiſtere, *l. deſtitiſſe, ff. de judic. l. deſtitiſſe, ff. ad Senatuſc. Turpill.* Et ita recte in *l. 2. in fin. ff. ne de ſtatu defunctor.* Si vivo Titio feci litem ſtatus, dicens eum eſſe ſervum meum, vel libertinum, & deſtiti a lite longo ſilentio, id eſt, ut Accurſius interpretatur *triennio*, quia agitur de ſervo, de re mobili, ſi deſtiti, id eſt, in totum depoſui animum litigandi, ſi in totum renunciavi liti, hoc caſu poſt mortem Titii,

ſi li-

ſi litem repetam, qua deſtiti, judex me non admittet, & obſtabit mihi præſcriptio quinquennii, quia de ſtatu defuncti poſt quinquennium quæri non poteſt. Et hoc ſolo caſu videtur ex jure, id eſt, ex *d. l.2.* unde videtur deſumpta, locum habere nova Conſt. Caroli noni Chriſtianiſſimi principis, quæ ait: *l'inſtance intentèe ores qu' elle ſoit conteſtèe, ſi par le laps dè trois ans elle eſt diſcontinuèe, n'a aucun effect de proroger, & perpetuer l'action, mais la preſcription à lieu*, id eſt, litis conteſtatione actionem non perpetuari, ſi quis eam triennio intermiſerit. Et ita litis conteſtatione præſcriptio non interrumpitur, fateor hoc eſſe æquiſſimum, ſi actorem pœnituerit litis motæ, ſi renuntiaverit liti, ſi deſtiterit, non etiam ſi diſtulerit litem, quod plerunque faciunt, qui non habent ſpatium ad litigandum, ſed conteſtantur lites ſuas, ut interim eas in tutum redigant, ne tempore, aut morte pereant, *l.3. ff. de feriis*, vel ubi conteſtati ſunt litem, eamque aliquantulum exercuerunt, differunt litem propter potentiam adverſarii, vel propter imbecillitatem ſuam, vel propter aliam juſtam cauſam, quales notantur in *hac l. ult.* His caſibus actor non deſiſtit a lite, ſed differt litem, atque perpetuat. Cur mihi non liceat actionem differre quoad mihi major litigandi copia ſuppetat, eamque in tutum redigere, ne tempore, aut morte pereat? Etiam ille caſus non eſt omittendus, qui eſt in *l.1. §. ſed interdum, ff. ne de ſtat. def.* Quidam cum de ejus ſtatu quæreretur, ingenuus pronunciatus eſt, receptum eſt ut in aſſertione ſecunda, ut cauſa ingenuitatis poſſit retractari, id eſt, ut iterum poſſit excuti ſit ingenuus, nec ne, licet ſemel pronuntiatus ſit ingenuus. Non eſt novum, ut iteretur eadem lis: ſed retractari poteſt tantum eo vivo, qui ingenuus pronuntiatus eſt, non poſt mortem, ne intra quinquennium quidem, quo permittitur agere de ſtatu defuncti: Imo etſi cœpta ſit retractatio ingenuitatis vivo eo, qui ingenuus pronuntiatus eſt ſemel, poſt mortem ejus peragi non poteſt, quod eſt ex edicto Divi Marci, & habet ſummam rationem, quod ſemel pronuntiatus ſit ingenuus.

AD TITULUM XL.

DE ANNALI EXCEPTIONE ITALICI CONTRACTUS TOLLENDA, ET DE DIVERSIS TEMPORIBUS, ET EXCEPTIONIBUS, VEL PRÆSCRIPTIONIBUS, ET INTERRUPTIONIBUS EARUM.

IN ipſo contextu Rubr. legendum non eſt *& præſcriptionibus*, quod etiam abeſt a veteribus, ſed ſcribendum, ut in *l.1.* duobus locis, *exceptionibus, vel præſcriptionibus*. Utrumque verbum idem poteſt. Nunc veniamus ad rem. Olim actionis perſonales in provinciis erant perpetuæ, & ſempiternæ. In Italia iis obſtabat præſcriptio anni utilis. Hodie ex *l.1. h. tit.* ſublata illa præſcriptione anni utilis, ubique locorum perſonales actiones vivunt intra 30. annos: moriuntur ſtatim poſt 30. ann. niſi interrupta fuerint tempora legitimo more: Nam ut litis conteſtatio, ita quælibet interruptio legitima perpetuat actionem, *l.3. hoc tit.* id eſt, protendit in annos 40. nam pro litis conteſtatione cedit. At ut oſtenditur in *h. l.1.* hypothecaria actione ſervatur præſcriptio 40. ann. videlicet contra debitorem, vel debitoris heredem, vel ſecundum creditorem vivo debitore, vel etiam mortuo debitore, ſi ſecundus creditor velit uti acceſſione temporis, quo debitor poſſedit, *l.7. ſup. tit. prox.* Et hoc eſt, quod ait *l.1.* ſola hypothecaria actione 40. ann. utente curriculis, quod in loco duplex error errari videtur. Primo, quod a perſonalibus actionibus excipiat hypothecariam, quæ tamen eſt realis, *l. pignoris, inf. de pig. l.2. inf. ſi unus ex plur. hered.* Sed hoc ideo forte, quia hypothecaria actio eſt acceſſio perſonalis actionis, & quia non proprietatem, ut aliæ actiones reales, ſed nudam poſſeſſionem avocat, *l. ſi cum vendit. ff. de evict.* Deinde quod dicat *ſolam* hypothecariam

A actionem uti curriculis 40. annorum, cum dixerimus in *l.4. ſup. tit. prox.* alias pleraſque actiones non perimi præſcriptione 30. annorum, ſed 40. tantum. Non ergo ſola hypothecaria utitur curriculo 40. annorum, ſed verbo *ſola*, non ſtatim excluduntur & ſimiles actiones, quæ non ſunt comprehenſæ conſtitutione Theodoſii, quæ introducit præſcripptionem 30. annorum. Et ita in *§. in bonæ fidei, Inſtit. de actionibus*, compenſationem ipſo jure minuere omnes actiones, excepta *ſola* actione depoſiti, cui nihil compenſationis nomine opponi poteſt: nam conſtat etiam excipi actionem commodati, *l. ult. ſup. commod.* Et item *l.1. ſup. de bon. poſſ. contra tabul.* Liberos præteritos bonorum poſſeſſione contra tabulas præſtare legata *ſolis* liberis, & parentibus: cum tamen conſtet ex edicto prætoris eos etiam præſtare legata
B dotis nomine relicta uxori, vel nurui. Et ſic in *l. pen. ſup. de oper. libert.* manumiſſos liberis manumiſſoris præſtare *ſolam reverentiam*, cum tamen & operas præſtare debeant. Igitur quod ex verbo *ſola* argumentum ducitur, imbecille eſt. Ceterum omnes actiones perſonales, quibus minora tempora legibus definità non ſunt, finiuntur ſpatio triginta annorum: Realibus actionibus jandiu certa tempora definita ſunt adverſus bonæ fidei poſſeſſorem, puta 10. annor. inter præſentes, & 20. inter abſentes. Et ita olim actio perſonalis erat perpetua, & ſempiterna: realis temporaria: hodie perſonalis perdurat longiſſimo tempore, non etiam realis, quæ finitur longo tempore. Et ratio differentiæ hæc eſt, quia actionem realem non perimit longum tempus: Nec enim tempus eſt idonea cauſa producendæ, aut perimendæ
C actionis, ſed actionem realem perimit uſus longi temporis, uſus rei diuturnus: in actione perſonali nullus eſt uſus debitoris, qui perimat actionem; Obligationis enim nullus eſt uſus, & tempus utique ſolum non poteſt perimere actionem; Unde dubitatur, cum ſcilicet hæc ſit differentia certa inter actionem perſonalem, & realem, quid ſit ſtatuendum de actionibus mixtis, quæ ſunt tam reales, quam perſonales, ut communi dividundo, familiæ erciſcundæ, finium regundorum; Nam qua reales ſunt, videntur finiri ſpatio 10. aut 20. annorum, qua perſonales, ſpatio 30. annorum. Et magis placet mixtas actiones ea parte ſpectari, qua perſonales ſunt, ut non intereant, niſi triginta annorum ſpatio, ut definitur in hac *l.1.* Quib. addi poteſt petitio hereditatis, quæ etiam mixta actio eſt. Ergo & actio finium regundorum non
D perimitur, niſi ſpatio 30. annorum, nec citeriori ſpatio. Et tamen conſtitutione Theod. integra de præſcriptione 30. excepta erat actio finium regundorum, ut eſſet perpetua, & ſempiterna, *l.2. C. Theod. de action. certo tempore finiendis*, quia intra quinque pedes, inter quos tantum conſiſtit quæſtio finium regundorum, *ut ex 12. tab.* non erat uſucapio auctore Tullio *lib. de legibus*, quia erant ſacri fines intra quinque pedes; ita conſtitutionibus intra eos fines nulla admittebatur præſcript. longi, aut longiſſimi temporis. Sed Juſtinianus eam quoque actionem redegit ad 30. annos, immutatis verbis legis, quæ perpetuam faciebant actionem finium regundorum, ut conſtat ex Julio Frontino, immutatis, inquam, in *l. ult. ſup. fin. regund.* Dubitari etiam poterat de omnibus aliis actionib. quæ nominatim recenſentur in hac
E l. ne amplius dubitaretur, ut dubitari poterat de actione pro ſocio, quod & hæc videretur eſſe mixta, vel ex *l.1. ff. comm. divid.* dum veluti per comparationem ait, actionem pro ſocio magis pertinere ad perſonales ultro, citroque præſtationem, quam ad diviſionem rerum, quo ſignificat, quodammodo eam pertinere ad diviſionem rerum, ac proinde quodammodo mixtam eſſe; ſed placet eam quoque, ut ceteras mixtas, licet verius ſit hanc non eſſe mixtam, ſed perſonalem, perimi præſcriptione 30. annorum. Dubitari etiam poterat de actione furti, & vi bonorum raptorum, quæ eſt etiam actio furti improbioris: ut raptor in jure dicitur fur improbior. Et cu[illegible] iis dubitari poterat, an perimerentur longiſſimo t[illegible] re? quia re furtiva ſæpius a fure contrectata

etiam nasci videbatur actio furti adversus furem, quotidie re contrectata, & quotidie videtur nasci actio furti in furem. Et ita nunquam implebatur tricennium, quia subnascebatur quotidie actio: & ideo in *l. si cum quis*, §. *quamdiu*, *ff. de furt.* dicitur, non perire actionem furti, quamdiu fur vivit, quod quid aliud est, quam actionem furti esse perpetuam? id est, dum fur vivit, *l.*1. *ff. pro soc.* Et ita furti actionem perpetuo dari in *Instit.* §.1. *de temp. & perpet. action.* Sed hæc quoque redacta est ad triginta annos, improbata veterum sententia, quia subinde nasci volebant actionem furti, ita ut recte dicatur in *l.*9. *ff. de furt.* assidua, & frequenti contrectatione non magis nasci actionem furti, non recreari ideo sæpius actionem furti, quæ si sæpius ita recrearetur, nunquam impleretur tricennium, quod tamen hæc lex definit, & actionem furti, & vi bonorum raptorum perimi. Id etiam notandum est ex *hac l.*1. §. *ult.* filiisfamil. in his rebus, quarum proprietatem patri non adquirunt, quales sunt hodie omnes res adventitiæ, non imputari tempora præscriptionis, sed ab eo duntaxat die adversus eos præscriptiones computari, quo sui juris effecti sunt, ut in *l.*1. *in fin. sup. de bon. matern.* quia ab eo demum tempore suas actiones exercere possunt, non quandiu sunt in familia, & potestate patris: quia filiafamil. persona in judicio legitima non est sine voluntate patris, sicut nec servi: & interim dum est in potestate patris actionum exercitio pertinet ad patrem, perinde atque si bonorum adventitiorum proprietas ei adquisita fuisset, ut in *d. l.*1. *& l. ult. sup. de bonis, quæ lib.* non pertinent ad filiumfamilias sine voluntate patris: ergo ei nihil imputari poterit, opposita præscriptione aliqua, qui etiamsi vellet, agere non posset, *l. ult.* §. *pen. ff. quis ordo in bonor. poss.* Et generaliter ab eo die demum nobis imputantur tempora præscriptionum, quo agere potuimus, ut in *l. in rebus*, §. *ult. ff. de jure dot. l.*7. §. *illud*, *sup. tit. prox. l. ordinata*, §.1. *de liber. cau.* Et hæc de l.1.

Ad L.II. Ut perfectius omnibus consulamus, *& nemini absentia, vel potentia, vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides, & vigilantes differentia: sancimus, si quando absuerit is, qui res alienas, vel creditori obnoxias detinet, & desiderat dominus rei, vel creditor suam intentionem proponere, & non ei licentia sit absente suo adversario, qui rem detinet, vel infantia, vel furore laborante, & neminem tutorem, vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, sua auctoritate (eas res usurpare) licentia ei detur adire præsidem (provinciæ) vel libellum ei porrigere, & hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora, & interruptionem temporis facere, & sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. Sin autem nullo potuerit modo præsidem adire, saltem ad locorum episcopum eat, vel defensorem civitatis, & suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. Sin autem absuerit, vel præses (vel episcopus, vel defensor civitatis) liceat ei proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione, vel si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: & hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive 30. vel 40. annorum sit. Omnibus aliis, quæ de longi temporis præscriptione, vel triginta, vel quadraginta annorum curriculis, constituta sunt, sive ab antiquis legum conditoribus, sive a nostra majestate, in suo robore duraturis.*

LEX 2. & 3. sunt de interruptionibus præscriptionum. Præscriptionem non interrumpit sola denuntiatio domini, vel creditoris hypothecarii, ut *l. alienam, ff. pro empt.* Non interrumpit comminatio, non postulatio μονομερῶν facta apud judicem, ut dixi *l.*3. *tit. prox.* non libellus principi datus, id est, querela delata ad principem per libellum de rebus suis ab alio possessis: libellus hic, inquam, non interrumpit præscriptionem longi temporis, aut longissimi, sed annuam tantum, ut *l.*2. *sup. quando libell. princ. oblatus.* At præscriptionem longi temporis interrumpit litis contestatio, & conventio executoris, & nova cautio, quam vocant γνωσιμαχικὴν ἀσφάλειαν. Et interrumpitur etiam præscriptio medio tempore sine violentia rem possidente domino, vel creditore, & solutione partis, & solutione usurarum, & libello principi dato, si annua fuerit præscriptio, ut diximus in *l.*3. *&* 7. *sup. tit. prox.* Ac præterea in *l.*2. *hujus tit.* ostenditur, etiam præscriptionem interrumpi, si nemo sit, qui conveniri possit, ut si possessor absit, vel si infans sit, vel furiosus, qui nec tutorem, vel curatorem habeat, vel si sit potentior aliquis, qui sit difficilis conventu. Et definiuntur potentiores, qui gratia & opib. valent, non ii tantum, ut Accur. heic vult, qui habent merum imperium. Ergo & ii, qui non habent, puta locupletiores. Et ita potentiores definiuntur in *Nov. Basilii, & Romani, de potentiorib.* Et illa Basilii vult non injuria, ut potentiores, nec quidem quadraginta annorum præscriptione res suas, quas illi possident, repetentibus tenuioribus hominibus objicere possint, quod hac via paulatim potentiores sua facerent omnia bona tenuiorum. Et ostendit *potentiores* non esse tantum eos, qui in magistratu sunt, sed illustres, vel spectabiles, qui pollent gratia & opibus. Si igitur ex his quatuor causis, quæ notantur *in hac l.*2. non possit conveniri possessor, aut vix possit conveniri, fiet interruptio præscript. ex scripto habita contestatione apud præsidem provinciæ: vel si ejus non sit copia apud Episc. civitatis, vel eo deficiente apud defensorem, vel deficiente defensore, publice ad domum possessoris *adfixo libello* conventionis, adjuncta subscriptione trium testium, qui modus affigendi libelli ad domum adversarii ex jure nostro in plerisque locis observatur, ut docui *observat.*7. Hæc contestatio pro petitione cedit, id est, pro litis contestatione, *l.*2. *ff. de naut. fœn.* Interruptio definitur recte ab Harmenopulo 1. *Epitom. tit.*3. ῥῆξις τοῦ χρόνου, & illo loco refert sententiam propositam in hac *l.*2. Et illud, quod retuli ante, ut fiat ea contestatio, si non extet, qui conveniatur apud præsidem, vel episcopum, ubi ex *h. l.*2. posset quis existimare legendum esse, ἢ τοῖς ἐκδίκοις, id est, *vel apud defensores civitatis*, sed puta consulta opera hoc verbum fuisse mutatum in Basilicis, quod *Novella Leonis* 46. *&* 47. sublati essent decuriones, ac omnes magistratus municipales, ex quibus erant defensores civitatum, qui erant instar tribunorum plebis. Quamobrem & defensores plebis dicuntur in *tit. de defens. civitat.* Ideoque in Basilicis scriptum est, *si non sit copia præsidis, vel episcopi, superiorem contestationem fieri apud potiores, & principales,* ἄχρι τῆς τῶν πολιτῶν, ut Apollonius de auro egregio, & Josephus de bello Judaico, *lib.*2. *cap.*28.

Ad L.III. Si ex multis causis *quidam obnoxium habens, & maxime ex similibus quantitatibus, in unius quidem causæ summa libellum conventionis composuerit, causam tamen non expresserit, apud veteres agitabatur, an videatur omnes causas in judicium deduxisse, an vetustissimam earum, aut omnino nihil fecisse, cum ejus sensus incertus esse apparebat. Sed & in judiciis, in multis tales altercationes ventilatas invenimus, & maxime propter longi temporis interruptionem: Si enim personalis forte fuerat mota actio, hypothecariæ autem actionis nulla mentio procedat: quidam putabant, personalem quidem esse temporis interruptione perpetuam, hypothecariam autem evanescere taciturnitate sopitam. Et si quis generaliter dixerat, obnoxium sibi aliquem constitutum: aliæ dubitationes emergebant, si omnes ei competentes actiones hujusmodi narratione contineri credantur, an vero, quasi silentio circa eas habito tempore expirare, nullo ex incerta libelli confectione adminiculo ei adquisito. Sancimus itaque nullam in judiciis in posterum locum habere talem confusionem: sed qui obnoxium suum in judicium clamaverit, & libellum conventionis ei transmiserit, licet generaliter nullius causæ mentionem habentem, & vel unius quidem specialiter, tantummodo autem personales actiones, vel hypothecarias continentem, nihilominus videri jus suum omne eum in judicium deduxisse,*

& esse

& eſſe interrupta temporum curricula, cum contra deſides homines, & ſui juris contemptores odioſæ exceptiones compoſitæ ſint (†).

EST etiam de interruptione *l.*3. cujus ſpecies eſt elegantiſſima. Finge: Titius mihi debet eandem quantitatem ex variis cauſis, puta debet mihi 100. ex teſtam. 100. ex venditione, 100. ex mutuo. Ego volens interrumpere præſcriptionem, qua ille poſſet uti adverſus perſonales actiones, quæ mihi in eum competunt, vel hypothecariam, ſi intervenit hypothecaria, in judicio petii centum, non expreſſa cauſa, vel etiam generaliter petii quod mihi debebatur, ubi notandum eſt admitti *generalem conceptionem libelli* conventionis, incertum libellum admitti, puta ſi per executorem te conveniam, ut ſolvas, quod mihi debes, quantitate non expreſſa, vel cauſa. Et ita in §. *curare, Inſtit. de act.* curare debere judicem, ut certæ rei, vel ſummæ ſententiam ferat, etiamſi de incerta quantitate apud eum actum ſit, *l.*3.*inf.de inutil. ſtipulat.* Adde, etiamſi incertus libellus petitoris fuit, qui datus eſt per executorem ante litem conteſtatam. Vel etiam finge: ego egi actione perſonali, non hypothecaria, cum haberem utramque ex eadem cauſa, vel contra egi hypothecaria, non perſonali: Quæritur, an videar libello conventionis, & poſtea ſecuta litis conteſtatione interrupiſſe tempora omnium actionum mearum, quæ mihi in eundem hominem competebant: Et ait in ſpecie propoſita, qui petit 100. non expreſſa cauſa, omnes ſuas actiones in judicium deduxiſſe videri, id eſt, actionem ex teſtamento, qua debebantur 100. & actionem ex vendito, qua totidem, & actionem ex mutuo, qua etiam 100. Denique eum videri omne jus ſuum in judicium deduxiſſe, & interrumpiſſe tempora præſcriptionis, etiamſi libellum generaliter conceperit, nulla cauſa expreſſa: Nam dum generaliter libellum concepit, nihil nocet, ſi non exprimat cauſam, ſed debet exprimere quantitatem. Nam, ut recte Joannes ſentit, qui neque exprimit cauſam, neque quantitatem, quoniam alterutrius expreſſionem hæc lex exigit, non videtur omne jus ſuum in judicium deduxiſſe, ſicut etiam, qui petiit certam ſummam ex certa cauſa, non videtur ceteras cauſas in judicium deduxiſſe. Et verba legis, *vel unius quidem cauſæ ſpecialiter*, ſic ſunt accipienda, unius ſummæ ex cauſa una, quæ tamen exprimatur, ut initio hujus legis. Et ita Joannes.

RETRACTATIO L.3.

Antequam veniamus ad tit.41. explicanda iterum eſt *l.*3.*ſup. tit. prox.* cujus ſpecies hæc eſt: eum, cui quis debet eandem quantitatem ex diverſis cauſis, veluti 100. ex teſtamento, 100. ex ſtipulatione, 100. ex mutuo, omnes cauſas in judicium deduxiſſe: & per hoc tempora præſcriptionum interrupiſſe videri, ſi petierit centum non adjecta cauſa, quoniam videtur ea centum petere ex omnibus cauſis, cum non adſcribat cauſam, videlicet petere videtur centum ex teſtamento, 100. ex ſtipulatione, 100. ex mutuo. Qui ſpecialiter petit 100. nec adjicit cauſam, omnem cauſam complecti intelligitur: denique videtur trecenta petere. Idem etiam erit, ſi ille generaliter petierit *quod ſibi debeatur*: *quod ſibi debet Lucius Titius*: *Nam id omne, quod debet*, petere intelligitur quacunque ex cauſa. Et nota, generalem & incertam conventionem admitti, quam poſtea judex redigit ad certam quantitatem. Item, ſi quis egerit actione perſonali duntaxat, vel actione hypothecaria, cum haberet utramque ex eadem, vel iiſdem cauſis, etiam eam actionem, qua non egit nominatim, quæ modo competat ex iiſdem cauſis, in judicium deduxiſſe intelligitur. Ideoque quaſi interrupta præſcriptione, nulla temporis præſcriptio ei objici poteſt: quia eæ præſcriptiones objiciuntur tantum deſidioſis: & qui ita egit, deſidioſus non eſt, id eſt, qui petiit 100. non expreſſa cauſa, vel qui generaliter petiit quod ſibi debetur, vel qui perſonali egit, non hypothecaria, aut contra hypothecaria, non perſonali: Nam hic ſatis diligens fuiſſe videtur in omni jure ſuo perſequendo: Et præſcriptiones nocent negligentibus, non diligentibus: in dormientibus deſidies, non in vigilantibus. Et eleganter ait *in fin.* odioſas exceptiones, id eſt, præſcriptiones temporum eſſe compoſitas contra deſides, & negligentes, juris ſui contemptores. Quibus verbis non hoc vult: Exceptiones temporales per ſe odioſas eſse, quod tamen vulgo aſſerunt, ſed comparatas eſſe in odium negligentium. Ut Senatuſconſultum Macedonianum per ſe non eſt odioſum, ſed tamen factum eſt in odium fœneratorum, *l.qui exceptionem, D. de cond. indeb.* vel ſimiliter condictio furtiva, quæ dicitur comparata odio furum, §. *ſic itaque, Inſtit. de act.* Tamen per ſe non eſt odioſa: imo juſtitiæ pleniſſima. Hæc eſt ſententia *l.*3. Ex qua colligendum eſt, ex contrario non eſſe locum huic legi, ſi quis ex certa cauſa certam quantitatem petierit, puta 100. ex cauſa mutui: Nam hic non cenſetur & alias cauſas in judicium deduxiſſe, ut Joannes ſentit recte, qui hæc verba *h.l.* quæ ſunt in fine: *Vel unius quidem ſpecialiter, &c.* ita recte interpretatur: Unius quidem cauſæ ſumma, cauſa tamen non expreſſa: ut ſcilicet omnem cauſam intelligatur in judicium deduxiſſe, qui exprimit quantitatem, cauſam autem non exprimit. Et idem omnino dicendum erit, ſi quis egerit ex certa cauſa, ſi petierit ex certa cauſa, quod ſibi debetur, non expreſſa quantitate, quia ceteras cauſas non videtur in judicium deduxiſſe, qui exprimit certam. Idem erit, ſi diſſimiles quantitates debeantur ex variis cauſis puta 100. ex teſtamento, 20. ex ſtipulatu, 30. ex mutuo: Nam ſi petet decem, manifeſtum eſt, eum non videri alias ſummas in judicium deduxiſſe, quæ ſunt diſſimiles. Ideoque (†) quod ait in prima parte *h.l. & maxime ex ſimilibus quantitatibus*, ſic accipias, ut minime idem ſit ex diſſimilibus quantitatibus. Et ita omnia ſunt perſpicua in *l.*3.

AD TTULUM XLI.

DE ALLUVIONIBUS, ET PALUDIBUS, ET PASCUIS AD ALIUM STATUM TRANSLATIS.

HUJUS tituli de alluvionibus coaptandi cum ſuperioribus titulis, qui ſunt de præſcriptione, non una tantum, ſed triplex eſt ratio. Prima hæc eſt, quia alluvione & inundatione, de quibus agitur hoc titulo, poſſeſſio, & conſequenter præſcriptionis tempus interrumpitur, *l.* 3. §.*Labeo, ff. de adquir. poſſeſſ.* Nec mirum, cum & iis modis dominium amittatur. Poſſeſſio igitur, & dominium, & uſusfructus, *l. ſi ager, ff. quib. mod. uſusfr. amit.* De alluvione eſt *l.* 1. *&* 3.*h.t.* De inundatione eſt *l.*2. ut ſcilicet in Ægypto, quorum agros inundatio Nili feraciores facit, quod idem eſt, ſi contingat in alia provincia, ut hi, inquam, plus inferant tributorum nomine, quorum agros uberiores inundatio fecit. Ii autem, quorum agri minores, vel deteriores facti ſunt, ut releventur, & pro qualitate ejus, & quantitate, quod in cenſu agendo poſſidere videbuntur, publicis penſitationibus reſpondeant. Hæc eſt *l.*2. ſententia. Secunda ratio coaptandi hujus tituli eſt, quia præſcriptio longi, vel longiſſimi temporis non tantum fundum complectitur, ſed etiam quod fundus crevit per alluvionem, ſive creverit ante, ſive poſt adquiſitam præſcriptionem, quia id quod per alluvionem adcreſcit, ſequitur jus, conditionemve fundi principalis, cui adcrevit *l. & puto, §. id quod amnis, ff. famil. erciſc. l. ſi fundus, in princ. D. de pign. l. item ſi fundi, §. huic vicinus, D. de uſufr. l. ſi ego, §. quod tamen, D. de Publ. in rem action.* Tertia ratio hæc eſt, quia, ut in fine ſuperioris tituli ſcriptum eſt, præſcriptiones compoſitas, ſic legitur *compoſitas*, inquam eſſe, *non oppoſitas*, contra deſides & negligentes rerum ſuarum contemptores: Ita jura alluvionum

(†) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 13.*

(†) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 2. cap.13.*

num sunt recepta contra negligentes; qui scilicet ripam, qua agri eorum terminantur, non muniunt, non reficiunt. Auctor Cassius Longinus J. C. apud Urbicum *lib. de limitib. agrorum*. Et apud Boetium 2. *de Geometria*. Et Cassii verba hæc sunt: *Quicquid aqua lambendo abstulerit, id possessorem amittere, quia scilicet ripam suam sine alterius damno tueri debuit*. Et sequitur quod omnino est ex jure, & proponitur differentia hæc in §. *præterea, Instit. de rer. divis. Si vero*, inquit, *vi majore, non paulatim lambendo flumen alveum mutasset, suum quemque modum agnoscere, quia non possessoris negligentia, sed vi tempestatis abreptum apparet*. Et hanc eandem differentiam demonstrat Siculus Flaccus *libr. de conditionibus agrorum*, in hæc verba, quæ referam, quia non sunt emendate expressa. *Rivus*, ait, *quoties finem facit, appellatur rectus curvusve, qui si alicujus terras minutatim ex alia parte abstrahat, & alii contrariæ relinquat, quod vocant alluvionem, repetitio finium non datur. Inducit enim necessitatem muniendarum riparum. Quod si vi tempestatis rivi torrentes subito alveum, cursumque mutent, justius tum (ut mea fert opinio) erit, ut alvei veteris fines suos quisque obtineat*. Hæc Siculus. Et ratio differentiæ est evidens & aperta, quia adversus vim majorem nulla est ratio muniendi se, & ideo quod vi majori mihi flumen abradit, id non amitto. At quod paulatim veluti lambendo abradit, id meum esse desinit, ut plectatur negligentia mea, qui potui me præmunire adversus id. Non licet quidem cuiquam flumen avertere mutato alveo opere manufacto, mutato naturali cursu fluminis, *ut in l. 1. hoc tit.* alioquin tenetur interdicto ne quid in flumine publico. At licet cuilibet ripam suam munire, qua suus terminatur ager, dummodo id faciat sine injuria accolarum, *l. 1. §. si autem, D. de fluminib.* Et ea de re propositum interdictum de ripa munienda, ne prohibeatur ripam munire, facto aggere, ductove vallo. Additur etiam in *l. 1. hoc tit.* fundum, quem amnis circumiit & redegit in formam insulæ, priori alveo derelicto, ejus manere, cujus fuit, quod etiam est proditum in *l. 1. §. item si amnis, D. de flum.* Id M. Tullius vocat *circumluvionem*, non alluvionem. Alluvio dominium mutat, circumluvio sola dominium non mutat. Festus vocat *circumluvium*, quod & jus prædiorum esse dicit, quia vix unquam circumluitur ager, quin etiam paulatim alluendo augeatur, ut in *l. ergo, §. tribus, D. de adquir. rer. dom.* ex quo loco idem etiam potest appellari colluvium. Ergo & alluvio est jus prædiorum, & circumluvio, quod vix existat circumluvio sine alluvione aliqua: & jus prædiorum, quia quod per alluvionem agro nostro adcrescit, jure gentium nostrum fit, ut in *h. l. 1.* Et si vis etiam tibi dari alluvionis definitionem: *alluvio* est incrementum latens, vel est jus prædii, quo portio fundi portioni contrariæ accedit, donante flumine publico. Primum si dicas, *jus prædii*, hoc non sufficit: nam & servitus est jus prædii, nunc tamen est alluvio, nec satis si dicas, *incrementum latens*, *ex d. l. item si, §. huic vicinus, D. de usufr.* quod fiat paulatim, & minutatim veluti lambendo: Nam non omne incrementum latens est alluvio. Nam ætatis cujusque rei, & doctrinæ, & artificii etiam est incrementum latens, *l. legatis, §. ornatricibus, de leg. 3.* Idcirco adjeci, quo portio fundi portioni contrariæ, id est, quæ est e regione, accedit, *ex l. si Titio, in fin. ff. de usufr.* Et adjeci *donante flumine publico*, ex Lucano: *Illos terra fugit dominos, his rura colonis accedunt, donante Pado*. Et recte de Pado flumine, quod etiam Urbicus ait esse rapidum, & torrens flumen, quod aliquando tam violenter decurrat, ut & mutet alveum, & multorum late agros trans ripam transferat, sæpe etiam insulas efficiat. Id autem, quod per alluvionem adcrescit fundo nostro, adeo nostrum fit, ut a fisco vindicari & vendi non possit, *l. 1. h. t.* itaque ut non possit vendi a principe, quasi possessio vacans. Et præterea id singulariter constituitur in *l. 3. h. t.* ut nihil fisco inferatur pro incremento alluvionis. Cujus constitutionis ratio hæc est, quia incerta possessio, incertum ejus dominium est, *ut ait Theodosius in integriore Novel-*

A *la de alluvionibus*, ex qua sumpta est *l. 3. hujus tit.* Incerta est possessio, incertum dominium ejus, quod per alluvionem adcrevit, quia quod hodie possidemus alluvionis beneficio, plerunque altera die vicini fundi domino in alteram ripam translatum adquiritur, & non semper remanet apud eum, cui adcrevit, quia plerunque redit ad priorem dominum, etiam cum augmento, aliquando nec ad priorem, nec ad posteriorem redit, sed inundatione fluminis in arenam dissolvitur. Est igitur plane incerta possessio: & tributa tantum indicuntur certæ possessioni, certoque dominio. Id, cujus incerta est possessio; veluti quod possidetur alluvionis beneficio, non potest onerari tributo. Et qui ei indicit tributum, ut ait *h. l. 3.* videtur ignorare vitia alluvionis, quod non intellexit Accursius, id est, inconstantiam, mutabilitatem, & crebram
B veluti tempestatum commutationem. Videtur ignorare incertum alluvionis, & indicendo tributo tam incertæ possessioni possessoribus rem noxiam videretur *indicere*: sic est legendum, non *inducere*: eodem jure sunt, ut ostendit *h. l. 3.* paludes & pascua, quæ infertilia cum essent, & squalida prædia, domini sumptu & diligentia fertilia facta sunt, ut scilicet ea quoque non possint onerari tributis. Hanc immunitatem mereri dominum, qui palustrem & inutilem agrum exsiccavit, exaravit, excoluit, ut non statim sua diligentia fiat ei damnosa exacto tributo, *pour une terre qu'il à defrichée de nouveau*. Hæc est sentientia *leg. 3.*

C
AD TITULUM XLII.

DE SENTENTIIS PRÆFECTORUM PRÆTORIO.

SUPERIORI tractatui de possessionibus, & ejus effectis, veluti de usucapione, & præscriptione temporis, vicinus est tractatus de missione in possessionem, quæ fit sententiæ judicis exsequendæ causa, quæ missio in possessionem numeratur etiam inter species possessionis in *l. 3. §. ult. D. de adquir. possess.* Et sæpe possessio in jure dicitur, & de ea quia dicturus est *titul. 72. inf.* ideo prius instituit dicere de sententiis, quarum exequendarum causa illa possessio comparata est; & primum dat titulum *de sententiis præfectorum prætorio*, quoniam hi sunt majores magistratus post Principem, qui
D summa judiciorum obtinent, ut licet non possit appellari ab eorum sententiis, quo satis demonstratur amplitudo imperii eorum, tamen liceat per libellum adversus eas supplicare Principi, ut causa retractetur, *que l'on renuoye la cause*, quod vocatur retractatio. Et hunc libellum posse offerri Principi, non quamdiu sunt in magistratu (erant enim temporarii omnes) sed postquam acceperunt successores intra biennium, *Novella* 82. Et non intellexit Accursius illa verba, *Post successionem judicis*. Namque id volunt, postquam præfecto prætorio successum est, intra biennium posse retractari sententiam eorum jussu principis, supplicante eo, qui sententia præfecti prætorii condemnatus est. Et notandum, quod ait lex, hoc esse verum, etiamsi sententia dicta sit pro curia, vel pro utilitate publica, ut scilicet adversus eam possit supplicari. Et hæc fuit causa fe-
E rendæ hujus legis, ut indicat *Novella Theodosii de sententiis præfect. præt.* ex qua hæc l. trahitur, ut abrogaretur Constitutio, quæ ne supplicari quidem volebat adversus sententiam præfecti latam pro curia, vel utilitate publica.

Et notanda est hæc differentia inter appellationem, & retractationem: Nam appellatione interposita, nihil innovatur, id est, suspenditur exsecutio sententiæ. At libello supplice dato principi, ut causa retractetur, hoc nullum adfert impedimentum exsecutioni sententiæ præfecti prætorio, *Novel.* 119. Est alia differentia inter supplicationem, & restitutionem in integrum: Nam ipsemet præfectus prætorio adversus sententiam suam dare potest restitutionem in integrum, *l. in causa, §. ult. & l. seq. D. de min.* At causam retractare ipsemet non potest,

causa

causa retractandà demandatur non eidem, qui sententiam dixit, sed successori alii. Igitur quod vellem hodie servari, ut non apud senatum retractaretur causa Senatusconsul. decisa, sed apud alios judices: Nam ut recte ait Plinius *6. Epist.* scribens ad Ursum, senatoribus re integra dissentire fas est: re peracta, quod pluribus placuit, postea cunctis placet. Et vix unquam rescindent sententiam, quam dixerint: ergo non probe iisdem mandatur causæ retractatio, ut apparet in hac *l.* in qua successori mandatur, non eidem; unum tantum notandum est ex *d. Nol.*119. aliquando & causæ retractationem permitti eidem præfecto prætorio, puta, si intra decem dies eidem offeratur libellus, vel principi, ut rursus inspiciat causam attentius, qui dicitur *libellus didascalicus*. Et sic ille libellus impedit executionem, si eidem offeratur intra decem dies, nisi victor sit paratus satisdare de restituenda re, si rescissa forte sententia fuerit; & inde origo hodie in foro *libelli civilis*, *une requeste civile*: quoties arguitur dolus malus adversarii, quando dolo malo adversarii factum est, ut ita judicaretur: *la requeste civile est fondèe sur le dos la partie adverse*: unde etiam origo propositi erroris, quoties error allegatur, error facti, quod judices non bene tenuerunt factum, & per consequentiam, quod non tenuere jus: nam judices principaliter non arguuntur ignorantiæ juris, sed per consequens, jus scilicet ignorat is, qui factum ignorat, *& c'est ce qu'on dit, que la proposition d'erreur est fondèe sur l'erreur du fait, & de l'erreur du fait resulte l'erreur du droit*,

AD TITULUM XLIII.

QUOMODO, ET QUANDO JUDEX SENTENTIAM PROFERRE DEBEAT PRÆSENTIBUS PARTIBUS, VEL UNA ABSENTE.

TITULUS est explicatu difficilis, in quo explicando biduum consumere par erat, sed explicatus distincte videbitur facilis, quia omnis opera est in distinguendis, & componendis legibus, quæcunque ad hanc quæstionem pertinent, quæ prima specie confligere invicem videntur, quod ordo judiciorum, qui fuit olim valde obscurus, & incertus sit. Verum ad rem. Regulariter de unoquoque negotio sententia ferri debet præsente utraque parte, præsentibus omnibus, quos causa contigit, *l. de unoquaque, D. de re jud.* Quod est *ex illa l.12. tab. præsente ambobus litem addicito*, ut veteres dicebant præsente amicis, præsente testibus. At hoc titulo duo casus proponuntur, quibus altera parte absente sententia ferri potest, & uno casu rescindi remedio appellationis, altero casu nec appellatione rescindi. Primus casus hic est: Si præsentibus partibus *lis inchoata sit*, id est, si contestata sit: Nunquam enim contestatur, nisi utraque parte præsente. Si igitur lis contestata sit, si inchoata præsentibus partibus, & postea una pars abesse cœperit, in absentem, & indefensam partem dicta sententia valet, nec sine appellatione rescinditur, *l. ult. hoc tit. l.2. sup. de contr. jud. tut.* Quod utique verum est, si non absit per contumaciam, sive, quod idem est, ex eremodicio, quod non contrahitur, nisi quis tribus edictis evocatus sit. Ergo qui post litem contestatam abesse cœpit, si non sit tribus edictis evocatus, atque ita non sit contumax, non desertor litis, tamen in eum data sententia valet, quod rem suam in judicium deduxerit, seque, & rem suam judicio permiserit, sed appellatione rescindi potest, nisi acquiescat sententiæ. Et hoc observatur in liberalibus causis, licet sint favorabiles, ut post litem inchoatam inter præsentes, deinde una parte absente discuti, & sententia ferri possit, *l.4. l. juxta, sup. de lib. caus.* Sed hoc ita verum est, nisi sententia dicta sit die feriato. Nam hæc sententia ipso jure nulla est, ipso jure rescinditur sine appellatione, *l. si feriatis, D. de feriis, l.4. h. t.* Nam & hic absens causari potest se abfuisse, quod non existimavit eo die judicium futurum, ut plane excusetur, qui die feriato non adfuit. Item nisi dicta sit sententia alio loco, quam quem judex condixerat, id est, alio loco, quam quo de causa cogniturum edixerat. Nam hæc quoque sententia ipso jure nulla est, si dicatur in absentem, quem judex fefellit, alio loco reddito jure, judiciove, quam quo edixerat, *l.5. hoc tit.*

Alter casus hic est, si post litem contestatam una pars per contumaciam abesse cœperit: Nam sententiam ferre potest, non utique contra absentem contumacem semper, nisi contumaciæ perjurium admixtum sit, ut in *l.1. sup. de adsert. tol.* Sed etiam pro absente contumace, si bonam causam habere videatur. Non ergo semper contra contumacem pronuntiatur, sed & pro eo si bonam causam habuerit, *l. properandum, §. sin autem ex gestis, sup. de jud. l. & post edict. D. eod. l.1. h. tit.* Quæ lex ait, quod habetur rescripto Adriani, contra absentes sententias dari solere, quæ est accipienda de absentibus contumacibus, *& solere*, id est, hunc morem esse judiciorum, ut contra absentes contumaces feratur sententia. Hoc vero quod ita rescriptum est, non imponit necessitatem judici semper pronuntiandi contra absentem contumacem, sed ut pro eo sententiam dicere possit, si bonam causam habeat: si id æquitatis efflagitet ratio. Ergo *l.1. h. t.* est de absente contumace. Addendum vero, hoc observari non tantum in privatis judiciis, sed etiam in publicis, si capitalia non sint, ut valeat sententia, quæ fertur in judiciis publicis, absente reo per contumaciam, & ut adversus eum ferri sententia possit, nisi sit reus capitalis criminis, quod irroget mortem naturalem, vel civilem, *l. absentem, ff. de pœn.* Sed quis est contumax? *Ex l. contumacia, ff. de re jud.* Contumax est is, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, literis evocatus, præsentiam sui facere contemnit: vel literis, sic est legendum in *d. l.* vulgo deest illud vel, ut significet, vel evocandum esse literis, vel edictis propositis. Et addi potest, *vel denuntiationibus*, ex sententiis Pauli. Et qui ita evocatus est solemniter, si præsentiam sui facere contemnat, contumax est, & contrahit eremodicium, id est, habetur pro desertore, litis moratore, frustratore, tergiversatore. Et ait contumax est, qui contemnit, παρετυμολογῶν, ut Velius Longus de Orthographia scribit; in contumaci, melius hoc observari, quod veniat a contendendo, tametsi Nisus contumacem per v. putavit scribi posse a tumore, sed omnes deducunt a contemnendo, unde in glossis antiquis *καταφρονητής, contemptor, spernulus, contumax.* Et ita M. Tullius in arato leporem παρετυμολογῶν, *jacet*, inquit, *levipes lepus.* Nam & apud Varron. L. Ælius leporem dictum, quod sit levipes, & a celeritudine. Sunt in aliis auctoribus frequentes παρετυμολογίαι, ut apud Homerum. Dionys. Aratum. Verum ad rem; nihil refert utrum absens, qui litem inchoatam deseruit, evocetur edictis publice propositis in foro, ut legi possint ab omnibus de plano, an literis ad eum transmissis, aut denuntiationibus factis per executorem in personam ejus: sunt hæc tria diversa, edicta, literæ, denuntiationes, *l. litem veniunt, §. petit, D. de pet. hered. l. cum vero, §. evocari, D. de fideic. libert.* Et Paul. *5. sent. de effect. sent. tractans etiam de contumace.* Aliquando vero post tria edicta datur edictum peremptorium, aliquando non, sed sufficiunt tria edicta, vel tres lineæ, aut denuntiationes, *l.2. & 9. h. t. l.2. C. Theod. de pet. desist.* Aliquando tria edicta non proponuntur, sed unum pro omnibus peremptorium proponitur, *d. l. contumacia, & l. consentaneum, h. t.* Hoc totum positum est in arbitrio judicantis, ut vel proponat tria edicta, vel non edicta, sed literas mittat, aut denutiationes, vel proponat tantum unum edictum peremptorium, vel etiam ut post tria adjungat peremptorium, aut non, quia, ut ait *l.2. cessante* quoque causa peremptorii edicti, id est, peremptorio edicto, recte ferri sententia potest adversus eos, qui tribus edictis admoniti, judicio adesse neglexerunt. Sed quia illa *lex consentaneum*, quam adduxi ante, est clavis hujus tituli, ea nobis explicanda est, in qua hoc proponitur: *Post litem inchoatam, si qua ex partibus ab-*

sit, ut servata juris solemnitate priusquam sententiam dicat præses provinciæ absentem evocet; puta tribus propositis edictis publice, quibus absenti diem dicat, in quem se judicio sistat, & dicat etiam locum, quia non fuit certus locus Romæ juri dicundo, sed dicebatur locus arbitrio judicis, sicut Senatus habendi non fuit locus, sed modo in hac habebatur Basilica, modo in illa. Ergo præses provinciæ tribus edictis propositis absenti dicet diem, & locum, in quo se sistat; vel etiam debet eum evocare uno edicto, si ita videatur causæ cognitio exigere; quod dicitur unum pro omnibus, & edictum peremptorium, ut post ea si absens sui præsentiam non faciat, tum potest audire judex præsentis allegationes, & de re pronuntiare. Quæ quidem pronuntiatio judicis est summaria. Summatim itaque de re pronuntiare, vel contra absentem, vel etiam pro absente poterit. Et hoc dicto subjicit Imperator, quod vel successor ejus facere curabit, nimirum successor præsidis provinciæ: Nec enim erant perpetui. Et ad hujus loci intelligentiam maxime pertinet *l. edictum, ff. de judic.* Si præses provinciæ, qui antecessit dederit unum edictum adversus absentem, successor ejus dabit reliqua duo edicta, & adfiget publice: vel si antecessor finierit numerum trium edictorum: adhuc a successore unum edictum dabitur, ne ei objiciat absens, *tu me non evocasti*. Unde quod sequitur *in h. l. a quo ter citatus*, videtur velle dicere eum, qui ter citatus est ab antecessore, si antecessor non dixerit sententiam, & a successore ter esse citandum, & evocandum, quod est contra *d. l. edictum*, & manifesto est superfluum: Nam hæc verba *a quo*, sic accipienda sunt, a quo successore, de quo proxime agit: ideo manifestum est non esse legendum *a quo ter, sed iterum*, id est, *πάλιν*, *non δεύτερον*, *a quo rursus citatus*, & semel si sui præsentiam facere contemnat, tunc successor ejus ex duobus efficiet alterum, ut vel absentem obsequi compellat, vel si sit quæstio de re aliqua, quam absens possidet, possessionem ejus rei transferet in petitorem, qui præsens est: atque ita possessorem absentem per contumaciam, ex reo faciet actorem, id est, tædio ablatæ possessionis, & translatæ in actorem, eum venire compellet in judicium, & suscipere partes actoris, vel satisdare de re defendenda, ut in *l. pen. §. ult. sup. de præscript. 30. ann. l. si priusquam, D. de novi oper. nunt. l. a quo fundus, ff. de dam. infect.* Hoc genere non pronuntiatur de lite, sed suspenditur lis, & coercetur contumacia, a contumace rei possessione translata ad præsentem, qui eam petit, vel etiam ut judici videbitur de re ipsa pronuntiabit pro absente, vel contra, plerunque ut fit contra absentem, & indefensum: & si pronuntiaverit contra absentem, id est, si absens sit damnatus ex eremodicio, id est, quasi contumax frustrator, & desertor litis inchoatæ: nam quid est eremodicium? desertio litis inchoatæ: si, inquam, damnatus sit absens ex eremodicio, ex contumacia, sententia, neque appellatione rescindi potest, neque causa ex integro ab eo, si venerit, agi potest, instaurari, sive redintegrari causa non potest. Hæc est gravissima pœna contumaciæ, ut qui ex contumacia damnatus est, non possit appellare, aut litem redintegrare, *l. properandum, §. cum autem, sup. de jud. l. & post edictum, §. ult. D. eod. l. 1. inf. quor. appell. non recip. l. ex consensu, §. ult. D. de appell. & Novel.* 82. Unde pendet ratio, quam vulgo non intelligunt *leg. liberto, §. ult. D. de neg. gest.* Reus litem in judicio deductam deseruit, amicus ejus eam ultro egit sine mandato, absentiæ causam allegans judici, & nihilominus absens frustrator ut frustrator damnatus est ex contumacia: Non appellavit amicus, qui ultro accesserat ad negotium ejus, an hæc culpa ei objici potest, quod non appellarit: minime: ratio hæc est, quia ut frustrator condemnatus est, id est, quia ex eremodicio condemnatus est, ex quo non est appellatio. Et hoc est, quod ait *lex contumacia, D. de re judic.* contumaciam plecti damno litis, quia scilicet, neque appellari potest a sententia dicta in contumacem, neque causa redintegrari potest: sed ut ait *lex properand. §. sin autem*: lite cadit, nullo modo potest redintegrari sententia, quinimo etiam si pro absente contumaci dicta

A sententia sit, pœnas aliquas contumaciæ sustinet, quandoquidem etiamsi sententia pro eo dicta est, litis sumpus adversario refundere debet: Quod valde est novum, ut victor victo refundat impensas, cum regulariter eas refundat victus victori, sed ita plectitur contumacia.

Item absens per contumaciam, pro quo sententia dicta est, si ei in totum non satisfaciat, non potest ab ea appellare, nec alio modo instaurare judicium, sive litem ex *d. l. properandum*: atque ita damnum litis patitur ex parte aliqua is, secundum quem lis data est. Ex quo patet nos appellare posse a sententia pro nobis dicta, si in plenum non satisfaciat, nisi contumacibus nobis dicta sit: semper excipitur is, qui restituitur in integrum, quia absens fuit ex justa causa: Nam contumax non est, qui caret dolo: Et ita est proditum in *l. prætor ait, ff. de minorib.* B etiam majoribus 25. annis dari restitutionem eremodicii, mortuæ & desertæ litis, si doceant se ex juxta causa abfuisse, quod etiam ostendit *l. pen. h. tit. l. 1. sup. ex quib. caus. majores, l. 4. sup. de proc.* Semper etiam excipio minorem 25. annis, vel absentem Reip. causa, quia adversus eos nec edictum peremptorium, licet in notitiam eorum pervenerit, nec ulla alia sententia adversus illos valet, id est ipso jure nulla est, ipso jure muniti sunt: alii indigent restitutione eremodicii, & restit. in integrum, hi non indigent, videlicet cum absentes, & indefensi fuerunt, *ut l. 6. h. tit. l. acta, §. ult. l. contra, ff. de re jud.* Ergo apparet, duos esse casus, quibus absente parte jure ferri sententia potest, si post litem inchoatam absit per contumaciam, vel etiam citra contumaciam. Sed hoc posteriori casu sententia appellatione rescindi potest, non C autem priori: alias ita constituamus: secundum regulam initio propositam, in absentem, & indefensum, qui litem non inchoavit, latam sententiam nullius esse momenti, *l. certum, §. si quis, ff. de confessis*, ita ille locus est accipiendus, id est, de absente, qui nunquam comparuit in judicio. Item in eum, qui litem inchoavit, non per contumaciam absentem, dicta sententia, quasi contra contumacem, etiam ipso jure nullius momenti est, & sine appellatione irrita constituitur, ut si quis damnatus sit ex edicto peremptorio, quod nec propositum est, ut de plano recte legi posset, nec in notitiam ejus pervenerit, & ita loquitur *l. 1. §. item cum, D. quæ sentent. sine appell.* Satis est, si edictum peremptorium publice fuerit propositum, ut videatur absens esse contumax, licet in ejus notitiam non venerit, quia nemo potest causari igno- D rantiam ejus, quod publice proponitur, *l. sed etsi, §. proscriptum, ff. de inst. act.* Satis etiam est, si edictum peremptorium in ejus notitiam pervenerit, licet publice propositum non sit: Nam literæ, vel denuntiationes sufficiunt, ut dixi. Denique satis est, si quoquo modo conventus sit, conventio non fit nisi in personam, *l. de unoquoque, in fin. de re jud.* Alioqui non conventus ignarus est, aut esse potest edicti peremptorii, vel cui nihil denuntiatum est, si condemnetur ut contumax, sententia ipso jure nulla esset, quia non est contumax: Contumacia cadit tantum in scientem, non in ignorantem, *l. 3. 4. 5. 6. 7. h. t.* Et observandum in *l. 4.* vulgo legi *absente, vel ignorante*, cum recte omnes libri veteres habeant *absente, & ignorante*, ut in *l. 3. absentibus, & ignorantibus*. Et notandum est, in illo *l. 4.* duplex esse vitium, quod sen- E tentiam facit ipso jure nullam, quia dicta est die feriato, & quia quasi in contumacem, qui non erat contumax: ignorans enim vocationem non fuit contumax. Alterutrum vitium sufficeret: & ita duplex vitium potest constitui in specie *l. 3.* quod judex alio loco sententiam dixerit, & quod dixerit in absentem qua contumacem, qui non erat contumax. Et ita in specie *l. 3.* proponitur, dictam sententiam in ignorantem, absentem, & indefensum, ignorantem videlicet edictum peremptorium, & nullam esse hanc sententiam ipso jure, si damnatus sit quasi ex edicto peremptorio, quod ignoravit. Sed tamen, ut proponitur, sustinetur sententia ex consensu ejus, si ei adsensum accommodaverit, sicut testamentum ipso jure nullum, sustinetur ex consensu filii præteriti,

riti, *l.filium, ff.de inj.rupt.* Et irriti codicilli conſenſu heredis, *l.cum quaſi, §.ult.D.de fideicom.lib.* Sic ſententia ipſo jure nulla conſenſu ejus, cujus intereſt, ſi querelam non detulit, puta dicendo ſententiam ipſo jure nullam: ſic eſt explicanda *l.3.* non dicit, ſi non appellavit, quia fruſtra appellatur a ſententia ipſo jure nulla; ſed ſi querelam non detulit: aliud eſt querela, aliud appellatio, *l.ſi nominatus*, C.*Theod. de appell.* De qualibet ſententia queri licet, non etiam appellare. Et ita, ut concludamus, in hoc titulo oſtenditur quomodo abſente una parte ſententia ferri poſſit, nempe ſervata juris ſolemnitate, ut ait *l.8. h.t.* peracto ordine edictorum, ut ait *lex ſi prætor, ff.de judic.* Item quando, id eſt, quibus caſibus abſente una parte ſententia ferri poſſit, & quibus non niſi utraque parte præſente.

AD TITULUM XLIV.

DE SENTENTIIS EX PERICULO RECITANDIS.

IN titulo ſuperiori propoſitus eſt unus caſus, quo ſententia ipſo jure nulla eſt, & ſine appellatione reſcinditur, ita ut ex integro cauſa agi poſſit, & judicari, puta, ſi ſententia dicta ſit adverſus eum, qui poſt litem conteſtatam abeſſe cœpit, quaſi adverſus contumacem, ex edicto peremptorio, quod tamen nec propoſitum erat, nec in notitiam pervenerat. In hoc tit. proponitur alius caſus, quo ſententia ſit dicta memoriter, ſine ſcripto, ſi dicta ſit, non lecta: Nam judex, ſive ſit magiſtratus, ut in *l.3. h.t.* ſive ſit judex, vel arbiter datus a magiſtratu, ut in *l.1.* debet ſententiam ſuam ſcriptam, & manu ſua obſignatam, ut eſt in Novella Leonis 45. habita deliberatione, perpenſo, maturoque judicio, quod etiam hodie ſolet exprimi in ſententiis, maturo conſilio rem fuiſſe perpenſam: Ita, inquam, judex debet ſententiam ſuam per ſe ipſum ex libello, ex ſcripto publice partibus legere & recitare: Alioquin ſententia, quæ ſine ſcripto lata eſt, ne ſententia quidem nominari debet, & ſine appellatione reſcinditur, *l.3. h.t.* Nam cum dicimus aliquam ſententiam ipſo jure nullam eſſe, ex eo tria ſequuntur, nec nomine ſententiæ dignam eſſe, & ex integro cauſam agi poſſe, & ad reſcindendam illam ſententiam non requiri appellationem: ipſo enim jure reſcindi. Dixi eum debere publice ſententiam ſuam legere, vel recitare. Nam ſi vel ſententia non ſit publice lecta, ſed in ſecreto loco, ἀνεμφανίστως, & non præſente officio, i. non præſentibus officialibus judicis, hoc ſolo ſententia eſt ipſo jure nulla, *l.6. t.ſeq.* Dixi præterea per ſemetipſum judicium debere ex ſcripto ſententiam ſuam recitare litigatoribus: ſed excipiendi ſunt præfecti prætorio propter culmen dignitatis, & quicumque habent illuſtrem adminiſtrationem in Repub. ut præfecti urbi, quæſtores ſacri Palatii, magiſtri militum, & ceteri illuſtres judices, qui ſcilicet in Repub. nulla adminiſtratione funguntur, *ut ait l.* 2. ſed tantum ſunt illuſtres, & judices forte delegati a principe ad ſpeciem litis aliquam, & uno verbo illuſtres viri, non ſpectabiles, non clariſſimi: & multo minus pedanei judices poſſunt ſententias ſuas recitare per ſuum officium, inquit *l.2.* id eſt, per officialem, vel inquit, per eos, qui ſuum miniſterium eis accommodant, veluti per præconem. *Apulejus 1. Floridorum, præconis vox garrula*, inquit, *miniſterium eſt proconſulis.* Et ideo præco dicitur vox *legum*, *Novell.* 20. ut Julianus interpretatur, *& vox judicis*, apud D.Auguſt. 3. *de Trinitate*, & 16. *ſermone de verbo Domini in Matthæum*. Quin etiam, quod non additur in *hac l.2.* Illuſtres perſonæ ſine ſcripto ſententias ſuas proferre poſſunt: Caſſiodorus de præfect. prætorio, *verbo ſententiam dicit*. Et ſequitur: *Quid eſt, quod non habeat commiſſum, cujus eſt, vel ipſe ſermo judicium*: alterius judicis ſermo non eſt judicium, ſed ſcriptura tantum eſt judicium, ultimum ſcilicet, id eſt, ſententia.

Præterea additur in *l.2.* recitatam ex ſcripto ſemel ſententiam, judicem nec corrigere, nec mutare poſſe, quia perfunctus eſt ſuo officio, ſententiam ſuam revocare non poſſe, *l. 1. in fin. ff. de quæſtion.* etiam ſi male judicaverit, quia in ea re deſiit eſſe judex, de qua pronuntiavit, *l. judex, de re judic.* Et ſi dicas, *male judicavi*, reſpondebo, *at judicaſti*. At rurſus ſi dicas, *non debui*: dicam, *at potuiſti*. Et publice intereſt ne revocentur ſententiæ ſemel prolatæ, niſi legitimo remedio, veluti per appellationem, vel ſupplicationem, *l. ſervo, §. cum Prætor, ad Trebell.* Exactio quidem ex ſententia poteſt propter inopiam rei remitti, *l. 6. §. ult. ff. de offic. præſid.* qui dixit mulctam alicui, propter ejus inopiam poſtea remittere poteſt, id eſt, remittere exactionem mulctæ, non mulctam, quæ ſemel dicta eſt. Plinius 4. Epiſtol. *Prætor ſenatori mulctam dixit: egit ille cauſam ſuam in Senatu, egit autem ſic, ut deprecaretur*, id eſt, ut peteret remitti mulctam, *remiſſa mulcta eſt, at ipſa ſententia non poteſt corrigi, nec mutari*. Et ſi quid corrigatur, aut mutetur, id ipſo jure nullum eſt, *l. 1. in fine, inf. ſententiam reſcindi non poſſe.* Seneca in declamation. & controverſ. *judex*, inquit, *quam tulit de reo tabellam, revocare non poteſt: quæſitor non mutat pronuntiationem*. Apulejus 1. Floridorum: *Tabella ſemel lecta, nec augeri uno verbo, nec minui poteſt*, & hoc quidem diſtat ſententia ab interlocutione: Nam interlocutio judicis mutari, corrigi poteſt, *l. quod juſſit, de re jud.* Item interlocutio judicis ſcripturam non exigit, *l. omnem*, C. *Thod. de appellat.* Item a ſententia appellatur: ab interlocutione judicis jure civili non appellatur, jure canonico appellatur, quo utimur hac in re.

Quod autem ait *l.* 2. ex libello ferendam eſſe ſententiam, *l.* 4. C. *Theod. eod. & d. l. omnem*, & D. Auguſtinus *in ſermone de ſancto Cypriano*, quod item ait *l.3:* de ſcripti recitatione, ferendam eſſe ſententiam: quod in paſſione ſancti Cypriani, latam eſſe ſententiam damnationis ex tabella, *& apud Tertul. Apologet. cap. 2. d. l. 3. in hac rub.* & in *l.* 2. C. *Theod. eod. eſt ex periculo*. Ergo ex periculo ſententiam recitare, eſt recitare ex libello, ex tabella, ex ſcripto. Unde in notis juris civilis junctim leguntur ſcriptæ notæ D. P. D. L. id eſt, *de periculo, de libello*, quoniam utrumque idem poteſt. Et inſcite fecerunt Alciat. & alii, qui nomen *periculi*, mutarunt in nomen *breviculi*, ignorantes periculum ſignificare libellum, ſive tabellam, in quo ſententia perſcripta eſt, ut apud Æmilium Probum in Epaminonda: *Non recuſavit quo minus pœnam legis ſubiret, ſed unum a judicibus petiit, ut in ſuo periculo conſcriberent: Epaminondas a Thebanis morte mulctatus, quod eos coegit ſuperare Lacedæmonios*. Quod Probus *periculum* vocat, id Plutarchus in Apophtheg. & Ælianus 13. Hiſt. var. vocant στύλην, id eſt, ut ſermone utar Probi, *Pilam lapideam*, in qua conſcribitur ſententia judicum, ut innoteſcat præſentibus, & poſteris, *Pilam lapideam*, vocat in Alcibiade: & ita proſcriptus a Græcis dicitur στύλιτης, & legitur etiam in fœdere inter Allariotas, & Parios, quod etiam hodie exſtat in Creta inſula, ſcriptum lingua Dorica, ut id fœdus inſcribatur, εἰς στάλαν λιθίναν quod Attici, εἰς στύλην λίθινον. Legimus etiam apud Cicer. in 1. de LL. eum appellare parvum ſuum poema *de Mari*, parvum libellum, periculum: *faciunt*, inquit, *imperite, qui in iſto periculo veritatem exigunt, tanquam a teſte, non tanquam a Poeta*, & idem 5. in Verrem loquens de ſcribis publicis ait, *iis committi tabulas publicas, & pericula Magiſtratuum*. Quo nomine puto ſignificari iis dari ſententias, damnationes, vel abſolutiones, & ratio nominis hæc eſt, quod ex ſententia ſemper periclitetur aliquis, aut reus, aut etiam judex, ſi male judicaverit, quod litem faciat ſuam. Et ita inſcriptionem accuſatoris in crimen, recte dixeris *periculum*, quod ex ea periclitetur accuſator ne fiat reus calumniæ. Neque tamen, quod quidam tentant, ita volo accipi periculi nomen in *l. vi facit, D. quod vi aut clam*, dum ait, *eum vi facere opus, qui prohibitus id facit, vel quo minus prohiberi poſſet, dedit operam, puta janua præcluſa, ſed ſubjicit: vel periculo adverſario denuntiante*, ſic eſt ſcriptum Florentiæ, vulgo: *periculum adverſario denuntiando*;

tiando: Sed ex Florentina scriptura apparet scribendum, & legendum, *periculo adversario denuntiato*: id est, adversario perterrefacto, comminatione mortis, aut verberum admota, si prohiberet opus fieri, ut non sit necesse periculum eo loco, pro libello accipere. Igitur retineamus veterem scripturam, quæ etiam est in *C.Theod. de sentent. ex periculo recitandis*.

AD TITULUM XLV.

DE SENTENTIIS, ET INTERLOCUTIONIBUS.

IN hoc tit. proponuntur alii casus, quibus sententia judicis ipso jure nulla est, qui & cum illis, qui ante propositi sunt, comprehenduntur generali definitione *l.4. h.tit.* Ut contra solitum ordinem judiciorum lata sententia nullam vim obtineat, ac ne sententiæ quidem nomen habere mereatur, *l.3. sup.tit.prox. Sententia igitur est decretum a judice interpositum servato ordine judiciorum, de summa, vel capitulo quodam litis, quod absolutionem rei continet, vel condemnationem certam actoris, aut rei.*

Dico esse decretum: omnis sententia est decretum, non tamen omne decretum est sententia, ut decretum, quo permittitur alienatio rerum minoris 25. ann. quo fit missio in possessionem. Hæc decreta non sunt sententiæ, quia neque absolutionem continent, neque condemnationem ullam. Decreti igitur nomen latius patet, quam sententiæ, & omnis tamen sententia decretum est. Et ita in *l. decreta, ff. de re jud.* Decreta a prætoribus Latine interponi debent, id est, sententiæ, vel quæ alia decreta. Et ne puguare videatur ea lex cum *l. 12. h.t.* quæ ait, *Judices tam Latina, quam Græca lingua sententiam ferre posse*, observandum est, *l. decreta* pertinere ad urbem, quia de prætoribus loquitur: hanc vero *l.12.* ad provincias, quia est inscripta ad proconsulem Asiæ, & judices igitur, id est, præsides Provinciarum, qui judices ordinarii dicuntur judices judicum in Novellis. Utraque lingua sententiam ferre possunt, secundum loci consuetudinem, vel Græca, vel Latina: at in urbe latina tantum lingua, ut etiam apud Svet. legimus, splendidum quendam virum, quod ignarus esset linguæ Latinæ D. Claudium erasisse albo judicum, imo & in peregrinitatem redegisse, adempta scilicet civitate Romana: forte lites, & sacra agi peregrina melius esset, quam nostra lingua: Nam si lites egeris vernacula lingua, fortassis sic eas longiores effeceris: si sacra, forte de eorum veneratione & majestate nimium detraxeris. Verum ad rem.

Dixi in definitione sententiæ, *de summa, vel capitulo quodam litis*, quod duxi ex *l. pen. hoc tit.* Græca a me luci reddita ex Basilicis. Ut si unius litis sint varia capitula, quod sententiam plenam esse oporteat, sive plenariam, ut constit. loquuntur, non ideo de omnibus capitulis simul judici ferendam esse sententiam, sed posse eum, si velit sigillatim de unoquoque capitulo ferre sententiam, *l. pen. sup. de reb. cred.* Sententia ergo jure fertur, vel de summa litis, vel de uno capitulo, una specie litis.

Desidero etiam in sententia *absolutionem, vel condemnationem*: Nec enim est sententia, nisi quæ absolvit, vel condemnat, quæ liberat, vel obligat, *l.3. hoc tit.* Ut si judex jubeat jurari de re, de qua agitur, & adjiciat quid dato, vel recusato jurejurando dari, fierive oporteat, sententia est, quia continet condemnationem ut dato, vel non dato jurejurando, sed recusato detur certum quid, fiatve. Et ita est accipienda definitiva sententia, quæ jusjurandum imponit in *l. 11. & 12. sup. de reb. cred.* videlicet, quæ habet subjectam ex jurejurando dato, vel recusato absolutionem, vel condemnationem, non quæ simpliciter jurari jubet: Nam simplex jussum præstandi jurisjurandi non est sententia, *l.11. h.tit.* quia neque condemnationem continet, neque absolutionem. Et ita quoque accipiendum, quod non observant vulgo, quod ait *l. 3. sup. de reb. cred.* per judicem inopia probationum jurejurando causa cognita rem decidi posse: quod utique fit, si indicat jusjurandum actori, aut reo, subjecta jurantis, aut non jurantis condemnatione, aut absolutione: alioquin non deciditur lis: sententia est finis & terminus litis, & si jubeat tantum jurari, nullum video terminum litis: cum dato jurejurando, vel recusato simul statuit quid dari, fierive oporteat, tum demum finem liti impositum video. Denique eam pronuntiationem esse sententiam definitivam. Et ad hæc requiro, ut sit absolutio, vel condemnatio certa. Et hoc est, quod dicitur in *l. 7. & 9. hoc tit. sententiam certis finibus concludi, aut sententiam non esse: sententiam certos fines, certas leges habere, non incertas, aut suspensas, concludi certa decisione litis, certa & plena pronuntiatione, certa quantitate, vel re*, ut tit. seq.

Prætera dixi in definitione, sententiam continere condemnationem actoris, aut rei propter *l. cum Pap. hoc tit.* quæ est singularis propter sententiam Papiniani, quæ alibi non exstat. In ea l. proposita sententia Papiniani hæc fuit, ut licet in formula actionis sit scriptum, ut judex reum condemnet, quod olim præscribi solebat his verbis, *Si paret L. Titium Sejo debere* 100. *ex causa legati, condemna eum judex*, quales formulas proponit frequentissime Theophilitzes noster. Ergo licet ita concepta sit formula actionis, tamen si in ea ipsa lite, quam intendit actor, deprehendat judex actorem reo debere, non etiam reum actori, nihilominus poterit actorem judex condemnare. Quam sententiam Papiniani Justinianus non tantum probat, sed etiam ampliat, ut etiam locum habeat, etiamsi forum rei, quod actor sequi cogitur, actori sit incongruum & incompetens: Nam & in eo foro poterit actor condemnari de ea ipsa re de qua egit, ut demonstrant in ea *l.* hæc verba, *in eodem negotio*: id est, in eadem lite: quæ verba demonstrant aperte, ut Albericus notavit, eam leg. nihil pertinere ad mutuas petitiones, id est, conventiones, & reconventiones, ad quas tamen omnes eam legem referunt: & consequenter male ei legi subjiciunt Novellam, quæ est *de mutuis petitionibus*.

Quod autem dixi in definitione, servato ordine judiciorum, multa complectitur, ut judex sententiam publice dicat, *l. 6. hoc tit.* non abdito loco, non secreto, & ut habuimus titulo superiori, *ut publice recitet sententiam partibus ex periculo*, id est, ex scripto. Omnis sententia est *periculum*, quia fertur scripto, non verbis. Scripturæ cujusque sunt pericula, quia exstant, non etiam verba, & voces quæcunque volant, quæ nos emisisse inficiari possumus, vel aliter interpretari: quodcumque fit ex scripto, fit ex periculo. Et inde periculum accipitur pro libello, ut ostendi supra tit. prox. ex probis auctoribus. Item, ut ne quid omittamus ex iis, quæ proponuntur in hoc tit. illa verba, *servato ordine judiciorum*, hoc etiam exigunt, quod est in *l. 13.* ut legibus judex judicet, non exemplis rerum judicatarum, quod dictum vulgo circumfertur, & indiget interpretatione. Si quid Princeps ipse judicavit, aut præfectus prætorio, aut major magistratus: Judex in re simili non tam spectare debet quid in pari causa judex, vel major magistratus judicarit, a quibus sæpe per obreptionem eliciuntur iniquæ sententiæ, sed quid legibus, & æquitati conveniens sit. Ideo non semper est idoneum argumentum, quod ducitur a rebus judicatis in pari causa. Rerum quidem perpetuo similiter judicatarum auctoritas vim legis obtinet; Nam consuetudo est lex, *l. nam Imperat. D. de leg.* at exempla rerum aliquoties judicatarum, licet moveant nos aliquantulum, ut *l. cum de in rem verso, D. de usur. l. nonnunquam, D. ad Trebell. l. 1. §. eodem autem tecto, D. ad Senatusc. Syllan. l. 1. §. si coheredis, D. ad leg. Falc.* tamen his exemplis judices non alligantur, quod non debeant apud eos ea exempla antiquiora esse legibus. Et ita recte Cyprianus scribens de jurisperitis in lib. de singularitate clericorum: *callidi argumentatores*, inquit, *& Jurisperiti fallaces, dum cupiunt prævaricari, controversias, actionesque causa-*

rum

rum etiam re ipſa jura tranſvertunt , & cum nolunt coerceri competentibus juſſionibus legum , ad illudendos judices inconvenientibus exemplis , veluti ſimiles juris conjecturas objiciunt . Recte inconvenientibus: Nam vix ulla exempla per omnia conveniunt , vix ulla ſunt , quæ non claudicent , ut merito dicat *l.*13. *Non judicandum eſſe , quod alius major magiſtratus ita judicavit , ſed quod ita exigat ordo judiciorum* , qui dicitur jus, & mos judiciorum in jure noſtro. Et ad hunc ordinem judiciorum etiam pertinet, quod colligitur ex *l.*1. *hoc tit. ut ſi lis inchoata ſit, & conteſtata per procuratorem , condemnatio fiat in procuratore , qui litem conteſtatus eſt , non in dominum litis , qui litem conteſtatus non eſt*: Et ita Martin. & Azo accipiunt recte *l.*1. Nam condemnato procuratore, tametſi actio judicati detur in dominum litis, *l.*4. *C. de re jud.* Optima ratione: nam quid eſt actio judicati? *Eſt executio rei jud.* quam æquius eſt fieri in bonis domini litis, cujus nomine lis acta eſt , quam in bonis procuratoris , ne ei ſuum officium ſit damnoſum, licet ipſe procurator damnatus ſit, qui utique nihilominus condemnandus eſt ſemper, id eſt , concipienda eſt condemnatio in perſonam procuratoris , non domini . *Et cur malunt quidam litigare per procuratorem* ? Niſi ut ſi forte judici videantur non habere bonam cauſam , nomina eorum condemnationi non inſerantur , ſed nomen procuratoris ; qua arte etiam evitant infamiam , ſi actio ſit famoſa . Excipitur ſemper cauſa criminalis, quæ agi per procuratorem poteſt, licet regulariter agi non poſſit, ſed quandoque, ut crimen injuriarum per procuratorem poteſt exequi , vel accuſando, vel defendendo: ſed etiam ſi litem conteſtatus ſit procurator, qui crimen non admiſit, non erit condemnandus , ſed ipſe dominus litis , qui crimen commiſit, *l. ult. inf. de injur.* Excepto ſcilicet hoc caſu, ſi lis ſit conteſtata in procuratorem , & condemnatio facienda eſt in procuratorem, non in dominum litis, alioquin pronutiatio judicis nulla eſt, *l.*1. *h. t.* Nec huic l. obſtat *l. nihil*, *ſup. de proc.* Nam quod ait, nihil referre procurator detur ante litem conteſtatam, vel poſt, id eo pertinet, ut intelligatur, recte utroque tempore procuratorem dari, non etiam ut Martinus infert, auctor hujus opinionis , ut procurator datus poſt litem conteſtatam cum domino litis perinde condemnetur , atque ſi datus fuiſſet ante litem conteſtatam. Hoc non vult *d. lex nihil* : nam ſemper in eum facienda eſt condemnatio, qui litem conteſtatus eſt , qui judicium accepit , ſive ſit procurator , ſive dominus litis. Nihil etiam obſtat Martini ſententiæ *l. liberto, in fi. D. de neg. geſt.* in qua aperte , ut ex anterioribus apparet, amicus ab initio defendit cauſam abſentis, & nomine ejus litem conteſtatus eſt, ideoque damnatus culpatur, ſi non appellaverit, cum ipſe ab initio litem ſuſceperit , qui ſi poſt litem conteſtatam a domino, eo abſente cauſas allegaret abſentiæ ejus , non culparetur ob omiſſam appellationem , quia nec appellari poteſt a ſententia dicta in deſertorem litis, id eſt, qui poſt litem conteſtatam contumaciter abeſſe cœpit . Nihil etiam obſtat *l. ſi quis cum procur.* vel *l. licet*, *§. pen. D. de proc.* Nam ut breve faciam , in *l. licet*, *§. pen.* non dicitur procuratorem condemnatum interveniſſe poſt litem conteſtatam: Unde ponendum juri convenienter procuratorem litem inchoaſſe. Et præterea in *l. ſi quis cum proc.* dominus litis dicitur , quod verbum calumniantur Bulg. & Joannes auctores diverſæ ſententiæ. *Dominus litis*, etiam recte dicitur is, qui litem conteſtatus non eſt , quia res ad eum pertinet , & ad eum redit, ſive ei, ſive in procuratorem ejus dicta ſit ſententia: nam actio judicati datur domino litis , & in dominum litis. Denique ut lis, id eſt, res in judicium deducta ad eum pertinet, ita & ad eum judicati omne commodum, & incommodum redit: Nec dicitur minus dominus litis, qui litem conteſtatus non eſt, qui non conteſtatus eſt. Poſtremo ad ordinem judiciorum ſpectat, *ne quis de eadem re iterum judicet* , ne quis contraria ſententia, ſuam, vel anteceſſoris ſententiam retractet, alioquin ſuæ , vel anteceſſoris contraria ſententia nul-

A lam vim obtinet, *l.*9. *hoc tit. l.*1. *inf. ſent. reſcind. non poſſ.* Itaque de eadem re, de qua quis judicavit , non poteſt iterum judicare , nec ſucceſſor de re , quam judicavit anteceſſor, quia idem eſt forum, ſella eadem, tribunal idem, judicium idem, etiamſi mutatus ſit judex. Et recte dico de eadem re: nam qui judicavit de poſſeſſione , non prohibetur judicare de proprietate , *d. l.*9. & *l.*3. *inf. ſi a non comp. jud.* quia alia res eſt: nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione , *l. & an eadem* , *§. ult. D. de except. rei jud. l. naturaliter*, *§. nihil commune*, *de adq. poſſ.* Loquor etiam de ſententia, ut qui ſemel ſententiam tulerit de aliqua re , non poſſit de eadem re iterum ferre ſententiam. Loquor igitur de ſententia definitiva : nam interlocutio retractari, corrigi, & commutari poteſt ſubinde , quia , ut ait *d. l.*9. interlocutio plerum-

B que rem non perimit, ſi perimeret, eſſet ſententia, non interlocutio. Quod ait *plerunque*, an ideo ſignificat interlocutoriam ſententiam , aliquando rem perimere , rem finire ? Minime vero, quia nulla interlocutio hoc per ſe efficit, nulla per ſe rem perimit, ſed per accidens ut *in l.*1. *interlocutio*, *inf. commination. epiſtol. prog.* ſic interloquitur judex, *niſi quod Cajo Sejo debes , ſolveris , duplum præſtabis*: quia hæc interlocutio non continet condemnationem certam rei in judicium principaliter deducta , ideo non perimit rem , ſed efficere poteſt , ut poſtquam judex ita comminatus eſt , metu pœnæ adverſarius adquieſcat interlocutioni : atque ita per accidens, non per ſe plerumque interlocutio perimit actionem. *Interlocutio eſt præceptum a judice interpoſitum , quod ad cauſæ finiendæ præparationem ſpectat*, ut in *l. qualem*, *§.*

C *dicere*, *D. de receptis arb.* Dicitur *interlocutio etiam juſſum, vel præceptum*, *vel præjudicium*, & improprie ſententia, *l. ult. hoc tit.* Dicitur etiam *articulus cauſæ*. Nam *in l.*5. *inf. quor. appell. non recip.* quod eſt articulus, id Græcis eſt διαλαλιά, id eſt, interlocutio , non ψῆφος . Igitur aliud eſt ſententia, aliud interlocutio, vel juſſum, vel præceptum, vel præjudicium, quod ſcilicet præcedit definitionem litis, vel ſuaſio judicis. Et huc proprie accommodari debet *lex* 7. *hoc tit.* quæ hoc vult, ut ſi cum ageretur ex ſtipulatu inter propinquos , judex ſuaſerit propinquis, *ut de re transfigerent , & paciſcerentur* , quæ eſt ſuaſio honeſtiſſima litigantibus propinquis. Ea vox judicis, ſive interlocutio an perimat litem , dum ſuadet aut jubet? Nam *jubere* non eſt verbum directum , ſed magis precarium, ut eſt *in Panegyrico Plinii*, licet tran-

D ſigendo perimatur lis, tamen hæc vox judicis non perimit litem, & ut ait, obligatio ex ſtipulatione certo modo perimitur , puta acceptilatione , non etiam interlocutione judicis . Interlocutio judicis non eſt legitimus modus perimendæ litis, tollendæ obligationis. *Et ita* , ait, *vocem judicis paciſci ſuadentis, perimere litem non poſſe, licet hoc ſuadeat, ut propinqui litem perimant tranſactione.* Unde ita concludamus, interlocutionem judicis non habere vim ſtipulationis, *l.*1. *inf. comminat. epiſt.* non habere etiam vim acceptilationis, *l.*7. *hoc tit.* ſicut nec vim ſtipulationis. At ſententia judicis habet vim ſtipulationis, & acceptilationis, quia civilem obligationem parit, vel tollit, *l. Julianus*, *D. de condit. indeb.* quæ differentia maxime notanda eſt inter ſententiam, & interlocutionem.

E Ad L. II. Si arbiter datus *a magiſtratibus*, *cum ſententiam dixit in libertate morabatur*, *quamvis poſtea in ſervitutem depulſus ſit*, *ſententia tamen ab eo dicta habet rei judicatæ auctoritatem.*

NOtandum eſt ex *l.*2. a ſervo, quem magiſtratus judicem dedit certæ rei, vel cauſæ, ſententiam latam non infirmari , licet poſtea appareat eum fuiſſe ſervum. Cauſa dubitandi hæc fuit, quia revera non fuit judex. Certum eſt judicem eſſe oportere, ut ejus quoque ſententia valeat ; ſed quia ſervitus ei obſtitit, quo minus judex fieret, *l. cum prætor*, *§. pen. D. de judic.* ideo dubitatur , an ſententia ab eo lata rei judicatæ habeat auctoritatem. Et licet ſubtili jure nullam vim habeat,

beat, quia a non judice lata est: nec enim servus potest esse judex: tamen humanius est eam sententiam approbare, & tueri, propter utilitatem eorum, qui apud eum, tanquam legitimum judicem (quod vulgo existimaretur esse liber ab omnibus) lege, aut legitimo judicio egerunt, ut quod ad litigatores attinet, plus sit, quod est in existimatione, quam sit in re: quantum ad ipsum vero plus sit, quod est in re, quam quod est in existimatione, id est, plus valeat, quod est in veritate, quam quod est in opinione hominum: Nec enim quod judex datus sit, cum existimaretur esse liber, ideo fit liber, *l. non mutat, supra, de lib. caus.* Et ita explicanda est *l.2.* & similiter, cujus eadem est ratio *l. Barbarius, D. de offic. prætor.* si servum, qui cum se pro libero geret, vulgo existimaretur esse liber, princeps, aut populus prætorem designavit, ignorans conditionem ejus: Nam si dicamus eum prætorem fuisse, quem postea apparuit fuisse servum, si dicamus eum vera prætura functum, quod Pomponius dixit, ut refert *d. l.* si inquam, dicamus eum Prætorem fuisse, veramque præturam gessisse, ut Pomponius, certo certius erit, *Omnia, quæ in prætura gessit, edixit, decrevit, esse rata*, & nullus erit labor in hac specie: At si prætor non fuit, quem postea apparuit servum esse, si falsam præturam gessit, ut Ulpianus tentat in *dict. l. Barbarius*, dum ait: *Et tamen videamus, si servus quamdiu latuit, non dignitate prætoria functus sit, quid dicemus, quæ decrevit, an nullius momenti sint?* In Florent. ita est scriptum: *Et tamen videamus, si servus quamdiu latuit, in dignitate prætoria functus*. Evidens mendum est in illo *in*, vel *ni*, & pro eo reponenda est negatio, *si servus quamdiu latuit, non dignitate prætoria functus sit*, ut hæc sit quæstio, hoc posito, Barbarium fuisse falsa prætura functum, an valeant ea, quæ apud eum acta sunt? & sane verius est, quod ita ponitur, eum falsam præturam gessisse, *ut Marcus Perpenna*, qui cum esset peregrinus pro cive Romano obrepserat ad honorem consulatus errore populi. Valerius Maxim. *lib.3. cap.4.* scripsit falsum fuisse consulatum, ac caliginis simile imperium, & adumbratum nomen Marci Perpennæ, quod ille sibi adrogavit, & adfixit: ut Barbarii Philippi etiam fuisse adumbratum nomen constat ex Suida, dum ait, agnito a domino suo scribit dominum reddidisse antiquum, & servile nomen, verum nomen, non Barbarii Philippi. Si igitur Barbarius falsam præturam gessit, non veram, si, quod idem est, prætor non fuit, non abs re dubitatur, an teneant, quæ is interim edixit, & decrevit inter aliquos? Et humanius esse ait *l. Barbarius*, ut teneant propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt, licet postea appareat servus, atque ita simul appareat prætor non fuisse. Hoc utilitas exigit litigantium, quod iniquum sit eos circumscribi. Huic definitioni obstat *l. nulla competit, D. qui & a quibus manum.* quæ ait, nullam competere libertatem datam ab eo, qui postea servus pronuntiatus est: & valere tamen dicimus acta, quæ apud eum facta sunt tanquam judicem, qui postea servus apparuit. Et ait illa lex, nulla competit libertas: male Accursius legit sine negatione, ut constat ex Florent. id est, neque civitas Romana, nec Latina libertas: nam & peregrinus, licet liber sit, manumittendo, neque civem Romanum facit, neque Latinum, ut ex Octaveno JC. relatum est in fragmentis JC. Quia lex Junia, quæ Latinorum genus induxit, non pertinet ad peregrinos, sed peregrinus manumittendo peregrinum facit. Plinius in epist. ad Trajanum: *manumissus a peregrino, peregrinæ conditionis est*. Nemo potest plus juris in alterum transferre, quam ipse habet. Servus liberum facere nullo modo potest, quemadmodum nec peregrinus civem. Nemo potest dare alteri, quod ipse non habet. Obstat etiam ei definitioni, quod argumento ex contrario colligitur ex *l.1. sup. de testam.* nullum esse testamentum, quod obsignavit is, qui postea servus pronuntiatus est: Nam ita demum ait ratum esse testamentum, si testes, qui testamentum obsignaverunt omnium consensu liberorum loco habiti sint, nec eis hucusque quisquam moverit controversiam status. Ergo ex contrario, si quis cui ex signatoribus moverit controversiam status, & probaverit non esse liberum, non valet testamentum, quod in eo non sint adhibiti classici testes, & idonei: classici testes vocantur proprie testamentarii. His, ut respondeam, dico, separanda esse ea, quæ quis per se solus gessit auctoritate sua, ut si manumisit, si testamentum fecit, ab iis, quæ gessit auctoritate publica, puta populi, aut principis, ut si princeps, aut populus eum prætorem fecerit; quæ gessit per se solus auctoritate sua, ut si manumisit, si testamentum fecit, rata hæc non sunt, si postea servus apparuit, si in servitutem depulsus sit, in qua fuerat ante dum manumisit, dum testamentum fecit, dum adhibitus testamento signator est: at quæ gessit auctoritate principis, aut populi, ut si a principe, aut populo designatus fuerit prætor per errorem, etiamsi revera non fuerit prætor, tamen ea rata sunt: Nam sicut dicitur judicium infantis suppleri auctoritate tutoris, *l. quamvis, §. infans, D. de adquir. possess.* Ita quod defuit judicio Barbarii servi fugitivi, suppletur auctoritate principis, vel populi, qui eum prætorem fecit, vel otii causa, utilitatis causa, ne quod actum est semel, rescindatur in fraudem eorum, qui apud eum egerunt, ne retractetur: ut M. Tullius 16. ad Atticum scribit, *de actis Cæsaris, ea acta confirmare velle, non tantum eos, quorum interest, sed etiam eos, qui ea non probant otii causa, ne quid novi moveatur*. Et plurimum hac in re facere auctoritatem principis, aut populi *lex Barbarius* ostendit, quod princeps, aut populus servum potuerit designare prætorem: & utique si sciens servum esse eum populus, vel princeps prætorem designasset, tacite videretur ei dedisse libertatem, quod apertius scriptum est in Basilicis ad *l. Barbarius*, his verbis ει δέ ὁ βασιλεὺς γινώσκων ἀυτον δῦλον, ψηφίσηται πραίτωρα, ἐλευθερῦται, id est, *Sed si princeps sciens eum servum esse, prætorem designaverit, liber fit*: delatio præturæ manumissio est, & reddendum erit pretium domino ex ærario, ut diximus *sup. tit.* 13. Et ita est intelligendum, quod ait *d. l. Barbarius*: *Sed etsi scivisset servum esse, liberum effecisset*, id est, ex sola designatione præturæ, tacito intellectu liberum eum effecisset. At quia populus ignoravit conditionem ejus servilem, non intelligitur factus liber, nec proinde prætor, sed tamen acta confirmantur propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt, & auctoritatem publicam, quia nixus obrepsit ad præturam. Et hoc multo magis ea lex ait esse observandum in principe, ut scilicet, quem sciens princeps servum prætorem fecerit, eum intelligatur perduxisse ad libertatem, quia beneficia Principum sunt quam plenissime interpretanda, ut ait *l. beneficia, D. de constit. Princip.* & non idem dicitur de rogatione populi: at nuda voluntas Principis liberum facit, tacita voluntas, *l. apud eum, in fi. D. de manumiss.*

Ad L. V. Cum eorum, qui principaliter *fisco tenebantur, bona ea lege fidejussoribus procurator tradi jusserit, ut ipsi indemnitatem fisco præstarent, nec a sententia ejus intercesserit provocatio: consequens est datæ formæ obtemperari.*

NOtandum præterea ex *l.5.* procuratorem Cæsaris, apud quem fuerat conventus debitor fisci (qui quidem fiscus semper habet tacitam hypothecam in bonis sui debitoris) eum ita sententiam tulisse, *ut bona debitoris fisci traderentur fidejussori ejus ea lege, ut fidejussor fisco immunitatem præstaret*; quæritur, an valeat sententia? Dubitandi causa est, quia non expressit certam quantitatem, sed dixit generaliter, ut fidejussor indemnem fiscum servaret: hæc tamen dubitatio removetur *l.2. tit. seq.* quod si de certa quantitate actum sit, eam ipsam quantitatem judex in sententia exprimere videatur, dum jubet indemnitatem præstari. Sed est etiam alia causa dubitandi in *d. l.5.* quia licet ante Justinia-

stinianum *Novel.* 4. fuerit in electione privati creditoris prius convenire principalem debitorem, vel fidejussorem, tamen ea electio nunquam fuit data fisco: debuit fiscus convenire, & excutere debitorem principalem prius, quam fidejussorem ejus, *l.* 1. *inf. de conven. fisc. debitorib. lib.* 10. *Et l. Moschis, de jur. fisc.* Moschis est nomen muliebre, ut apud Afranium, *ubi hæc Moschis, quæso habitet meretrix Neapolitis?* & in antiqua inscriptione: *Heic sita est illa pia, frugi, casta, pudica Sempronia Moschis, cui pro meritis gratia a conjunge relata est*, & potissimum ea lex Moschis docet, a fisco non posse conveniri fidejussorem debitoris sui ante excussum debitorem principalem: & tamen in specie *l.*5. prius videtur conveniri fidejussor, dum misso debitore, jubetur fidejussor debitoris indemnitatem fisco præstare. Ergo videtur justa non esse sententia. Quod assumpsi negandum est: Nam sane prius fuit conventus debitor principalis, quod apparet ex bonis debitoris translatis in fidejussorem jure hypothecæ tacitæ, ea lege, ut fidejussor solvat fisco, quod ei debetur.

Ad L.VIII. Libera quidem Theodora, *quam ex emptionis causa, vel in solutum creditori traditam proponis pronuntiata: citra provocationis auxilium sententia rescindi non potest. Verum si mota quæstione, præmissa denuntiatione ei, qui auctor hujusmodi mulieris fuit, judicatum processit: quanti tua interest empti si emisti: vel ob debitum reddendum, si in solutum data est, repetere non prohiberis.*

PRæterea notandum ex lege octava, quæ rectius fuisset posita sub titulo de evictionibus cum *l. si cum quæstio, & l. seq.* quæ idem volunt, quod hæc *l.*8. quæ potissimum est de evict. Notandum, inquam, est, mulierem esse venditam, tanquam ancillam, & traditam, vel etiam fuisse datam in solutum creditori, quæ in solutum datio imitatur venditionem, *l.*4. *inf. de evict.* Et ideo non tantum venditor tenetur emptori de evictione, si forte emptori jure, judicioque res evincatur, sed etiam is, qui in solutum dedit, quia quasi venditor est. Porro ea mulier postea libera pronuntiata est: non quærit, an valeat sententia, ergo non pertinet hæc lex ad hunc titulum de sententiis, &c. Sed quærit an emptor, cui evicta est mulier, vel an is, cui data erat in solutum, regressum habeat adversus eum, qui ei eam mulierem tradidit ut ancillam; Et ait, quod si ille, qui mulierem accepit ex causa emptionis, vel solutionis, laudaverit auctorem suum, *s'il a appelle pour son garant*, si ei denuntiavit, ut liti motæ adsisteret, & res evicta sit, eum in venditorem habere actionem ex empto in id, quod interest evictionis nomine, vel creditorem habere actionem creditæ pecuniæ sui crediti repetendi causa. Quod potissimum cum statuit, atque solum hæc *l.*8. manifestum est eam potius pertinere ad titulum de evictionibus.

Ad L.X. Nulli, qui statuendi *non habet facultatem, interdicere patria cuiquam permittitur.*

POstremo notandum ex *l.* 10. cum ait, *Nulli qui statuendi, &c.* Ut major sit causa dubitandi, ponendum esse legem loqui non de judice dato, vel delegato, qui cognitionem tantum habet, non jurisdictionem, sed loqui etiam de magistratu, qui merum imperium non habet, id est, qui coercitionem non habet, qui statuendæ pœnæ, vel indicendæ jus non habet, ut hic nec patria quidem interdicere possit, puta magistratus municipalis, ut interdicere patria nemini possit, qui etiam mulctam dicere non potest: nam hi tantum mulctam dicere possunt, qui sunt ordinarii judices, *l. aliud*, §. *pen. ff. de verb. sign.* quibus publice judicium est, id est, qui ordinarii sunt judices, nec possunt etiam pœnam infligere, & recte Haloander in hac *l.*10. scripsit, *interdicere patriæ*, ut omnes veteres codices habent, non *patriam*, ut in *l.*7. §. *dubitatum, D. de interd. & releg. Interdicere provinciæ*, ut in 12. tab. *uti legassit super pecuniæ, tutæleve suæ.* Et in alio capite, quod ita restituo: *Qui coronam peperisse pecuniæ virtutive suæ arguitur, ei mortuo, parentique ejus, dum intus positus est, forisve fertur se fraude, id est, sine fraude compositus esto.*

Ad L. ult. Cum solitum est *in sententiis judicum, sic interlocutionem proferri, ut non liceat partibus, ante definitivam sententiam ad appellationis, vel recusationis venire auxilium, quidam putabant non licere ante litem contestatam, nec judicem recusare, quemadmodum nec ab eo appellare: Cum enim simul utrumque vocabulum ponitur, tam appellationis, quam recusationis, provocatio autem ante litem contestatam non potest porrigi: putabant, quod nec recusare quidem judicem cuiquam concedatur ante litem contestatam: quod minime vetitum est. Caveant itaque judices hujusmodi sermonem simul, & sine certa distinctione proferre.*

INter cetera, quibus distant interlocutiones a sententiis, hoc unum est, quod a sententiis appellari potest, non etiam ab interlocutionibus; a sententiis appellari potest, nisi dictæ sint a principe, vel a præfecto prætorio, vel etiam a Senatu, ex constitutione D. Adriani, *l.* 1. *D. a quibus appellare non licet*: Nam ante Adrianum a Senatu poterat appellari Princeps. Tacitus 16. *Quidam Senatores Majestatis rei in Senatu accusati, appellato Principe evaserunt.* Et apud Dionem quoque 59. *Multi e patribus a Senatu provocant ad Caligulam Imperatorem.* Ab interlocutionibus autem appellari non potest jure civili, nisi scilicet in civili judicio judex interloquatur habendam quæstionem: vel criminali, si contra leges id faciat, *l.*2. *D. de appellat. recipiendis*: At regulariter ab interlocutionibus jure civili appellari non potest, quod mirum videri non debet: nam & in judiciis hoc solemne erat, ut judices interloquerentur, & vetarent ante sententiam recusationem, vel appellationem interponi, Quam solemnem, & usitatam interlocutionem non improbat quidem Justinianus in hac *l. ult.* sed hoc vult tantum, ne sicut in illa interlocutione judices solent recusationem appellationi parem facere, dum interloquuntur, ne ante sententiam fiat recusatio, vel appellatio: ita nos passim aliam alii in omnibus causis parem faciamus: aut ne ex illa solemni, & usitata interlocutione argumentum ducamus in omnibus causis conjungendæ recusationis cum appellatione, vel appellationis cum recusatione: Nam etsi verum sit, post litem contestatam dicta sententia, neque recusationem, neque appellationem interponi posse, ante litem contestatam tamen recusatio fieri potest, videlicet a die dati libelli conventionis in 20. diem *ex Novella* 35. & 82. licet appellatio æque non possit interponi ante litem contestatam. Denique recusatio fieri potest ante litem contestatam, non etiam appellatio: non sunt igitur per omnia pares. *Recusationem* appello refutationem, & rejectionem judicis, quæ fit libello, vel apud acta, *l. ult. sup. de judic.* parte, cui displicet judex datus a magistratu, dicente: *Hunc nolo judicem mihi dari*, vel ut apud Asconium Pedianum: *hunc dejero, iniquus est.* Hæc rejectio ante litem contestatam fieri debet, non post: quia litem contestando consensimus in judicem, & in quem semel consensimus, postea eum honeste rejicere non possumus, *l.*12. & *l. apertissimi, sup. de judic.* Hoc tamen ita accipiendum est, ut ante litem contestatam judex datus a magistratu recusari possit etiam non redditis causis, hoc uno verbo: *Hunc nolo judicem: post litem contestatam non nisi redditis justissimis causis, ut in capitulo super eo 2. de appellat. cap. insinuante, de offic. delegati, cap. inter monasterium, de sentent. & re judic.* Loquor de judice dato a magistratu, de judice delegato: Nam magistratum ipsum non invenio olim recusari potuisse, quia nec jure ordinario judicabat, sed judices dabat: sed cum magistratus judicat extra ordinem, ut hodie omnia judicia sunt extraordinaria, sane dicam recusari eum posse proinde, ac judicem delegatum ex *Novella* 69. Est etiam alia differentia inter recusationem, & appellationem, quod judex datus ex consensu utriusque partis

recu-

recusari non potest, *d. l. apertissimi*, & ab ejus tamen sententia appellari potest, *l. ex consensu*, *D. de appellat.* Nisi sit Episcopus, *l.8. sup. de Episcopali audientia*. Judex edititius solus recusari potuit, id est, quem una pars tantum elegisset; *hunc edititium judicem* vocat M. Tullius pro Plancio, & pro Muræna, & Servius in illum locum Virgilii egl. 3. *nec quemquam fugio*; id est *consentio in judicem edititium*. Edititius autem judex est, quem una pars elegit. Hunc, vel reiicere possum, vel etiam ipse seligere, aut electionem adversarii approbare, non eum, quem dederit magistratus utriusque consensu.

AD TITULUM XLVI.

DE SENTENTIA, QUÆ SINE CERTA QUANTITATE PROLATA EST.

QUOD dictum est titulo superiori l. septima, & nona: *Sententiam certis finibus concludi*, id ita specialiter declaratur in hoc titulo, *ut sententiam certam esse oporteat*, id est, certæ pecuniæ, vel certæ rei, certive corporis: Sententia enim est finis judicii: non est autem judicii finis, quæ est incerta, & infinita: denique non est sententia. Et velim in hoc titulo subintelligi, vel certa re, ex §. *curare*, *Instit. de act.* Certa autem est pecuniæ quantitas, vel certæ rei qualitas, non tantum si exprimatur in sententia nominatim, sed etiam si intelligatur, & repeti possit, vel ex libello conventionis, vel instrumento obligationis, vel parte aliqua actorum, *l.3. hoc tit. l.5. §. ult. & l. 59. D. de re judic.* vel etiam ex legibus ipsis, & jure publico, ut in specie *l.1. hoc tit.* si ita judex pronuntiet: *Lucio Titio Cajum Sejum ex causa venditionis centum debere videri: cujus pecuniæ quo ad eam persolverit, Lucio Titio Cajum Sejum usuras dependere placet*. In hac sententia non exprimitur quantitas usurarum, sed intelligitur satis ex jure ipso, quo constat usuras judicati olim fuisse binas centesimas, hodie esse singulas centesimas ex titulo *de usuris rei judicatæ*. Ideoque rata est sententia, quia judex intellexit de dependendis usuris legitimis, id est, usuris rei judicatæ lege definitis. Et ita est explicanda lex prima circumscripta tota glossa. Et præterea notandum: diem legitimum judicati faciendi, solvendi, implendi, qui ex lege duodecim Tabularum fuit triginta dierum, postea fuisse duorum mensium, & postremo, quatuor mensium, diem, inquam, legitimum judicati faciendi, *pour payer sa condamnation*, qui humanitatis causa lege datur condemnatis, judicem non tantum prorogare posse, vel coarctare, ut ait *l.2. ff. de re jud.* sed etiam ne dare quidem ullum diem faciendo judicato, si causa, aut persona exigere videatur, ut puta, si jubeat usuras præstare a die datæ sententiæ, quoad sors certa, quæ in condemnationem deducta est, persoluta sit. Notandum etiam est ex *l.2.* ratam esse sententiam, & justam, si procurator Cæsaris fisco, vel si procurator Reipubl. indemnitatem præstare jubeat Reipublicæ. *Jubere* est verbum commune sententiæ, & interlocutioni. Si, inquam, indemnitatem fisco præstare jubeat, non adjecta certa quantitate, ut in *l.5. sup. tit. prox.* Quod velim vos accurate observare, tantum scriptum esse de fisco, & Republica, ne existimetis privato homini, aut in privatum hominem ita dictam sententiam, ut ea jubeat judex indemnitatem adversario præstari, valere: Nec enim valet, quia est incerta sententia. Et cur tamen aliud est in fisco, & Republica? quia fisci, & Reipublicæ publicæ sunt actiones, & certæ, ex quibus certo peti potest, quid fisco, aut Reipublicæ debeatur: Faciunt enim fidem, ut propterea satis sit, si quis jubeatur indemnem præstare fiscum, vel Rempublicam: ac præterea usuræ, quæ debentur fisco, aut Reipublicæ legibus sunt definitæ, puta, ne sint majores semissibus, *l. cum quidam*, §. *si debitores*, *D. de usur. l. Septicia*, *D. de pollicit.* At privatæ, & domesticæ rationes A non sunt certæ, neque fidem faciunt, sicut nec privatæ subnotationes fisci fidem faciunt, nec privati breves. (Id appellant Galli *les papiers des comptes particuliers, comme les memoires*) *l. exemplo sup. de probat.* Et præterea, ut Asconius tertia contra Verrem, *vetus consuetudo cessavit privatim diligenter, & summa cum fide conficiendarum rationum*, quod plerique ex suis rationibus damnarentur, & ex suis tabulis revincerentur: Nam olim rationes privatæ expensi, & accepti a patribusfamilias conscriptæ diligenter faciebant plenam fidem, ut demonstrat Oratio *pro Roscio Comœdo*, & Gellius *lib. 14. cap. 2.* dum inter genera probationum numerat expensilationem. Ergo quod est *in hac l. 2.* de Republica, & in *l.5. sup. tit. prox. de fisco*, ne trahamus etiam ad privatos propter illam rationem differentiæ. Et præterea B observemus *ex d. l.2.* curatorem Reipublicæ, qui & olim dicebatur logista, & pater civitatis, & Reipublicæ, fuisse judicem rerum ad civitatem pertinentium, *l. ult. D. de offic. assess. l.3. sup. de modo mulct.* procuratorem autem Cæsaris fuisse judicem rerum fiscalium inter fiscum, & privatos: ut ille inter Rempub. & privatos. Et his cognitis concludamus *alias sententiam sine certa quantitate prolatam ipso jure nullam esse*. Ex quo sequitur eam rescindi sine appellatione, & nec nomen sententiæ mereri, *l. ult. sup. de sent. ex peric. recitat.* & ex integro causam agi posse alio judice dato, ut in *l.4. quom. & quando judex, &c.* & *l.4. hoc tit.* Et præterea ex ea sententia non nasci actionem judicati, ut ait *l.3. hoc tit.* In qua proponitur sententia lata his verbis: *omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve*. Ubi primum observandum est, C sententiam concipi verbis directis, id est, imperativis *solve*: ut in *l.4. quæ bona fide accepisti, solve*. Quæ verba sunt trajecta, & rectius collocata in Basilicis hoc modo: ἅπερ ἐδέξω, πίστει ἀγαθῇ κατάβαλε: *quæ accepisti bona fide, solve*. Et ita etiam verbo directo concipitur sententia *l.59. D. de re jud. & l. quid tamen*, §. *pen. D. de recept.* In utraque autem *l.3. & 4.* verum est, nullam esse sententiam ipso jure, quia non exprimit certam quantitatem, quam solvi oportet, nec repeti potest ex actis, quod ponit omnino utraque lex. Et in *l.4.* mulier repetebat dotem soluto matrimonio apud extraordinarium judicem, id est, alienum, & non congruum, puta, petitum ab Imperatore extra ordinem, & datum, ut apud Paulum 5. *Sentent. tit.5.* & in *l.2. sup. de dilationibus*. Et hanc incertam sententiam tulisse, hoc modo: D *Quæ accepisti bona fide, solve*, & non apparere, quæ acceperit ullo instrumento: Ideo ait alium judicem esse dandum, apud quem causa ex integro agatur, quoniam extraordinarii judicis sententia pro non lata est, quia incerta est, nec aliunde certa reddi potest.

AD TITULUM XLVII.

DE SENTENTIIS, QUÆ PRO EO, QUOD INTEREST PROFERUNTUR.

QUOD dixit superiori titulo, *sine certa quantitate prolatam sententiam non valere*, verum est, etiam si incerta petitio fuerit actoris, incertusve E libellus conventionis, *l. ult. sup. tit. prox. l. ult. sup. de annal. except.* vel si egerit de incerta quantitate, §. *curare*, *Inst. de action.* ut si egerit in id, quod interest, cujus incerta est quantitas, & per hoc actio in id, quod interest, incerta, vel incerti actio dicitur passim in jure, quacunque ex causa agatur: Nam & cum incerti agitur in id, quod interest, si id judex censeat esse præstandum, eo nomine debet facere condemnationem in certam quantitatem, condemnationem taxatæ quantitatis, ut ait *l.3. in fi. inf. de inutil. stip.* Et taxatæ quantum possibile est, ut ait *d. §. curare*: & in const. *h. t.* Justinianus etiam ait, *se prout possibile est πρὸς τὸ ἐνδεχόμενον, posuisse taxationem condemnationi in id, quod interest*: Nec enim facilis ea positio est, quia non liquet utique semper qua-

quatenus cujusque intersit, propterea quod ea res pendet ex facto, non ex jure, *l. quatenus, D. de reg. jur.* Jus certum est & finitum: facti causa, id est, hypotheseos, ex qua ducitur ratio ejus, quod interest, ut varia est, ita variam inducit, aut nullam rationem ejus, quod interest, *l.* 112. *§. ult. D. de verb. oblig. l. si quis ab alio, D. de re judic.* Pro cujus varietate varia etiam inducitur ratio ejus, quod interest, modo major, modo minor, quam sit res, circa quam ea incidit utilitatis ratio, modo rei omnino compar. Et ut facti causa plerunque obscura, & difficilis probatio ejus, ut in *l. 3. D. de inter. in jur. fac.* ita difficilis est plerunque probatio, & enucleatio, sive definitio ejus, quod interest, *l. ult. D. de prætor. stip.* Quod fit, ut eadem l. ait, ut in incerto, in dubio, in obscuro sæpe judices, qui sunt æstimatores ejus, quod interest, æstimationem ejus, quod interest, redigant ad exiguiorem summam, secundum id quod dicitur, in obscuris exiguius esse sequendum: vel etiam hujus difficultatis, & incertitudinis vitandæ causa contrahentes ab initio in stipulationibus, quæ in id quod interest concipiuntur, comprehendunt certam quantitatem, ne obscuritate distineantur definiendi, & æstimandi ejus, quod interest: & ut ipsi potius initio contractus qualem qualem, certam tamen ejus, quod interesse possit, æstimationem faciant, si aliter fiat, quam convenit, vel si non fiat, quod convenit, *d. l. ult. D. de prætor. stipul. §. ult. Instit. de verb. oblig.* Et ut ostendamus quam varie ineatur ratio ejus, quod interest, ejus plerunque nihil interesse deprehenditur ex re ipsa, & facto ipso, negotio ipso, vel eventu ejus, & exitu: aliquando pluris interest, quam sit in rei pretio, qua de agitur, ut in *l. 1. D. de act. empt. l. 6. D. de vi, & vi armata.* Dicitur alias plus, alias minus interesse, quam quanti res est. Sumamus, quod est prius, alias pluris interesse, quam quanti res est, id est, quam sit in rei pretio, ut in hac specie, si vinum, quod mihi venditum est non tradatur, & agam in id quod interest ex empto, consequar non tantum pretium vini, quod prænumeravi, sed etiam id, quo pluris hodie vinum est, quia id haberem, id est, id meo cessisset lucro, si vinum mihi traditum fuisset in tempore, si in eo tradendo moram non fecisset venditor: Et hoc ita ostenditur in *l. si sterilis, §. cum per venditorem, de action. empt.* qui locus alibi explicabitur. Aliquando vero minoris interest, quam sit in rei pretio, ut in *l. 9. in fi. D. ad exhibend.* Sic Florentiæ rectissime scriptum, *utilitatem actoris*, id est, id quod interest, quod innumeris locis dicitur *utilitas, minoris esse, quam rem*, ut in hac specie: Egi ad exhibendum mihi servum meum, quem alius possidebat, cui alieno testamento legata erat optio cujusdam rei, videlicet servi, vel rei, ex pluribus servis, aut rebus, ut unam optaret, quam vellet, quæ tamen optio ejus rei minoris erat, quam servus ipse, cui legata optio erat. Finge datam optionem pecudis ex grege, & præstare servum pecudi, interim vero servum interiisse suo fato, non dolo, aut culpa possessoris, antequam jussu meo optaret, ut requiritur: Nam legatum optionis comparatur legato hereditatis delatæ servo, quia ut hereditatem adire servus non potest, ita nec optare sine jussu domini, *l. 10. de leg. 1. l. 25. in princip. D. de lib. causa.* Igitur antequam jussu meo optaret, mortuus est sua morte. Quid consequar actione ad exhibendum? Legati amissi æstimationem, non servi suo fato mortui, quia sine dolo & culpa possessoris mortuus est, *l. 15. §. ult. de rei vindic.* Sed consequar æstimationem legati amissi, quod haberem, si servus mihi statim redditus fuisset: Nam jussissem eum statim optare: denique pro modo tantum ejus legati mea interesse intelligitur, & judex tantum habebit rationem legati amissi, quod cum minoris sit, ut dixi, quam servus amissus, apparet minus esse id quod venit in rationem ejus, quod interest, quam rem ipsam. Aliquando id quod interest non egreditur pretium rei: scilicet idem est pretium rei, & id quod interest; nec plus, aut minus id quod interest, quam pretium rei, ut in specie *l. 3. §. condem. de tab. exhib.*

A Si legatarius agat interdicto de tabulis exhibendis, in quibus sibi legatum relictum est, in quantum sua interest tabulas exhiberi, eis non exhibitis, quantum est in legato, tantum veniet in æstimationem ejus, quod interest, nec amplius: ut item in specie *l. pen. D. quibus ex causis in poss.* si legatarius missus sit in possessionem rerum hereditariarum decreto prætoris, legati servandi causa, cum ei non caveretur legati nomine, nec admissus sit in possessionem ab eo, qui erat in possessionem, interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, nomine ejus, quod interest, id tantum consequetur, quod est in legato, non amplius, & in *l. si vendidero, §. 1. de furt.* si dominus agat furti, tanti interesse intelligitur, quanti res subrepta valet: idque rei pretium duplatur, aut quadruplatur in actione furti pœnali. Et ita etiam in *l. si*
B *sterilis, §. cum per venditorem, D. de act. empt.* in illo loco pretium tritici, id quod interest exæquat pretium tritici. Et similiter in *l. 1. sup. de his, qui a non dom. manum. ut pretium eorum*, inquit, *dominis, si hoc elegerint, non domini, qui eos manumiserunt, dependant, quanti sua interest*: Ubi Thalelæus: σημείωσαι, &c. *Nota*, inquit, *quod vocavit pretium, mox eum appellare* τὸ διαφέρον, id est, *quod interest, tanquam idem sit pretium, & id quod interest* in ea specie, & ita quod est pretium in *l. 15. §. ult. D. de rei vind.* ut si homo petitus rei vindicatione mortuus sit sine dolo & culpa possessoris, pendente lite, quia res sua domino moritur, & perit non alii, a quo dolus, & culpa abest, ejus servi pretium non esse præstandum actori, nisi eo casu mortuus sit, qui non incidisset, si actori in tempore servus redditus fuisset. In eadem spe-
C cie, eademque sententia est *l. de eo, §. si post, D. ad exhib.* quod illa vocavit *pretium*, vocat *id quod interest*. Sunt igitur casus, facta, negotia, lites, in quibus id quod interest non egreditur rei pretium, & ubique spectatur, aut verum justumque pretium, quod approbat communis usus, quod in foro sequuntur omnes: aut spectatur pretium, quod numeratur, ut ait *l. 1. ff. de act. empt* quanti res valet, vel empta est: pretium autem, quod effectus, vel utilitas singulorum statuit, non veritas, nunquam spectatur. Nec igitur ullum est, ut Doctores vocant, *interesse singulare*, id est, quod intersit pro affectu cujusque, id est, quod æstimetur affectu, non pretio: sed vel pretio, id quod interest æstimatur vero & justo, vel pretio convento, aut interdum supra, vel infra pretium verum, aut conventum: pretium, quod affectus cu-
D jusque facit, nunquam spectatur. J.C. ait in *l. pretia in princip. D. ad l. Falcid.* Pretia non ex affectu & utilitate singulorum, sed communiter fungi, id est, non singulariter, sed communiter rerum pretia æstimari, non ex affectu, aut utilitate singulorum, sed ex communi usu, atque consensu res pati pretia, quod est fungi, ut apud Lucretium sæpe fungi, id est, pati. Ergo facessat pretium procul hinc, quod affectus statuit, & iterum dicamus, id quod interest æstimari pretio rei vero, aut convento: Et interdum supra pretium, interdum infra, pro qualitate facti, pro eventu negotii gesti: quamobrem recte dices, certam non esse definitionem ejus, quod interest, id est, taxationem ejus, quod interest: ut de mora dicitur in *l. mora, D. de usur.* Difficilem esse definitionem moræ, id est, difficile esse certo definire, quando
E mora facta esse intelligatur, hoc non posse decidere ullam legem, ullamve constitutionem, quia facti est, non juris quæstio, est judicialis, ut ait *l. Lucius, de mandat. l. Mævia, §. pen. D. de ann. legat.* non quæstio juris, quæstio, quam non possit definire Jurisconsultus, sed judex tantum, vel arbiter, propterea quod pendet ex facto, & pro varietate facti alias intelligitur facta mora, alias non esse facta. Et ita Aristo. 4. Ethicorum, τοῦ ἀορίστου, καὶ τὸν κανόνα εἶναι ἀόριστον, id est, *incerti incerta regula est*. Non potest incertum, de quo tractatur, oratione facile determinari, quod ejus definitio pendeat ex singulis rebus, ex facto, & iis, quæ sensibus subjiciuntur: qua de causa recte dices etiam quæstionem de eo, quod interest, id est, quatenus intersit, esse quæstionem judicia-

dicialem, facti, non juris, & difficilem tamen ipsi judici explicatu, quia alias plus, alias minus, alias tantundem, alias nihil interest. Quamobrem Justinianus ait hoc tit. *quantum potest judici, in cujus arbitrio posita est taxatio ejus, quod interest, legem datam, quam sequatur, neque excedat in æstimatione ejus, quod interest.* Et recte *judici* soli: Nam etsi aliquando æstimatio ejus, quod interest, permittatur adversarii jurejurando in litem, ut ipsemet æstimet quanti sua intersit, *l. semper, §. in hoc interdicto, D. quod vi aut clam.* tamen id jusjurandum judex moderari, & refrenare, imo nec sequi potest, *l. videamus, l. in actionibus, D. de in lit. jur.* Ut inde appareat semper taxationem ejus, quod interest, pendere ex arbitrio judicis, quam ut certam faciat, datus est hic titulus post titulum *de sentent. quæ sine certa quant. profer.* ut scilicet etiam si actum sit, in id quod interest, quæ res incerta est, tamen sententia sua certam eam faciat judex, damnando in certam quantitatem eum, qui tenetur in id quod interest. At ex arte definitio ejus, quod interest tradi potest hodie facillime: Nam non est credibile quantum superiores interpretes laborarint in quærenda definitione ejus, quod interest. Memini me in his disputationibus audiendis, multum consumpsisse temporis, nec quidquam per eos profecisse: si quis autem teneat materiam, sive quæstionem totam, ei sit facillimum non unam tantum dare definitionem, sed plures ex arte confectas, & omnes ex legibus nostris. *Id quod interest, est incommoditas rei, vel actoris, quæ culpa adversarii contingit*: aliter: *pecuniariæ quantitatis ratio, quæ ad nos pertinet*: Nam id quod interest, in æs redigitur. Vel aliter: *quod per adversarium amisimus, aut habere non potuimus, ex l. generaliter, D. de reg. jur.* Aliter: *id, quo jus nostrum deterius factum est culpa adversarii, ex l. etsi post tres, D. quis caut.* Aliter: *Id, quod interest, est quod mihi abest, quodve lucrari potui*, ex vulgatissima *l. si commissa, rem ratam haberi*, cui potest addi *l. ult. D. si mulier ventris nomine in possess.* illo loco, *id quod abest*, vel melius, quoniam, ut ante dixi, passim in jure id, quod interest, dicitur *utilitas*, ut nuper, cum dicebam Barbarii decreta sustineri propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt, id est, propter eos, quorum interest, in *tit. de eo, quod certo loco*. Utilitas semper est, quod interest, & ferme in omnibus legibus, quas ante adduxi. Unde ita dicamus. *Id, quod interest est utilitas, quæ mihi abest, quamve adipisci potui, nisi mihi obstitisset adversarius. Vel est utilitas, quæ mihi obvenisset, si neque damnum mihi datum, neque lucrum interceptum fuisset. Non est damnum, quod quis mihi dedit: non est lucrum, quod mihi quis intercepit*, damnum emergens, ut loquuntur, vel lucrum cessans, *sed utilitas, cui fuit impedimento damni illatio, vel interceptio lucri*. Atque hoc ita exposito, sequitur ut nunc videamus, quem in ea re modum judicem servare Justinianus velit. Et separat quidem Justinianus casus certos ab incertis, & casus vocat themata, ut est in Basilicis; *pro in omnibus casibus* ἐν πᾶσιν τοῖς θέμασι, quas Justinianus noster multis in locis vocat *propositiones*. *Et casus certos* definit esse eos, qui certam habent quantitatem, vel naturam, quibus directo, & principaliter proponitur agi de certa pecunia, vel de corpore certæ rei, ut natura nihil aliud sit, quam substantia certi corporis. Et dat pro exemplo venditiones, quia certum pretium habent, & taxatam quantitatem, *l. 1. sup. de rer. permutat. §. pretium, Instit. de empt.* Et rem quoque certam, raro incertam, nec nisi cum aleam, aut spem emimus: Nam & aleæ, & spei emptio est, *l. nec emptio, D. de contr. empt. l. si jactum, D. de act. empt.* ut si quis emat jactum retis, quod in idiotismo dicimus, *acheter un traist*, incertum emit, vel si quis emat avium, aut ferarum, aut regiæ sparsionis captum. Dat etiam pro exemplo locationes, quod & in iis certum pretium esse oporteat, id est, certam mercedem, sive pensionem, quæ sæpe pretium dicitur, & rem certam. Sed interdum etiam incertam, ut si quid faciendum locavero certa mercede constituta. Et postea generaliter Justin. addit, ut ex omnib. contractibus certum condici possit, *l. certi cond. D. de reb. cred.* Et his omnibus casibus, qui habent certam summam, vel certam speciem, sive rem, Justinianus definit, id quod interest non posse excedere dupli quantitatem, id est, duplum ejus rei, de qua principaliter agitur, sive quæ in judicio vertitur potissimum, ut, nam appositione exempli opus est, si per venditorem mora fiat, quo minus res tradatur, quæ veniit, & agat emptor ex empto quanti sua interest rem habere, pretium consequetur, quanti rem emit, si prænumeraverit, & hoc amplius, quanto pluris ea res hodie est, *l. 1. in princ. l. si sterilis, §. cum per venditorem, de action. emp.* modo id non excedat duplum: Nam si res empta sit decem, & ea res digna hodie sit 25. emptor non consequetur ultra viginti, id est, 10. pretii nomine, quæ prænumeravit, & alia 10. id est, ἰσόμετρον nomine ejus, quod interest supra pretium rei, etiamsi fore pluris intersit. Pone emptorem prænumerasse pretium, quod Theodorus Hermopolites in hanc legem vocat πρόχρειαν, Latini dicunt *promutuum, & antecessum, avance*: Nam si emptor non numeravit pretium, vel non satisfecit venditori eo nomine, venditor, qui rem non tradit, moram facere non videtur, quia potest retinere rem venditam veluti pignoris jure, donec ei adnumeretur pretium, *l. Julianus, §. offerri, ff. de act. emp.* Et ejus, quod interest non habetur ratio, nisi post moram. Posui etiam speciem in actione ex empto: nam post traditionem rei, atque adeo moram emptoris, si venditor agat ex vendito, quæ actio pretii dicitur in *l. 8. & 9. sup. de cont. empt. & l. 7. sup. de action. emp.* In eam actionem ex vendito, actionem pretii, non dicemus ex mora venire id, quod interest, sed ex mora venire usuras pretii, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur, *d. l. Jul. §. ex vend.* ut si actione ex locato, *l. cum quidam, §. ex locato, ff. de usur.* At sane hæ usuræ non proprie veniunt quasi usuræ; sed quod intersit venditoris, moram emptorem non adhibuisse in offerendo pretio, *l. socium, pro soc.* & ratio est, quia hæ usuræ propter moram non solventium inferuntur, id est, qui tardius solvunt, non propter lucrum petentium, *d. l. cum quidem, §. si pupillo*. Cedunt igitur hæ usuræ loco ejus, quod interest; fœnus infligitur propter lucrum creditoris, etiamsi ejus nihil intersit: sicut pœna in conventionem deducta recte exigitur etiam ab eo, cujus nihil interest, *l. cum pœna, ff. de receptis, l. stipul. §. alteri, ff. de verb. oblig.* Usura, quæ propter moram infligitur, non est fœnus, sed pro eo, quod interest, infligitur officio judicis ex tempore moræ, ut non male idem Theodorus in hac lege ita scribat, τὸ διαφέρον, ἤ τοι τοὺς τόκους, confundens cum usuris id quod interest, quia scilicet exiguntur vice ejus, quod interest. Sed proprie *usura* est accessio quantitatis: id quod interest, accessio rei, vel corporis, quod utrumque infligitur ex mora. Et modus, & finis idem est utriusque, nempe duplum. Et utrumque etiam *pœna* dicitur recte: Nam *pœna est quidquid ultra sortem, & rem principalem exigitur*. Sed alia est pœna, ut dixi, quæ infertur etiam ei, cujus nihil interest conventione. Alia, quæ infertur ei tantum, cujus interest ut usura, & quanti interest, quod propter moram exigitur, & præstatur officio judicis. Et usura quidem illa pœna dicitur, *l. lecta, de reb. cred.* illo loco *pœnæ nomine*. Id a. quod interest, etiam pœna dicitur, *l. ult. ff. de eo, quod certo loco, & in Const. hoc tit.* cum Justinianus reddens rationem modi a se impositi æstimationis ejus, quod interest, id est, reddens rationem coarctatæ a se æstimationis ejus, quod interest, ait, *cum sciamus esse naturæ congruum eas tantum pœnas exigi, quæ cum competenti moderamine proferantur*. Pœnam vocat id quod interest, quod ipse taxavit, atque finivit. Et verbum *proferatur*, est verbum istius *tit. de sent. quæ pro eo, quod interest*, & hujus loci sensus hic est, congruum esse naturali æquitati, ut sententiæ, quæ pro eo, quod interest proferuntur, proferantur cum modo æquo, & pari, ne modicæ culpæ, sive moræ gravis statuatur pœna. Æquius esse culpa citeriorem

pœ-

pœnam eſſe, quam pœna culpam, culpam omnem par odium, ſive parem pœnam exigere, aut certe minorem potius, quam majorem, humanitatis hanc eſſe legem. Ex qua fit, ut in obſcuris, quod minimum, in paribus ſententiis judicum, quod mitius eſt, ſequamur, & in dubiis quæſtionibus juris, ut in medium eamus potius, quam in ſummum, aut imum: melius eſſe ad ſummum, vel imum, quam in ſummo, vel imo. Porro uſura, ſive ſit fœnus, ſive non ſit, id eſt, quacunque ex cauſa infligatur, non poteſt excedere dupli quantitatem, *l. ſi non ſortem*, *§. ſup. duplum*, *ff. de cond. indeb.* Nam ubi uſuræ æquaverint ſortem, quod poſtea uſuris pernumeratur, deducitur de ſorte; ut ſi pretium ſit 10. non poteſt venditor ex mora ab emptore conſequi ultra 10. uſurarum nomine: denique ſolutis 20. liberatur emptor & a ſorte, & ab uſuris, & extinguitur actio pretii: Et exemplo uſurarum idem vult Juſtinianus ſervari in caſibus certis. Cum ponitur ratio ejus, quod intereſt, ut ne ponatur ſupra duplum. Denique in caſibus certis, eundem eſſe modum uſuræ, & ejus, quod intereſt. Idem etiam eſt modus pœnæ, quæ pro uſuris, vel eo, quod intereſt in ſtipulationem deducitur: Nam & hæc ſervare debet rationem dupli, *l. Julianus*, *§. ibidem Papinianus*, *ff. de act. emp. l.* 15. *ſup. de uſur. l. pecuniæ*, *& l. pœnam*, *ff. eod.* Et ut alio exemplo demonſtrem in caſibus certis id quod intereſt non poſſe excedere dupli quantitatem, id eſt, ſorte principali altero tanto amplius eſſe non poſſe: Finge hominem emptum 10. & traditum emptori pretio numerato, emptorem in eum erudiendum impendiſſe 30. deinde evinci ſervum emptori, emptor actione ex empto, quanti intereſt evictionis nomine non conſequetur a venditore 40. licet ejus tantundem interſit, ſed viginti tantum: quæ eſt ſpecies *leg. Titius*, *in fi. & l. ſeq. ff. de action. emp.* Quæ lex ſequens nominatim ait, venditorem non teneri ultra duplum in id quod intereſt, ut plane quis ex illo loco poſſit tentare hanc taxationem Juſtiniani non eſſe novam, cum ſit etiam prodita in *d. l.* Sed dicendum eſt in cauſa evictionis hoc tantum fuiſſe receptum, etiam ante conſtitutionem Juſtin. ut ſcilicet venditor ultra duplum periculum evictionis non ſubiret, quia ſcilicet moris erat, eo nomine ſtipulari duplam, *l. quod ſi nolit*, *§. quia aſſidua*, *de ædil. edic. l.* 2. *D. de evict.* Et actioni ex empto tacite ineſt dupla, etiamſi non fuerit cauta, quod ſoleret caveri. Unde receptum eſt, ut actione ex empto non teneatur venditor emptori ob evictionem ultra duplum. At Juſtin. eandem rationem dupli vult in omnibus cauſis ſervari etiam extra cauſam evictionis, ut in exemplis ſupra expoſitis. Itaque nova eſt definitio Juſtiniani. Sed quamvis generalis ſit, velim tamen ab ea excipi duos caſus. Omnis definitio juris periculoſa eſt: hæc periclitatur duobus caſibus. 1. in caſu nauticæ pecuniæ, quæ navigat periculo creditoris, non debitoris: in ea nolim ſervari rationem dupli, ſi agatur de eo, quod intereſt propter moram debitoris, quia & certum eſt in ea non ſervari modum uſurarum, id eſt, nauticæ pecuniæ uſuras ſupra duplum deberi, *l.* 2. *§. ult. D. de eo, quod cert. loc.* Ergo & id quod intereſt in nautica pecunia ſupra duplum debebitur, id eſt, omne id quod revera intereſt, etiamſi ſit immodicum, quia exemplum uſurarum porrectum eſt ad id quod intereſt, ut plane videatur ubique eſſe ſequendum. Excipitur etiam ab hac generali definitione cauſa doli mali, ut ſi quis ſciens dolo malo vendat rem alienam, vel ſi quis ſciens vendat ſervum, qui eſt in cauſa libertatis, id eſt, ſtatuliberum pro ſervo, hic ratione doli omnimodo præſtabit id quod intereſt, nec in eo ſervabimus rationem dupli, *l. id quod Julianus*, *D. de act. emp.* Diximus ſatis de caſibus certis. Sequitur ut dicamus de caſibus incertis, qui ſcilicet quantitatem, aut rem non habent certam, atque finitam. In iis caſibus Conſtitutio Juſtiniani ad finem dupli non taxavit id quod intereſt, ſed arbitrio judicis reliquit, ut ipſe æſtimaret pro ſua religione, & æquitate in rei veritate, quanti interſit actoris, vel rei, cum ejus æſtimatio venit in judicium. In caſibus certis conſtitutio taxat id quod intereſt, nec in eis ullæ aliæ ſunt partes judicis, quam ut legis taxationem ſequatur. In caſibus incertis id quod intereſt taxat officium judicis: ut ſi agatur de fundi poſſeſſione, quæ res eſt incerta, quia poſſeſſio, neque quantitate, neque corpore certo conſtat, quanti interſit poſſeſſionem retinere, quam alius interturbat, *l. pen. §. ult. uti poſſid.* officio judicis æſtimatur, ſive agatur interdicto *unde vi*, quanti interſit poſſeſſionem ereptam non eſſe. In quo judicio venit etiam omnis utilitas, id eſt, omne, quod intereſt actoris, æſtimandum, ſive taxandum arbitrio judicis, *l.* 1. *§. ex die*, *ff. de vi & vi arm.* Item ſi agatur de reſtitutione operis, *quod vi aut clam* factum eſt, quia reſtitutionis, ſive, quod idem eſt, deſtructionis, & demolitionis, utpote facti, cauſa incerta eſt, quanti interſit reſtitutionem operis fieri officio judicis æſtimatur, ut eſt nominatim ſcriptum *l. ſemper*, *§. in hoc interdicto*, *ff. quod vi aut clam*. Et æſtimatur ex rei veritate, non ex commentitiis allegationibus, vel excogitationibus partis adverſæ, ſed ex rei veritate, ut ait *l.* 9. *§. ult. de aqua, & aqua pluv.* Hoc eſt, quod Juſtin. ait in hac lege, *In caſibus incertis*, *quod revera damnum inducitur*, *hoc præſtari arbitrio judicis*. Et hoc quidem omne, quod revera damnum datum eſſe apparuerit. Idemque eſt, ſi agatur de eo, qui promiſit, ſe opus facturum, ſe domum ædificaturum, nec fecit, quia facti cauſa incerta eſt ob ipſum, quod facta non ſunt, antequam perfecta ſint, ſed intellectu tantum abſtrahuntur, & quæcunque in intellectu nudo conſiſtunt, quæcumque ſunt λόγῳ θεωρητά, quæ in jure conſiſtunt, incerta & immanifeſta ſunt. Hoc igitur caſu non faciente promiſſore incerta, ceſſante promiſſore, fiet condemnatio in pecuniam numeratam, id eſt, in id quod intereſt arbitrio judicis, *l. ſi quis ab alio*, *§. fi. ff. de re jud. l. ſtipulationes non dividuntur*, *ff. de verb. oblig.* Idemque eſt, ſi agatur de cautione præſtanda, quia *cautio* nomen eſt juris, non corporis, & res incerta igitur: ut ſi quis promiſerit *ſe ſatiſdaturum pro Titio debitore*, nec ſatiſdet, & conveniatur ex ſtipulatu, quanti revera interſit ſtipulatoris ſatiſdari, & caveri ſibi eo nomine, officio judicis æſtimabitur. Ita ut ſi Titius in ſolidum idoneus ſit, in nihilum æſtimetur, quia revera nihil intereſt, atq; ita promiſſor abſolvatur: Si vero Titius pro parte tantum debiti idoneus ſit, id tantum æſtimetur, quod Titius facere non poteſt: vel ſi Titius nihil prorſus facere poſſit, ſolida ſors, quæ debetur, æſtimetur, & præſtetur ab eo, qui moram fecit in ſatiſdatione præſtanda, *d. l. ſi quis ab alio in pr. & l.* 12. *§. ult. qui ſatiſd. cog.* Neque vero amplior fit æſtimatio, quam dixi in hac ſpecie, etiamſi forte alleget ſtipulator, timere ſe ne Titius, qui nunc eſt ſolvendo, poſtea fiat non ſolvendo, atque ita ſua intereſſe dicat, ut ſibi eo nomine ſatiſdetur, quod Titius labi poſſit facultatibus, quia, ut ait *d. l. ſi quis ab alio*, iſtius vani timoris nulla eſt æſtimatio, nullaque habenda a judice ratio, ut ait *l.* 6. *ff. qui & quibus ex cauſ. manumiſ.* Adventitii caſus computandi non ſunt: Quot enim caſibus ſunt obnoxia negotia hominum? Quod ſi ſpectaveris rationem ejus, quod intereſt, deduxeris in immenſum & in infinitum. Igitur caſus adventitii computandi non ſunt, id eſt, habenda non eſt ratio eorum, quæ extrinſecus evenire poſſunt, non etiam in re ipſa inſunt naturaliter. Et hoc exemplo adhibito ex *d. l. ſi quis ab alio*, poſſis luculenter explicare, quod ait Juſtin. in hac *l. in caſibus incertis judicem æſtimantem id quod intereſt*, *id non debere metiri ex quibuſdam machinationibus*, *ne res abeat in infinitum ex omnibus allegationibus partium*, *& technis*, *& perverſionibus*, *partium inexplicabilibus*, *ut Theodorus loquitur*, *ἀπό τινῶν ἐπινοιῶν λεπτῶν, καὶ διαστρόφων*, *ex minuciis*, *& ſubtilitatibus quibuſdam a partibus excogitatis augendæ rationis ejus*, *quod intereſt gratia*, *ſed judicem ſpectare debere*, *quod in rei veritate damnum datum eſſe*, *aut lucrum interceptum eſſe apparuerit adverſarii culpa*: Nam in ratione ejus, quod intereſt, ſemper non damni tantum, ſed etiam lu-

cri intercepti habenda ratio est. Quod & veteres juris auctores ita definisse Justinianus ait hoc loco, & probat ipse. Idem potest ostendi ex *l. si in lege*, §. *colonus*, *ff. loc. l. 2.* §. *ult. ff. de eo, quod certo loco*. Theodorus in hanc legem utitur tribus exemplis. Primum tale est. Ago in te, quod Lucium Titium me heredem instituere volentem, testamentum facere prohibueris: Ago actionem in factum in id quod interest. Et mihi eo nomine esse actionem civilem ostendit *l. Lucius*, §. *Sempronia*, *ff. de leg. 2. & l. 1. sup. si quis aliquem test. probib. & Novel.* 115. adjuncta Juliani interpretatione. Et inter cetera dico, per te factum esse, quo minus ad me perveniret ex ea hereditate prædium, quod in ea erat belle ædificatum, & amœnissimum, quod principi pretio immenso vendidissem, & etiam ne me mitteret Prætor in cetera bona hereditaria, quæ paratis insanis emptoribus magno vendidissem. Judex non habebit rationem istius lucri adventitii, quod allego, & exaggero, sed æstimabit tanti, quanti revera hereditas fuerit, ut rerum pretia funguntur communiter, non insania emptoris, non negotiatoris industria. Secundum exemplum est hujusmodi. Promisisti mihi te intra certum tempus domum ædificaturum in loco quodam meo saluberrimo, & amœnissimo, & te cessante ago contra te in quantum mea interest, & dico mihi fuisse in animo, eam si domum ædificasses suo tempore, donare advenienti principi, a quo retulissem munera, & beneficia quamplurima, propter amœnitatem loci, qua Principes delectantur magis, quam utilitate: & ea commoda tibi reputari desidero in ponenda ratione ejus, quod interest, & te mihi eo nomine condemnari, quod per te factum sit, ne ad me pervenirent hæc commoda: an ea judex spectabit? Non, sed id tantum spectabit, quod ob domum non ædificatam suo tempore amisi, vel quod ex re ipsa assecutus non sum, ut si magno propter culpam tuam coactus fui mihi conducere aliam habitationem, ut in *d. l. si quis ab alio*, §. *ult.* Postremo Theodorus utitur exemplo interdicti unde vi, in quo etiam veniunt fructus, & generaliter venit omnis utilitas, *d. l. 1.* §. *ex die, de vi & vi arm.* id est, omne id quod interest: Nam nemo melius ex scriptoribus, quam Bartolus, definit *id quod interest, utilitatem justam*, & ante plenius definivi, *esse utilitatem, quam haberem, vel assequi potuissem ex re ipsa, si mihi adversarius damnum non dedisset*, vel *lucrum, quod mihi obveniebat, si non intercepisset*: Nam, ut ante dixi, utriusque ratio habenda est, id est, damni dati, & lucri intercepti. Porro in hoc exemplo interdicti unde vi, non audietur, si quis rem producat in infinitum, forte allegans, si possessio sibi erepta non fuisset, saturum se fuisse fundum, & fructus ex eo perceptos perlaturum in exteras regiones, quæ iis fructibus maxime indigebant, & ex ea negotiatione facturum ingentem quæstum: Nam judex non spectat compendium illud extrarium negotiationis, quod generaliter verum est, sive sint casus certi, sive incerti, ut in ponenda ratione ejus, quod interest, non observemus extraria, & adventitia lucra, sed quæ in re ipsa, vel ex re ipsa communiter existimantur, ut in *l. si sterilis*, §. *cum per vend. de actio. empt. l. ult. de peric. & commod. rei vend.* quod memini me satis exponere in tractatu ad Africanum *libr.* 8. *l. si fundus*, *loc.* ubi tradita sunt omnia, quæ pertinent ad dictum §. *cum per venditorem*: qui vult tantum æstimari id quod interest circa rem, puta pretium, quo empta est, vel quo hodie pluris est: Mutari enim pretia pro ratione temporum omnibus compertissimum est, non spectari compendium negotiat. non spectari industriam nostram, non spectari fatalem casum. Denique spectari veritatem tantum, quæ in re ipsa est, non quod extrinsecus accedit, id est, extra rem. Et ita in *l. 2.* §. *ult. ff. qui satisd. cog. l. quoties quis*, *ff. de verbor. obligat.* Si quis caverit aliquem judicio sisti, nec illum sistat, eum condemnari in id quod interest, *ubi*, inquit, *spectatur veritas, non quantitas*. Veritas, id est, vera quantitas non quantitas deducta in libellum, *ce que le partie a ar-*

A *ticule*: non quantitas æstimata jurejurando in litem, quod potest judex non sequi urgente veritate rei. Ad extremum illud non omittam, etiamsi de casibus certis pro exemplo dentur venditiones, & emptiones *in hac l.* aliquando tamen rem incertam venire in actionem empti, quod attigi initio hujus tractatus, non peregi: ut si emero *bolum*, id est, jactum retis, & piscator postea pœnitentia ductus, nolit jactare rete, puta, quod animadvertit se nimis parvo pretio fuisse contentum, nimis parvo vendidisse fortunam captus. Tunc, ut ostendit *l. si jactum*, *ff. de action. empt.* id quod interest, non redigitur ad finem dupli, sed hujus rei incertum a judice æstimandum est, id est, non quanti bolus emptus est, sed quanti bolus iste, sive incertum hujus rei venire possit, quod forte poterit pluris venire, quam emptum

B sit propter piscariam copiam ejus loci, in quo ut jactaretur rete placuit: at ut subjicit *d. l.* si piscator jactarit rete, & quod extraxit piscium reddere nolit, cum tamen pretium acceperit captus, vel ei offeratur, de quo convenit, ut plerunque in hoc genere negotii prius numeratur pretium, quam fiat jactus retis, ut ex aliis auctoribus mox comprobabo. Si inquam, parvo pretio adnumerato, & deinde jacto rete piscator non vult reddere, quod extraxit, quod longissime exsuperet pretium, quod prænumerátum est, quod bolus sit pretiosior pretio, tum quia res, quæ empta est, certa esse cœpit, id quod interest non æstimabitur ultra duplum. Jactum retis appello *bolum*, quia & inde piscatores dicuntur *bolonas exercere*: Et etiam hodie hujusmodi homines vulgo *Bolonarii* appellantur in Landgothia, hodie *Languedoc*,

C quæ provincia dicta est a veteribus Gotthia, quod eam Gothi tenuerint, & Septimia in test. Caroli magni, quod constaret urbibus potissimum 7. Et de hoc genere emptionis, ut contrahatur, perspicue ostendit Svet. in *lib. de claris Oratoribus* his fere verbis: *Adolescentes cum Ostiam venissent: piscatores rete trahentes adierunt, & pepigerunt bolum, quanti emerent, & nummos prærogarunt*, id est, *solverunt*, ut fieri solere dixi. *Extractis retibus piscis nullus infuit, sed sporta auri obsuta: tum emptoris bolum suum esse ajunt, piscatores suum; est controversia scholastica, quæ tamen facile ex jure dirimitur, ut non jure emptores bolum illum suum esse intendant, quod de illo bolo intellectum non sit, sed de captu piscium*. Et simile est, quod Plutarchus in Solone refert, de Cois piscatoribus trahentibus sagenam, everriculum, sive rete, & Mile-

D siis quibusdam mercatoribus ementibus bolum, & extracta tripode aurea, nullo pisce. De hoc genere contractus etiam Apulejus 1. *Apolog.* scribens de Philosopho quodam, qui emit jactum retis, & extractos pisces reddidit profundo, cum animadvertisset everriculum trahi a piscatoribus, fortunam jactus ejus emisse, & pretio dato jussisse illico pisces illos, qui capti erant, solvi retibus, & reddi profundo. Si jactaverit rete, & extraxerit pisces, casus est certus, in quo sit servandus finis dupli: si nolit jactare rete, casus est incertus, qui æstimabitur arbitrio judicis, tanti scilicet, quanti fortuna illa jactus vendi posset, etiamsi pluris vendi possit, quam empta sit. Denique ut concludamus, in casibus certis lex definit id quod interest, & coarctat ad duplum: In casibus vero incertis, & infinitis taxatio permittitur ju-

E dici, ita ut ipse nulli adstrictus rationi, vel taxationi possit æstimare id omne, quod revera interest actoris. Unde quæritur, non sine pulvere, non sine impensa pulveris multi, quæ sit differentia inter casus certos, & incertos, ut in incertis æstimetur omne id quod interest, in certis non omne quod interest, sed fine dupli tenus. Ratio perspicua hæc est, incertæ rei non posse constitui certam regulam, incertæ & infinitæ rei infinitam esse regulam, vel Aristot. *teste* 5. *Ethic.* Incerti & infiniti casus, habent etiam incertam, & infinitam regulam, quia nec certam habere potuerunt: certi habent certam: in omnibus tamen casibus Justinianus vult modum servari: in certis certum, in incertis etiam modum, puta veritatem, non quantitatem ab adversario petitam, vel colo-

ratam,

ratam, & longius accerſitam, quia ut ſubiicit Juſtinianus, *eſt naturæ congruum, eas tantum pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine concluſæ ſtatuuntur*: Præſtatio enim ejus, quod intereſt, pœna eſt, qua coercetur culpa adverſarii, maxime ſi egrediatur rei pretium. Et *naturam* quidem initio legis accepit pro ſubſtantia, ut Ariſtoteles ſæpe naturam accipit: heic autem naturam accipit pro naturali æquitate. Ubi eleganter Theodorus enarrans illam rationem Juſtiniani, *natura*, id eſt, naturalis æquitas, *complectitur moderationem*; *ἡ φύσις τὴν συμμετρίαν ἀσπάζει*: Et quod de pœnis legitimis ſubjicit Juſtinianus, ut hæ ſolum exigantur, quæ legibus ſunt ſcriptæ, & definitæ: nihil enim loquitur de pœnis conventionalibus. Et tamen quod de iis dici poteſt, aut debet, ſi ſcire cupias, legas obſervationem decimamſextam cap. 34.

AD TITULUM XLVIII.

SI A NON COMPETENTI JUDICE JUDICATUM ESSE DICATUR.

IN hoc tit. ſuperioribus caſibus, quibus docuit ſententiam judicis ipſo jure nullam eſſe, hunc addit, *ſi ab incompetenti judice indicta ſententia fuerit*. Incompetens judex eſt, cujus juriſdictioni, vel notioni ſubjectus reus non eſt, qui & *incongruus judex* dicitur *l. 1. ſup. de juriſd. omn. jud.* Dico reus: Nam non deſidero, ut judex actori ſit judex competens: ſatis enim eſt, ſi reo fuerit judex competens, quia actor ſequitur forum rei. Is igitur demum eſt judex incompetens, cujus juriſdictioni, vel notioni reus ſubjectus non eſt. Dico *juriſdictioni, vel notioni*: Nam alii ſunt judices, qui forum, & juriſdictionem habent, ut magiſtratus: alii, qui notionem tantum, ut judices dati, judices delegati ad litem certam, judices ſpeciales, ſive pedanei, qui utique ſunt incompetentes, ſi ab incompetentibus magiſtratibus dati ſunt, vel ſi dati a competentibus alia de re judicent, quam de qua judicare juſſi ſunt. Et de iis eſt potiſſimum hic titulus: titulus autem *libri tertii, de juriſdictione omnium jud. & foro competenti*, qui ab hoc titulo qua re diſtet, non abs re poſſet quæri. Ille, inquam, *lib. 3. titulus eſt de magiſtratibus*, quia de jurisdictione, & foro, quod ſoli magiſtratus habent, non judices delegati, non etiam Epiſcopi jure civili. Epiſcopi forum non habent, vel juriſdictionem, ut eſt in conſtitutione quadam C. Theod. ſcriptum, ſed habent notionem tantum, ut judices delegati. Et qua de re cognoverunt, judicaveruntve, id, quod judicarint, ipſi non exequuntur, ſed magiſtratus. Et inde titulus *de epiſcopali audientia*, qui Epiſcopis tribuit audientiam, non juriſdictionem, non forum. Item in illo *tit. lib. 3.* potiſſimum definitur quis ſit magiſtratus competens, & quis incompetens; in hoc autem tit. definitur, ſententiam dictam ab incompetenti judice, ipſo jure nullam eſſe, ut in *l. 6. §. quod ſi quis, ff. de inj. rup. teſtam.* Ideoque dictam ab incompetenti ſententiam, citra appellationem infirmari, & ex integro cauſam agi, & judicari, quia pro non judicata habetur. Et non parere eam ſententiam, quam dixit incompetens, actionem judicati; quod etiam trahitur non male ad confeſſionem factam coram judice incompetenti, ut ea etiam confeſſio non valeat, ut eſt in *c. 4. extr. de jud.* Ubi Alexander Pontifex ait, *Clericum confeſſum de crimine in foro judicis ſecularis, qui ei eſt judex incompetens, apud Epiſcopum, qui ei eſt judex competens non haberi pro damnato*, quod notandum. Primum confeſſus extra judicium non habetur pro judicato, pro condemnato confeſſus etiam in judicio incompetenti non habetur pro judicato. Et plerumque eadem eſt cauſa confeſſi, & judicati: ut judicatum, ita confeſſio non valet, niſi fiat in foro, in jure, vel in judicio competenti: ut judicatum, ita confeſſio certa eſſe debet, id eſt, certæ quantitatis, vel rei,

A *l. 6. de conf.* ut judicatum, ita confeſſio facta abſente adverſario nihil nocet, aut nihil valet, *d. l. 6. §. ſi quis abſente*. Itaque non male in *d. c. 4. ex. de jud.* ut quod judicavit judex incompetens non valet, ita cenſet, quod quis confeſſus eſt apud judicem incompetentem non valere. Sed id non fero ullo modo, quod idem Pontifex clericorum adulteria numerat inter minora delicta, quorum veniam dare poſſit clerico Epiſcopus poſt peractam pœnitentiam. Majorum autem criminum Epiſcopum clerico veniam dare non poſſe, ſed ei debere irrogare pœnam legitimam omnimodo, pœnam Canonicam, quæ eſt loci motio, ſive *καθαίρεσις*, & regradatio: Nec pœnitenti veniam concedere poteſt. Et nominatim adulteria illorum vocat minora crimina: & male, cum ſit natura turpe, & probrum, ut ait *l. probrum, de verb.*
B *ſig.* Sed ad rem: ſecundum definitionem hujus tituli, ſi judex datus ad rem certam ſpecialiter, de alia re judicaverit, ut puta ſi datus ad actionem locati, conducti, judicaverit de pecunia credita, quod is judicavit, ipſo jure nullum eſt, quia in ea re non fuit competens judex. Et hoc exemplo Græci utuntur *ad l. 1. h. t.* Item ſi judex datus in proprietatis cauſa non judicaverit de proprietate, ſed de poſſeſſione, vel de alia re, quod is judicavit, ipſo jure nullum eſt, & cognitio de proprietate redit ad præſidem, qui eum judicem dedit, & addixit judicio proprietatis: Nam hoc eſt generaliter verum, a judice dato, qui ſuum munus non exequitur, ut ei præſcripſit formula magiſtratus, qui eum dedit, ut inquam, ab eo cognitio recurrat ad præſidem: Ideo judice dato judicante alia de re, quam de cauſa proprietatis, cauſa pro-
C prietatis redit ad præſidem, qui eum judicem dedit, ut ſi datus de proprietate, judicaverit de poſſeſſione: Nam ut ait *l. 3.* etſi jure judex datus de poſſeſſione, de ea judicaverit, præſidi integra eſt cognitio de proprietate. Et ita accipienda *l. 3. hoc tit.* adhibita *l. 9. ſup. de ſentent. & interl.* Et ratio hæc eſt, quia longe alia res eſt proprietas, alia poſſeſſio, *l. naturaliter, §. 1. l. pen. ff. de adq. poſſ. l. 1. §. hujus, l. pen. §. 1. ff. uti poſſ.* Seneca 10. *epiſtol. ſtulta hominum avaritia poſſeſſionem, proprietatemque diſcrevit*, imo vero prudentia juris auctorum ſumma. Item ſi magiſtratus militaris judicem dedit inter privatos virum militarem, quod is judicaverit, tanquam ab incompetenti judice judicatum, nullum eſt. Et ita eſt accipienda *l. 2. hoc tit.* Nam judicis dandi poteſtatem, quæ eſt pars juriſdictionis, ut docet *l. imper. ff. de juriſd. omn. jud.* magi-
D ſtratus militaris non habet, veluti magiſter militum: niſi inter milites, vel actorem privatum, & reum militem, quia actor ſequitur forum rei, ut in *l. pen. ſup. de juriſd.* Et eadem ratione Procurator Cæſaris ſi judicem dederit inter privatos, quod is judex judicaverit, nullum eſt, *l. 1. ſup. de ped. jud.* quia non eſt datus a competenti judice: datus ab incompetenti, & ipſe incompetens eſt. Et ita de procuratore Cæſaris Græci acceperunt *l. 4. hoc tit.* dum dicunt, in privatorum cauſis, id eſt, inter privatos dictam ſententiam a non ſuo judice, id eſt, a judice, quem dedit Procurator Cæſaris, ipſo jure non valere: Privatus autem homo, quem magiſtratus judicem non dedit, ſed partes elegerunt, incompetens etiam eſt, cum nec judex ſit quidem, quia privatorum conſenſus privatum hominem non poteſt judicem facere; Et ideo
E etſi judicaverit ex conſenſu partium, quod is judicaverit, rei judicatæ auctoritatem non habet, *l. 3. ſi p. de juriſd. omn. jud.* quia legis eſt, aut magiſtratus judicem facere, non privatorum. Ideoque ſententia illius judicis ne conſentientes quidem, id eſt, qui in eum conſenſerint neceſſitate ulla adſtringit, ut poſſint non parere ſi velint ei ſententiæ. Ergo conſenſus partium eum tantum competentem judicem facit, qui magiſtratus eſt, qui tribunali præeſt, licet ejus juriſdictioni ſubjecti non ſint, non etiam privatum: publicam perſonam privati non faciunt, *l. 1. & 2. ff. de jud.* etſi ſe ſubjiciant juriſdictioni ejus, atque adeo prorogent juriſdictionem ejus ſua ſponte: item litis conteſtatio, quia pro conſenſu habetur, incompetentem judicem, ſi modo ſit in magiſtratu, judi-

judicem competentem facit, non etiam privatum hominem, *l. 1. sup. de sent. & interloc.* Et hoc est, quod dicitur, *præscriptionem fori non opponi post litem contestatam,* quia litem contestando id forum approbavimus, & ei nos subjecimus. Præscriptio fori objicitur ante litem contestatam; sero post litem contestatam, *l. 4. sup. de jurisd. omn. jud. l. ult. inf. de exception.* Si igitur dicamus, *litis contestatio incompetentem judicem, qui tamen in magistratu, vel potestate est, competentem facit.* Item, *litis contestatio competentem judicem confirmat, ne recusari possit, nisi magna ex causa, qui tamen ante litem contestatam potest recusari sine causa,* ut diximus *l. ult. sup. de sent. & interloc. l. 12. l. apertissi. sup. de jud.* Nemo litem contestari cogitur. Ergo sponte, si litem contestetur, ei judicio parere compellitur. At vocatus a magistratu, licet forte is dicatur judex non esse competens, omnimodo venire cogitur, ut sciatur hoc ipsum, an sit ei judex competens. Vocati est non contemnere auctoritatem magistratus, qua re nihil est perniciosius in Rep. Ipsius autem magistratus est statuere an sua sit jurisdictio, *l. 5. ff. de judic. l. 2. si quis in jus vocatus, &c.* Soleo dicere judicem quem esse in re sua duobus casibus. Primum cum agitur de sportulis judiciariis, quia in re est idem adversarius, & judex. Item cum agitur de jurisdictione sua. Nam opposita præscriptione fori, ipse statuit, an forum suum partibus sit competens, necne, *l. 5.* Sed huic sententiæ opponitur *l. 1. ff. de feriis,* dum ait, *vocatum a prætore condicto die feriato, venire non compelli, & si non venire perseveraverit, non mulctari eum propter contemptum prætorem, imo in eum dictam sententiam ipso jure nullam esse.* Sed hoc facit temporis importunitas, quod condixerit prætor diem feriatum, quo jus ei dicere fas non est, ut plane liceat eo die non venire, sicut nec si condixerit infamem locum, eo loco licet non venire: Nam & locus, & dies illicitus vitiat sententiam, *l. 4. & 5. sup. quomodo, & quando judex.* Et ita etiam debitor non intelligitur fecisse moram, etiamsi interpellatus non solverit, si quidem interpellatus sit in opportuno loco, vel tempore, *l. si soluturus, ff. de solut. l. mora, de usur.* Et ad eundem modum non intelligitur esse contumax adversus prætorem, qui vocatus non venit, si vocatus sit in diem, aut locum illegitimum. Verum si magistratus, qui non est competens, sit competens ex consensu partium, & judex quoque datus ab incompetenti fit competens ex consensu partium, Ergo definitio hujus tituli est, ut sententia dicta ab incompetenti judice ipso jure nulla sit, sic est accipienda, si dicta sit citra consensum partium, vel si dicta sit a privato homine, nec dato a magistratu ex consensu partium. Et hæc est summa eorum, quæ dixi ante.

AD TITULUM XLIX.

DE PŒNA JUDICIS, QUI MALE JUDICAVIT, &c.

QUÆRI potest an etiam, quod judex competens male judicavit, ipso jure nullum sit? Et videtur non esse nullum, quia lex ait, *sive bene sive male judex officio suo functus sit, sententiam ejus citra appellationem rescindi, aut retractari non posse, & Reipublicæ interesse non convelli auctoritatem rerum semel judicatarum,* quia scilicet status Reipublicæ maxime rebus judicatis continetur, alioqui nullus finis litium foret, *l. judex, ff. de re judic. l. servo, §. cum prætor, ad Trebell. l. si patronus, §. si quis, ff. de bonis libertor.* Ideoque etiam rebus male judicatis standum esse, quod sane verissimum est, si judex per errorem, & imprudentiam male judicavit, ut ita judicatum citra appellationem rescindi non possit, sed litem suam judex faciat, id est, perinde est, atque si lis sua esset, suaque causa, ut ei, cujus interest in tantum teneatur, in quantum religioni judicantis æquum visum fuerit, actione in factum, quasi ex maleficio, *l. ult. D. de extraord. cognit.* salva tamen existimatione, quia dolo caret. Quod si per gratiam, & ambitionem, *par faveur,* sciens dolo malo judicavit, sententia valet, sed judex ei, cujus interest, tenetur in solidam æstimationem litis, *l. si filiusfamil. in fine, D. de judic.* & infamia notatur, *l. 2. hoc tit.* In qua est legendum *existimationis,* pro *æstimationis.* Quia hoc vult, judicem, qui gratia corruptus male judicavit, damnum pati existimationis, & præstare periculum litis ei, quem jure non condemnavit. Quod si judex per sordes, quem casum etiam complectitur *lex 2.* id est, pecunia corruptus male judicaverit, quod turpitudinem vocat *l. 2. de Senat.* Marc. Tullius *lib. 1.* ad Attic. ep. 13. *Si quæras causam absolutionis, egestas fuit judicum, & turpitudo.* Hoc solo casu propter turpitudinem rei sententia ipso jure nulla est, & citra appellationem infirmatur, *l. venales, inf. quand. prov. non est necess.* Et præterea judex infamia notatur, ut ait *l. 2.* & præstat solidam æstimationem litis ei, cujus interest, id est, ei quem læsit. Et præterea, ut notat Accursius, extra ordinem coercetur criminali judicio. Et hæc de pœna judicis, qui male judicavit. Nunc loquamur de eo, qui judicem data pecunia corrupit, ut male judicaret: vel qui adversarium corrupit, ut prævaricaretur, ut lusorie causam ageret, & se vinci pateretur. Cum adversario licet transigere de lite, exceptis certis casibus, quibus turpis transactio videtur esse, aut pro confessione habetur: his transactionibus non est interdictum, sed sordidis concussionibus, ne quid per concussionem judex, vel adversarius perterrefacto reo ab eo extorqueat, & exprimat. Porro is tantum, qui, ut dixi, corrupit judicem, vel adversarium, causa cadit, litem amittit ex constitutione Antonini ad Cassium Sabinum, id est, ex *l. 1. hujus tit.* Cujus inscriptio, ut retuli, ita emendanda est, ut constat tum ex veteribus libris, tum ex *l. 1. §. pen. ff. de calumniator.* ubi Ulpianus proponit sententiam hujus legis: eamque adscribit Imperatori suo, id est, Antonino ad Cassium Sabinum, non ad Gaudium, ut vestri codices habent. Igitur, si actor corruperit judicem, vel adversarium, actionem amittit, si reus, defensionem, sive exceptionem suam amittit. Nam in *l. 1.* actionis verbo continetur etiam exceptio, ut in edicto de dolo malo, *l. 1. §. ait prætor, ff. de dolo.* Et hoc ita procedit, etiamsi res nondum sit judicata, & pateat interim, reum judici pecuniam dedisse, ut male judicaret, vel adversario, ut colluderet: post rem judicatam secundum corruptorem, etiam litem amittit, quia sententia ipso jure nulla est, & litis restitutio ei non dabitur, quam vitio suo amisit, nisi forte ex Novella Justin. 124. se ipsum detulerit, & rem prodiderit in publicum, & judicem, vel adversarium arguerit acceptæ pecuniæ: Nam ex Novella Just. corruptori est medicina confessio, si modo rem probaverit, & reum convicerit.

AD TITULUM L.

SENTENTIAM RESCINDI NON POSSE.

IN hoc titulo proponitur, quod etiam tit. generali prædixerat *l. 9. sup. de sent. & interloc.* ipso jure nullam esse posteriorem sententiam ejusdem judicis, vel successoris ejus de eadem re, & inter partes easdem, quæ contraria est priori sententiæ, a qua appellatum non est. Et hoc maxime distat lex a sententia: Nam posterior lex potior habetur priori: prior sententia est potior posteriore. Item lex plerumque statuit de futuris, sententia de præteritis, quæ postrema differentia est in Partitionibus M. Tull. sunt in hoc tit. tres leges. Prima, & tertia non desiderant meam operam, secunda desiderat. Sciendum igitur est, alias esse exceptiones peremptorias, alias dilatorias. Peremptoriæ sunt, quæ perimunt prorsus actionem, & excludunt, ut exceptio doli mali, rei judicatæ, non numeratæ pecuniæ, exceptio longi temporis ex leg. Julia, si non legem prodidisse dicatur, de qua in *l. 2. §. ult. ff. ad l. Jul.*

de adult. & except. SC. Macedoniani, & Vellejani. Hæ omnes exceptiones protinus agentem repellunt, & exstinguunt actionem, si probentur judici legitimis probationibus. *Dilatoriæ* autem sunt, quæ differunt, non perimunt actionem, quæ efficiunt non ut ne sit actio omnino, sed ne sit statim: Ut *exceptio fori* impedit actionem, & litis contestationem, cum judex negatur esse competens, & *exceptio procuratoria*, quæ negat jure datum procuratorem. Summa autem inter has exceptiones differentia hæc est: Quod dilatoriæ opponantur initio litis contestandæ, *in ipso limine quæstionis*, ut ait Symmachus 1. epist. scribens de exceptione procuratoria: non recte opponuntur post litem contestatam, sed initio litis. Cur non proponantur nisi initio litis, hæc est ratio, quia exceptiones dilatoriæ potissimum sunt de personis, quibus judicium consistit, aut sane has solas dilatorias exceptiones dicimus esse opponendas initio litis, quæ sunt de personis, quibus judicium consistit, atque completur, puta de judice, actore, vel reo, vel procuratoribus eorum: cum quæritur, an judices sint competentes, aut litigatorum personæ sint justæ, & legitimæ: Nec enim omnes habent legitimam personam standi in judicio. Ideoque ut lis, judiciumque constituatur, necesse est eas exceptiones in primis disceptari, excuti, probari, *l. licet, sup. de procurator.* Judicio constituto frustra quæritur ea de re, quæ jam finita est contestatione litis. Longe alia est conditio exceptionum peremptoriarum. Nam testandæ quidem sunt initio litis, sed excutiendæ etiam, & probandæ non sunt statim initio litis, antequam judicium constituatur: Imo & post constitutum judicium, litemque contestatam, quandocunque peremptoriæ exceptiones, quarum initio testatio habita sit, opponi, & excuti possunt. Quæ omnia de exceptionibus dilatoriis primum ostenduntur in *l. exceptionem, sup. de probat. l. pen. & ult. inf. de except. l. 4. sup. de jurisd. omn. judic.* De peremptoriis exceptionibus in *l. 9. de præscript. longi temporis, & l. 8. inf. de except.* Et hoc quoque *l. 2. hoc tit.* ait, *edicto perpetuo caveri, qui locus est singularis, ut peremptoriæ exceptiones, post litem contestatam, ante sententiam quandocunque opponi possint.* Denique dilatoriæ exceptiones opponuntur judicio constituendo: peremptoriæ perficiendo. Dilatoriæ obstant, ne judicium constituatur, peremptoriæ ne finiatur, secundum intentionem actoris. Et sunt peremptoriæ propriæ exceptiones, quæ rem ipsam finiunt, atque interimunt, sunt proprie defensiones: & naturæ congruum est, ut quis quandocunque pulsatur, suis defensionibus, quas habet, utatur. Hæ igitur sunt exceptiones, sive præscriptiones, & defensiones, quæ proprie peremptoriæ sunt, hæ sunt clypei reorum, actiones tela, exceptiones sunt manus sinistræ, actiones manus dextræ, ut M. Tullius M. Cælium melius agentem, quam defendentem dicebat bonam dextram habere, malam sinistram, uti telo scite, non clypeo. Ergo peremptoriæ exceptiones quandocunque dum lis agitur, ante sententiam opponi, & probari possunt, & oppositæ omnimodo excuti possunt a judice: at post finitum judicium, id est, sententiam, nobis non sunt integræ peremptoriæ exceptiones, quia nemo nos pulsat post sententiam. Sed excipitur exeptio SC. Macedoniani, & Vellejani, quæ ex Senatusconsultis odio fœneratorum, vel favore mulierum opponuntur post sententiam, *ut in l. tamen, ff. ad SC. Vellej.* Alias sententia non potest eo prætextu rescindi, quod omissa fuerit exceptio peremptoria, nisi beneficio restitutionis in integrum, si res sit judicata contra minorem viginti quinque annis, ut ei liceat uti exceptione peremptoria post sententiam, qua non est usus pendente lite, *ut in hac l. 2.* in qua legendum est, *In integrum restitutio promittitur*, ut loquuntur semper auctores nostri, non permittitur, ut in Basil. ἐπαγγέλλεται: aut etiam beneficio appellationis, si dicta sit sententia contra majorem viginti quinque annis. Denique ut est in rubr. hujus tituli, *Sententiam rescindi non posse contraria sententia, nisi remedio appellationis, aut restitutionis in integrum.*

AD TITULUM LI.

DE FRUCTIBUS, ET LITIUM EXPENSIS.

DATUR hic titulus, ut intelligamus, judicem non tantum de re principali, sed etiam de fructibus ejus rei, & sumptibus litis sententiam proferre debere. Et statim initio hujus tituli proponitur, fructus intelligi deductis justis sumptibus. Proponitur regula juris, principium juris, a quo nullus casus excipi dicitur in *l. fundus, ff. fam. ercisc.* Et unus tamen casus excipi debet ex *l. ult. inf. de fund. rei privat.* Et justi sumptus in hac regula, quæ proponitur statim ab initio hujus tituli, sunt sumptus necessarii, vel utiles, *l. heres ff. de petit. hered.* Qui scilicet facti sunt observandæ, tuendæ, curandæ rei, vel fructuum ex ea quærendorum, aut redigendorum gratia, non qui facti sunt duntaxat voluptatis causa: his justis sumptibus primum satisfit ex ipsis fructibus rei: Deinde reliqui fructus restituuntur, si sunt in causa restitutionis, vel dividuntur, si sunt in causa divisionis. Denique deductis sumptibus fructus æstimantur, quia sumptus minuunt fructus. Et in *l. 2.* ostenditur, in rei vindicatione, qua agitur adversus bonæ fidei possessorem, non tantum in rem principalem condemnationem fieri, ut restituatur actori, qui est verus dominus, sed etiam fructus perceptos post litem contestatam, aut percipiendos, id est, quos actor honeste percipere potuisset. Denique conventus bonæ fidei possessor, & condemnatus, ex condemnatione restituit rem, & post litem contestatam fructus perceptos, aut percipiendos. Eademque est causa heredis ejus. Et hæc est sententia *l. 2.* quæ nititur hac ratione, quia quod attinet ad causam fructuum, post litem contestatam omnes intelliguntur esse malæ fidei possessores, omnes pares sunt, quod attinet ad causam fructuum restituendorum. Nam quod ad alia attinet, non sunt pares post litem contestatam, quia quod etiam Accursius attigit in *h. l. 2.* bonæ fidei possessor, id est, qui ante litem contestatam bona fide possidebat, fatum non præstat, puta si post litem contestatam res, quæ petita est, suo fato intereat, suave morte: at malæ fidei possess. fatum præstat, quod forte non indicisset, si res statim actori restituta esset, *l. 15. §. ult. D. de rei vind.* Item bonæ fidei poss. servi petiti in judicio, adquirit per eum ex re sua, id est, quod is servus parat ex re possessoris post litem contestatam, malæ fidei possessor non item, ut colligitur *ex l. 20. eod.* Ergo post litem contestatam non per omnia omnes possess. pares sunt, licet, qui conventus est bonæ fidei possessor, jam sciat, aut intelligere possit, vel suspicari ex conventione sola rem eam, quam possidet, esse alienam. At in fructuum restituendorum causa sunt pares, sive sint bonæ fidei, sive malæ fidei possessores. Is unde petitur res, restituit fructus, quos percepit, aut percipere potuit post litem contestatam, & olim quidem restituebat, qui ab initio bonam fidem non agnoverat, sed litigare maluerat, non simplos fructus, sed duplos, ut constat *ex C. Theod. eod. tit.* Et *l. 1. de usur. rei jud. in eod. C. Paul. 5. Sent. t. 49.* ex die accepti judicii dupli fructus computantur. Et ii sunt, qui majores fructus dicuntur, scilicet fructus dupli in *l. 6. §. ult. ff. mand. l. rescriptum, §. 1. ff. de distr. pign.* Et de his quoque ita D. Ambros. Epist. 24. *cum adverterem illum si vicisset acturum de duplis fructibus, & de sumptib. annosæ litis.* Et restituebantur quidem dupli fructus ex 12. tab. hoc nimirum erat ex illa *l. 12. tab. Si vindiciam falsam tulit, rei, sive litis arbitros tres dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito. Just. in Nov. de triente, & semisse*, in actionibus in personam præscripsit pœnam dupli, puta ut debitor, qui inficiatur, in duplum damnetur. Quod etiam constitutio quædam regis nostri probat. Debuisset uterque etiam in actionibus in rem constituere pœnam dupli legitimam, ut scilicet restituerentur fru-

fructus in duplum, percepti, aut percipiendi post litem contestatam, sed obtinuit, ut restituantur tantum in simplum. At notandum est, loqui h. l. de bonæ fidei possessore: Nam, ut est in *C. Theodos. eod.* Malæ fidei possessor restituit fructus, non tantum ex die litis contestatæ, sed ex die, quo rem mala fide possidere cœpit, usque ad exitum judicii. Quam partem Justinianus non retulit in *hanc leg.* 2. sed priorem illam tantum, quæ est de bonæ fidei possessore, non etiam illam, quæ erat in ead. constit. de malæ fidei possessore, ut his fructibus restituendis alligaretur a die invasi fundi, ne dum a die litis contestatæ, quia scilicet hodie hoc non obtinet, nisi in interdicto unde vi: Nam qui vi alium malo, & improbato more dejecit e fundo, ex die, quo dejecit, restituit fructus, *l.* 1. §. *ex die*, *ff. unde vi*. Idem juris est, si agatur adversus malæ fidei possessorem petitione hereditatis, cujus formula hæc est, *si paret hereditatem meam esse*. Nomen *hereditatis* latissime manat, quia est nomen juris, proinde comprehendit non tantum res hereditarias, sed & fructus, & causam omnem. Qui igitur petit *hereditatem*, sub nomine hereditatis, & fructus etiam petit; & proinde fructus præteriti veniunt in hereditatem, si agatur cum malæ fidei possessore. At in actione in rem, puta si *fundus* petatur, quia appellatione fundi non veniunt fructus; nec enim est nomen juris, sed certi corporis, ideoque in ea non veniunt fructus percepti a malæ fidei possessore, nisi petantur nominatim: opus est petitione speciali, quia nec officio judicis veniunt, propterea quod ea, quæ contingunt ante judicium acceptum, non pertinent ad officium judicis, nisi sint nominatim judicio comprehensa: omissa actoris culpa officio judicis non supplentur, *l. ædiles*, §. *pen. ff. de ædilit. edic.* Et hæc de fructibus. At notandum in rei vindicationem non tantum venire fructus, sed etiam sumptus, impensasque litis, id est, possessorem, quem judex condemnat, non in hoc tantum debere condemnari, ut rem, & fructus restituat, sed etiam ut restituat sumptus, & impensas litis. Cassiodorus lib. 5. *litis expensas judicio superatus exsolvat, quod hinc dantur fomenta detestabilis jurgii, cum improbi vincuntur illæsi*, & non tantum litis impensarum condemnationem facere debet judex, sed etiam detrimentum omne, *a tous despens, & dommages*, ut in *l. ult. inf. qu. provoc. non est necess.* sumptibus litis, vel detrimentis. Et in *l.* 4. *hoc tit.* est restituenda vetus lectio illo loco, *pro pecuniaria vero causa, post dispendia, post sumptus*: vulgo absunt illa verba, *post dispendia*, quæ habent omnes veteres libri, & Basilica, in quibus est, *τὰ δαπανήματα, καὶ τὰ ζημιώματα παρασχεῖν*: id est, *sumptus, & dispendia*, veluti viatica, id est, itinerarii sumptus. Et ita etiam in §. *hæc autem, Instit. de pœna temere litig. damnum, & litis impensas*. Redduntur ergo impensæ litis, & damna actori, si vicerit: ac similiter reo si vicerit, *l. eum, quem temere, ff. de judic.* Et sane reo potracto in longinquam provinciam ex rescripto Principis extra ordinem, ex privilegio, quod actor habet forte, eo casu, quis non videt rationem esse habendam dispendiorum, veluti sumptus itinerarii, & impensarum litis, sive sportularum erogatarum, aut judicibus, aut executoribus litium. Et æquum est etiam hoc casu, si vincatur actor, qui reum traxit in forum longinquius, vel si judicio non adsit actor, æquum est, ut ait *l.* 4. ut actor quoque præstet calumniæ pœnam. Est quædam actio calumniæ, quæ datur victori adversus victum, de qua in *l.* 31. *sup. de liber. cau.* ea actio olim fuit in 10. partem litis, decima pars litis fuit coercitio temere litigantium, §. *hæc autem, Instit. de pœn. tem. litig.* Decima pars litis, inquam, quia alia est decima, de qua agitur in *l. pen. h. tit.* quæ est constitutio Græca Zenonis restituta a me initio *Observationis* 12. Decima de qua agitur in *l. pen.* est non decima pars litis, sed decima pars impensarum litis, in quam, ultra impensas litis, potest judex condemnationem facere, si hoc videatur exigere nimia temeritas, ac pervicacia litigantium, ut si impensæ litis sint 100. potest condemnare in 100. & 10. eamque decimam impensarum in fiscum

A conferre, vel in adversarium, qui vicit, ut plenius ostenditur in ea constitutione. Debet autem judex pronuntiare aliquid de sumptibus, id est, vel debet ab eorum præstatione victum absolvere, ut invicem partes compensent expensas litis, ut ait *Novella* 82. vel condemnare debet victum etiam in expensas litis, & potest absolvere ab expensis litis ex justa causa, ut ostendit constitut. Græca, id est, *l. pen.* puta si bonam fidem agnoverit initio, medio, aut fine litis, si actor ultro destiterit a lite, vel etiamsi res maxime dubia & ambigua fuerit, *d. l. pen.* Omnino igitur debet aliquid statuere de sumptibus litis. Si nihil statuerit, quid fiet? ipse judex victori de suo expensas litis refundere cogitur, *l. properandum*, §. *sin autem alterutro, sup. de judic.* Is autem, qui victus est, non potest eo nomine conveniri, quia nihil pronuntiatum est in eum de expensis litis. Et observandum heic est, magnam esse differentiam inter fructus, & sumptus litis: Nam si nihil de fructibus pronuntiavit judex, integra est victori actio de fructibus, ut Ambrosius dixit supra, acturum de duplis fructibus si vicisset. At si nihil pronuntiaverit de expensis litis, non est victori integra petitio expensarum litis. Et hæc est sententia *l.* 3. *h. tit.* Videlicet, nisi judex cominus partibus constitutis, ut loquitur *l. ult. sup. de legib.* id est, præsente utraque parte condemnationem fecerit, expensarum nomine: non licet etiam victori eo nomine appellare, quod judex nihil pronutiaverit de expensis litis, *l. ult. inf. quando provoc. non est necess.* sed convenire judicem potest, ut ei refundat impensas, quarum in sententia sua nullam rationem habuit. Aliquando victor potest appellare, puta, si C sententia ei non satisfaciat ad plenum, si non ejus justam petitionem adimpleat. Sed non appellat, quod de sumptibus judex nihil pronutiaverit: & non appellat etiam uno casu, qui vicit, licet ei sententia non satisfaciat ad plenum, puta si absens ex contumacia vicerit, cum non defenderetur, quia & pro contumace aliquando datur sententia, si omnino videatur bonam causam habere. At sententia, quæ data est secundum contumacem, si ei non satisfaciat ad plenum, propter contumaciam ita plectitur, ut non possit appellare, quam plenam esse negat, & alio quoque modo, ut victo damnetur expensarum nomine, qui casus est singularis, ut victor victo refundat expensas litis, quod ostenditur in *l. properandum*, §. *sin autem ex gestis, sup. de jud.* Notandum etiam *ex d. l.* 3. in condemnatione, quæ fit nomine expensarum litis, non D esse necesse exprimi quantitatem certam. In eam rem, de qua agitur principaliter, necesse est ferre sententiam certæ quantitatis, vel certi corporis, non etiam in condemnationem, quæ fit expensarum nomine: quod illa verba demonstrant in *l.* 3. *victori causæ restitui debere expensas*. Et inde fit, ut vulgo facta condemnatione in expensas litis, judex sibi recipiat, & reservet taxationem post sententiam. Condemnat igitur in expensas sine taxatione, non in rem principalem. Et postremo notandum ex *l. ult. hoc tit.* quosdam litigantes habere privilegium tale, ut victi non refundant victori expensas litis, vel ut minores sportulas præstent, quale privilegium habent Episcopi in §. *sportularum, Nov. de sanctiss. Episc.* tale privilegium habet fiscus: semper enim gratis litigat, quod est ex *l.* 1. *sup. de sportul.* quæ est Just. constitutio E Græca: ex qua Julianus *Nov.* 17. & 21. *fiscus*, inquit, *semper litigat gratis*. Sunt etiam quædam collegia, & corpora, quæ hoc privilegium habent, ut litigent gratis sine sumptu, aut minore, quam illi, & ut damnati absolvantur ab expensis. Et hoc casu, qui ea privilegia habent, si vincant, ut jus sit æquabile, etiam a victis, licet non habeant eadem privilegia, nihil possunt exigere expensarum nomine, aut id tantum, quod minimum expenderunt. Igitur, neque qui ea privilegia habent, neque victi agnoscunt expensas, neque qui cum iis litigant, licet ea privilegia non habeant, si illos vincant, expensas litis agnoscunt. Quod memini ita fuisse observatum in causa senatoris cujusdam, cum senatus, cujus ex corpore is erat, hoc haberet privilegium, ne eorum quisquam

quam, qui cum privatis in ſenatu litigaret, etiamſi vinceretur, damnaretur expenſarum nomine ut ille victor etiam fruſtra deſideraret adverſarium ſuum refundere expenſas litis, quoniam boni conſulere debet, ſi adverſarius eodem jure velit uti, quo ipſe uteretur, adverſus eum, ſi viciſſet. Et hæc eſt pulcherrima conſtitutio *l. ult. hoc tit.*

AD TITULUM LII.

DE RE JUDICATA.

QUID vero diſtat hic titulus *de re judicata* a titulo *de ſententiis*? quid ſententia a re judicata? *Res judicata eſt lis, ſive negotium, de quo ſententia lata eſt*, vel *cauſa, quæ tranſiit ad condemnationem, vel abſolutionem. Sententia autem eſt condemnatio ipſa, vel abſolutio. Res judicata uno verbo eſt judicatum*. Nec igitur idem eſt judicatum, & ſententia. M. Tullius: *Judicatum eſt id*, inquit, *de quo ſententia lata eſt*. Ut autem ſententiam reſcindi, & retractari non poſſe docuit *ſup. tit.*50. citra appellationem, vel reſtitutionem in integrum a prætore datam: Ita in hoc titulo docet de re judicata rurſus agi non poſſe, & obſtare agenti exceptionem rei judicatæ, ne aliter modus litium multiplicatur ſummam, & inexplicabilem difficultatem faciat, *maxime ſi diverſa pronuntiarentur*, quæ verba ſunt *l.6. ff. de except. rei jud.* ut ſit aliquis litium finis, *l.2. hoc tit.* quæ etiam ait prætextu computationis rem judicatam reſtaurari non poſſe, prætextu *ἀναλογαρισμῶ*, ut Græci interpretantur, puta ſi is, qui judicio ſuperatus eſt, dicat ſe fuiſſe ſuperatum, quod non bene rationes ſuas, quas in judicium deduxit, ſupputaſſet, & ſubduxiſſet, atque ideo deſideret rationibus retractatis, & reputatis ex integro cauſam agi: hoc enim eſt analogariaſmus, cujus obtentu *l.2.* ait, rem ſemel judicatam reſtaurari non poſſe, ut non male Theodorus Hermopolites in hanc *l.2.* ſcripſit, litem finitam ſub ſpecie, ſive per cauſam omiſſæ compenſationis in integrum reſtitui non poſſe, ſicut nec per cauſam omiſſæ peremptoriæ exceptionis, ut dictum eſt *tit.*50. Sed actioni judicati compenſatio opponi poteſt, poſita exceptione doli, *l.2. de compenſat.* non etiam cauſa denuo agi, & diſceptari, ſicut in ſpecie *l.1.* actioni judicati opponitur exceptio doli, puta ſi cum fure actum ſit condictione furtiva rei perſequendæ gratia, & condemnatus ſit fur in æſtimationem rei, vel litis: nam res, & lis idem eſt, & conveniatur actione judicati, quia nulla eſt actio, quæ brevius expediatur, poterit opponere actioni judicati exceptionem doli mali, ſi probaverit jam rem furtivam ad actorem perveniſſe, quod non ſit æquum, ut bis idem conſequatur. Denique actioni judicati poteſt quidem ex cauſa opponi peremptoria exceptio doli, ex cauſa nova, quæ contigerit poſt rem judicatam, non etiam denuo cauſa retractari, & diſceptari poteſt. Et ita eſt accipienda *lex 2. hoc tit.* non ut vulgo de judice, qui errans in computatione rerum condemnavit in certam quantitatem, ut ſcilicet error ille judicis non poſſit corrigi re denuo examinata & perpenſa, quod eſt falſum & iniquum: Nam ſive in ſententia judicis expreſſus ſit error, quo judex ductus eſt, poteſt corrigi ab eodem judice poſt rem judicatam, *l.1. §.1. D. quæ ſenteņ. ſine appellat. reſc.* Sive error non ſit expreſſus, ſed inſit, æque poteſt corrigi ab eodem judice oblato libello didaſcalico, *en propoſant l'erreur*, ut *Nov.*109. Nec quicquam obſtat *lex 1. de err. calc.* quæ lex non negat propter errorem calculi, quo perductus fuerit judex, rem judicatam retractari poſſe. Sed hæc eſt mens legis, ut ſi quæratur inter partes de errore calculi emergente ex aliquo contractu inter eos habito, quod de ea re judicatum, vel tranſactum fuerit .i. de errore calculi, de quo partes inter ſe certant, retractari non poſſit. Ergo dicamus *l.2.* non eſſe accipiendam de prætextu computationis, in qua facienda erravit judex, ſed de prætextu computationis, quam ſe non probe dicat feciſſe adverſarius, ut eludat rem judicatam, & ex integro cauſam agat, quod lex ait non eſſe ferendum, ut hoc obtentu partis res judicata inſtauretur. Additur etiam in *l.4. hoc tit.* ſub obtentu novorum inſtrumentorum poſt rem judicatam repertorum, rem judicatam in integrum reſtitui non poſſe, & hoc eſſe exemplo peſſimum, & grave, quod publice interſit minui lites, *l. eum de hoc, ff. de except. rei judic. & l. Impp. ff. de re jud.* Quæ tamen adjicit in publica cauſa, in publico negotio, Principem quandoque ex cauſa permittere reſtitutionem litis, permittere *παλινδικίαν* ob nova inſtrumenta. Dicam etiam in privato negotio ex magna cauſa idem Principem permittere poſſe, & ſolum Principem, *l. Divi fratres, ff. de pœn.* Plinius 7. *Epiſtolarum*, ſcribens ad Macrinum: *poſt rem judicatam victus adiit Principem*, inquit, *affirmavit ſe novas probationes inveniſſe: præceptum eſt judici, ut vocaret finitam cauſam retractanti, ſi quid novi adferret*: & tamen privatum erat id negotium, de quo ſcribit Plinius. Dicam igitur, ut per cauſam novorum inſtrumentorum poſtea repertorum, lis ex integro agatur, ſive ſit privata, ſive publica, ſive fiſcalis, opus eſſe ſpeciali præcepto principis, alioquin, ut ait *lex* 4. ſub obtentu novorum inſtrumentorum, jure, & ll. rem judicatam poſtea reſtaurari non poſſe. Pertinet valde ad hanc quæſtionem *lex admonendi, ff. de jurejur.* quam explicemus. *Lex*, ait, *interdum poſt exactum jusjurandum a judice, ſecutamque ſententiam conſtitutionibus permitti cauſam ex integro agi, ſi quis dicat, ſe nova inſtrumenta reperiſſe, quibus nunc ſolis uſurus ſit, non veteribus*: dum ait *interdum*, ſignificat regulariter ob nova inſtrumenta cauſam ex integro reſtitui non poſſe, de qua judicatum eſt. Sed eo caſu, videlicet cum judex in dubiis cauſis, & inopia probationum jusjurandum detulit, & ſecundum eum, qui juravit, ſententiam dixit, cauſam ex integro agi poſſe, ſi is, contra quem judicatum eſt, dicat, ſe inveniſſe nova inſtrumenta, quibus ſolis nunc uſurus ſit. Et ratio hæc eſt, quia res judicata ex falſis inſtrumentis ex integro agi poteſt, quod fuerit circumſcripta religio judicantis: & hoc oſtendit *inf. tit.*58. *& l.11. de except. l. D. Hadrian. de re jud.* Inſtrumenta autem dicimus non tantum ſcripturas, ſed quæcunque inſtruunt cauſam, vel judicem, vel adverſarium: teſtes ſunt inſtrumenta litis, jusjurandum partis eſt inſtrumentum litis. Merito ergo inſtrumentis adnumeravimus jusjurandum partis, quod judex ſecutus eſt: ideoque ſi is, contra quem judicatum eſt, prolatis novis inſtrumentis probet falſum fuiſſe jusjurandum, recte deſiderabit a principe: nam in hac ſpecie adire principem oportet, ut ex integro cauſa agatur, quaſi re ex falſis inſtrumentis judicata, id eſt, ex falſo jurejurando, ut ex novis inſtrumentis, quod in medium profert, patere dicit. Unde dicamus, multum intereſſe, utrum ſolus judex operam dederit, & judicaverit, quo caſu ſub ſpecie novorum inſtrumentorum res judicata redintegrari non poteſt, niſi ex ſpeciali præcepto Principis. An vero judex detulerit jusjurandum parti, & ſecundum ejus jusjurandum pronuntiaverit, vel etiam ut in *l. cum judex, ſup. de ſent. & interloc.* ſi jurari pronuntiaverit, & mox ex jurejurando, quid fieri oporteret: Nam hoc caſu prætextu perjurii, quod patefaciunt nova inſtrumenta, cauſa ex integro agi poteſt. Et hoc permittunt conſtitutiones Principum, ut ait *d. l. admonendi*: & quia conſtitutiones permittunt, jam non eſt neceſſe adire Principem, qui tamen adeundus erat in eadem ſpecie ante conſtitutiones, impetrandæ reſtitutionis litis gratia. Et obſervandum, *legem admonendi* loqui de jurejurando delato a judice in dubiis cauſis, & ſecundum jusjur. dicta ſententia, quod dicitur judiciale jusjurandum: Nam ut *d. l.* oſtendit, longe alia eſt ratio jurisjurandi delati a patre parti, quod dicitur voluntarium, vel neceſſarium, quia prolatis novis inſtrumentis res finita jurejurando voluntario, aut neceſſario, reſtaurari non poteſt. Et ratio eſt, quia partes inter ſe jurejurando de re omni tranſegiſſe videntur. Et certum eſt, tranſactionem non poſſe reſcindi prætextu novorum inſtrumento-

rum ſi bona fide facta fuerit. Si inſtrumenta ab adverſario non fuerint dolo malo ſuppreſſa, eligendæ tranſactionis cauſa, ut *l. ſub prætextu, ſup. de tranſact.* Denique hoc caſu imputari poteſt parti, quod jusjurandum detulerit adverſario, quod adverſarium fecerit judicem totius rei. At nihil ei imputari poteſt judice ultro deferente jusjurandum: Ideoque ei integrum eſt prolatis novis inſtrumentis, quibus arguitur perjurium adverſarii, cauſam retractare; & ita eſt explicanda ratio *l. admonendi*. Et generaliter ergo ita concludamus, nec ſub obtentu computationis a parte non bene confectæ in lite exequenda, nec ſub prætextu novorum inſtrumentorum poſt rem judicatam repertorum, regulariter cauſæ, aut rei judicatæ inſtaurationem jure poſtulari ab eo, qui rei judicatæ ſemel quolibet modo acquievit, ut *l.3. & 5. hoc tit.* Et notandum, quod ſignificat *l.5.* eum videri acquieviſſe ſententiæ, & renuntiaſſe appellationi, qui a judice petit dilationem ad ſolvendum judicatum. Et quod *eadem l.* generaliter ait, rerum judicatarum auctoritatem non pati, ut ea, quæ finita ſint, inſtaurentur. Quæ eſt ſumma definitio h. tit. quæ trahitur in lege ultim... acta, ad geſta, quæ in publica monumenta redacta ſunt, ex quibus petitur fides rerum geſtarum, quibuſque fides publica conſtat, *l. cenſus, de probat. l.3. §. ejuſdem, ff. de teſtib. l. in finalibus, ff. fin. regund.* Hæc etiam geſta publica, quicquid complectantur, ſive interrogationes, ſive confeſſiones reorum, ſive quæ alia, nulla ratione infirmari poſſe, aut retractari. Et notandum hanc *l. ult.* proprie pertinere ad geſta habita contra Donatiſtas per Marcellinum Tribunum, & notarium, & conſtat ex *l.55. C. Theod. de hæret.* ubi ait, notionem Marcellini contra Donatiſtas habita geſta, & quæ conſequuntur in hac *l. ult.* Et ſcribens quoque Div. Auguſtin. ad eundem Marcellinum, cujus ſit mentio in *d. l. 55.* epiſt. 158. *Geſta*, inquit, *quæ promiſit præſtantia tua contra Donatiſtas vehementer expecto, & in eccleſia cupio recitari. Non eſt leve, quod Deus agit per tuam operam, ut per publica tua geſta in omnium notitiam proferantur.* Et ad eandem rem pertinet etiam Auguſtini epiſtola 159. & 160. quæ docet, *illum Marcellinum fuiſſe Tribunum & Notarium, c'eſt, comme nous diſons, un Secretaire.* Hæc vero geſta Marcellini contra Donatiſtas, *l. ult.* ſignificat non fuiſſe infirmata morte Marcellini: Et generaliter ſtatuit morte cognitoris non interire publicam fidem: & publicam fidem dixit, ut Tiberius Auguſtus apud Frontinum, *lib. de limitibus agrorum*: *Sunt*, inquit, *monumenta finalia in itineribus conſtituta, quæ publicam fidem tenent.*

AD TITULUM LIII.

DE EXECUTIONE REI JUDICATÆ.

QUOD dixi titulo ſuperiori, rem ſemel judicatam inſtaurari non poſſe, ex eo ſequitur quod in hoc titulo proponitur, exequendam eſſe ſententiam, rem judicatam. Executio rei judicatæ fit ad effectum, ſive ad emolumentum adducta re judicata; fit igitur executio poſt rem judicatam: Nam ab executione non licet incipere, *l.1. hoc tit. l. ſi eum nulla, ff. de re judic.* Et inſtrumenta hodie recepta, quæ habent executionem paratam, ut poſſit debitor vi illorum inſtrumentorum non adito judice, nec re judicata exigi, & conjici in carcerem: hæc, inquam, inſtrumenta ſunt contra jus commune, contra jus, quod profitemur: Quia præpoſterum eſt ab executione incipere. Imo nec poſt rem judicatam executio fit ſtatim, ſed poſt legitimum tempus, quod judicato faciendo lex dedit condemnato, vel confeſſo, *l.6. §. ult. ff. de confeſſ.* Lex dedit illud tempus humanitatis gratia, ut ait *lex cum militi, in fi. ff. de compenſ.* ut judicatus haberet ſpatium conquirendæ pecuniæ, quam perſolveret adverſario. Et fuit olim ex 12. tab. tempus illud triginta

A dierum, qui in eiſdem tabulis appellantur juſti dies, quibus jus eſt differre executionem rei judicatæ, ut in lege Ciceronis, quam Julius Scaliger *libro 1. Poetic.* male tribuit edicto prætorio. *Præter Ideæ matris famulos eoſque juſtis diebus, ne quis ſtipem cogito*, id eſt, diebus certis, quibus fas eſt ſtipem cogere. Illud vero tempus, quod datur judicato faciendo dierum 30. ſive menſis unius, dicitur *modicum tempus*, in cujus mora vulgo dicitur nihil eſſe damni. Modicum tempus appellatur in *l. ſi domus, §. pecuniæ, ff. de leg. 1. & l. ſi debitori, ff. de re jud.* Et ita modicum tempus, id eſt, triginta dierum in *l.1. ff. de itin. actuq.* Et ſane ita recte dices tempus ſolvendi judicati ex duodecim tabulis fuiſſe modicum: at hodie eſſe immodicum, quia hodie ex conſtitutione Juſtiniani tempus judicati faciendi eſt 4. menſium, *l.2. & 3. tit. ſeq.*
B Immodicum tempus profecto, idcirco non eſt in uſu hodie dari 4. menſes priuſquam exequantur rem judicatam, ſed hoc permittitur arbitrio judicis, ut condemnet, & confeſſio præſtituat diem, quem volet. Patricius apud Harmenop. libro quarto Epitom. *Condemnatis, ſi locupletiores eſſent, dabantur quatuor menſes, ut ex venditione prædiorum ſuorum, aut ceterarum rerum, quæ eſſent in manu, pecuniam conficere poſſent, in quam condemnati erant: pauperiores confeſtim cenſebant eſſe exigendos: ne forte ſi detur iis intervallum aliquod ad judicatum faciendum, interim parvam rem, quam habent, abſumant.* Nec caret ratione Patricii diſtinctio, ex qua apparet nec tum placuiſſe omnino dilationem, ſeu laxamentum illud 4. menſium, quod Juſtin. dedit condemnatis. Non eſt omittendum tempus illud legitimum, quod datur ju-
C dicatis, non dari, niſi petentibus: dilatio ad ſolutionem faciendam non datur, niſi petenti. Et in hanc rem eſt maxime notanda *lex pen. tit. prox.* Et ita Theod. in *l.3. h. t.* ſcribens de tempore, quod datur judicatis ad ſolutionem, ait, dari ζητοῦσι. Non datur ergo niſi petenti dilatio judicati faciendi, conquirendæ pecuniæ cauſa, ſi non petatur, ſtatim executio fit rei judicatæ. Poſt tempus autem judicati faciendi, ſi judicatus ſolvere ſuperſederit, ex mora pecuniæ in condemnationem deductæ debet uſuras centeſimas, ut demonſtratur in tit. ſeq. Et fit executio rei judicatæ, niſi novata ſit cauſa judicati, & transfuſa in ſtipulationem, quo caſu impeditur executio rei judicatæ, quia extincta eſt actio judicati, & liberatus eſt is, qui judicatus fuit, *l.2. hoc tit. l.4. §. ſi ex convent. ff. de re jud.* Fit autem executio captis pignoribus primum,
D deinde diſtractis ſub haſta in foro, non quidem ſtatim, ſed poſt 2. menſes a capione pignorum, *l. debitoribus, ff. de re jud. l.1. C. Th. de diſtract. pign. quæ tributorum cauſa tenentur.* Et idem Theodorus notat ad *l.3. hoc tit. ſi intra duos menſes*, inquit, *poſt capionem pignorum condemnati non ſolvant, quæ in condemnationem deducta ſunt pignora diſtrahuntur.* At quid fiet, ſi poſita haſta in foro, & ut dicitur ſubhaſtatis pignoribus captis in cauſam judicati, nullus inveniatur emptor, nullus licitator, forte ex compacto, vel ambitione judicati nullus ad emptionem publicam rerum in cauſa judicati captarum emptor accedat? & hoc caſu placet, eum, ſecundum quem judicatum eſt, mitti in poſſeſſionem rerum pignori captarum, ita ut fiat dominus, vel omnino ei addici pignora pro quantitate debiti, *l. a D. Pio, §. pign. ff. de re jud. l.3. hoc tit.*
E Haſta dominum facit eum, cui bona addicuntur. Et ideo haſta dicitur domina, ut apud Juvenalem: *Et venale caput domina præbere ſub haſta.* Porro in *h. l.3.* ambitionem vocat gratiam, & copiam amicorum, quam habet is, qui condemnatus eſt, ut plane nullus velit accedere ad emptionem bonorum, quæ ad illum pertinent. Male imperitia linguæ latinæ Theodorus *ambitionem* interpretatur in *l.3.* περιδρομὴν, id eſt, circumcurſationem, ſive ambitum. Compactum autem vocat *l.3.* κακουργίαν, ſive calliditatem, ut in *l.3. ſi in cau. jud. pig.* Dolum compoſitum, ſive colludium habitum cum iis, qui accedere debent ad actionem, quæ fiebat publice ſub haſta, ſub pertica triſti, ut Propert. loquitur: *Abſtulit extructas pertica triſtis opes*, ne ſcilicet accenderent. Et ita

ſi

ſi non inveniatur emptor rerum pignori acceptarum in cauſa judicati, neceſſe eſt eas res jure dominii, & poſſeſſionis addici, *etrouſſer* ei, ſecundum quem judicatum eſt. Et obſervandum eſt in *l.*3. delendum eſſe verbum *potuiſſe*, ut legamus hoc modo: *Ex compacto, ſive ambitione diverſæ partis emptorem non inveniri*. Videtur etiam in illa *l.*3. illo loco *res ſoli, quæ pignori datæ ſunt*, potius eſſe ſcribendum, *pignori captæ*: Et ita etiam quidam Codices habent, ſed nihil muto. Nam invenio & res pignori captas dari ei, ſecundum quem judicatum eſt, quod tamen non fit hodie. Et ita in *l.*1. *inf. ſi in cau. judic. pig. capt. res in cauſam judicati datas*, captas ſcilicet per officium judicis, & victori datas in manu, ut Theodorus ait hoc loco, *διδοσθαι τῷ νικήσαντι*, & alio loco: *παρέχονται τῷ νικήσαντι*. Qui vetuſtus mos obſervandus eſt: nempe victori tradi res captas pignori in cauſam judicati, ut eas teneat, non etiam ut habeat jure dominii, niſi poſt duos menſes nullo invento emptore ei addicantur. Notandum etiam eſt ex *l.*5. *hoc tit.* in cauſam judicati, id eſt, exequendæ rei judicatæ gratia, etiam nomina rei condemnati pignori capi poſſe .i. obligationes, cautiones, quod ita verum eſt, ſi deficiant res corporales: Nam executio incipit a rebus corporalibus mobilibus primum, deinde immobilibus, qui tamen ordo non ſervatur in Gallia, niſi cum minores judicati ſunt. Et poſtremo ſi deficiant, vel non ſufficiant res corporales, tranſitus fit ad nomina, quæ ſunt res incorporales, *l.*2. *ſup. quando fiſc. vel privat. d. l. a D. Pio, §. ſi poſt*. Nec omittendum quod ait *l.*4. *hoc tit.* non tamen ex cauſa judicati pignori capi poſſe annonas, ſalaria, & ſtipendia militum, *on ne peut point executer ſur cela*, quia Reip. intereſt, militibus non auferri ſua ſtipendia, ſuas annonas militares, ne deſerant militiam: Et cauſa publicæ utilitatis, ſive communis ſalus ſemper præfertur privatæ utilitati. Qua ratione utitur Theod. in hac *l.*4. *Juris auctores*, inquit, *quæ communiter omnibus proſunt, præferre ſolent iis, quæ uni proſunt, vel duobus*. Neque huic *l.*4. quicquam obſtat *l. commodis, ff. de re jud.* quia non loquitur de ſtipendiis militum, ſed de præmiis, & annonis athletarum, qui ex ſacro certamine victoriam reportarunt: nam eorum præmia, & commoda pignori capi poſſunt. Longe alia eſt ratio militum, qui ſub armata militia protegunt Remp. ut plane nolim *l.*4. trahi ad commoda, ſportulas, ſive annonas clericorum, quia lex 4. cum inſcripta ſit ad militem, de militibus tantum accipitur, qui ſub armis merent, ut ponit Theod. nominatim, *ἐὰν καταδικασθῇ στρατιώτης ἔνοπλος*: id eſt, *ſi condemnatus fuerit miles armatus*. Et ita etiam aliud privilegium, quod militi armato datur in *l.*6. *& l. item miles, ff. de re jud.* ut non teneatur ultra quam facere poſſit, vulgo male trahunt ad clericos, & militiam omnem civilem, cum illæ leges loquantur de armata militia, nobis non licet eſſe tam audaces, ut privilegia maxime protrahamus ad alia, quæ quaſi contraria juri communi ſemper ſunt accipienda reſtrictius. Addamus executionem rei judicatæ fieri tantum per magiſtratum, rei ſcilicet a ſe judicatæ, vel a judice, quem is dedit: Nam judex datus, ſententiæ, quam dixit, executionem non habet, *d. l. a D. P.* ſed ſententiam ejus exequitur, qui eum dedit, vel per ſe, vel per officiales ſuos, executores, apparitores, interceſſores datos a ſe judicati exequendi cauſa, ut in *l.*2. *ſup. l. ſi in cauſ. jud. l. ſi pign. ff. de evict.* ubi etiam ait, *per offic. etiam rem judicatam* exequi extra ordinem, ut ex illo loco vere poſſis conſtituere, omnem executionem rei judicatæ hodie fieri extra ordinem, nimirum quia executionis ordo proditus leg. 12. tab. ordo legitimus exequendi judicati, hodie non obſervatur, puta, ut ab eo, *qui vicit condemnatus ducatur, & vinciatur nervo, aut compedibus, & ſuo vivat ſi volet, ſi ſuo non vivat, vivat ſumptibus ejus, qui eum duxit. Et ad extremum ſi non faciat judicatum peregré venum eat*, & alia, quæ Aul. Gellius refert: ad quem ordinem antiqui juris reſpexit *l. ſi pro aliquo 21. ff. ad Vellejan.* illo loco: *propter ſolutionem vexetur*: Nam *vexari* proprie eſt duci, rapi huc illuc. Et ad eundem quoque ordinem pertinet *l. quos nos hoſtes, ff. de verb. ſig.* dum explicat verbo *vivere*, contineri non tantum victum, ſed etiam veſtitum, & ſtratum, *& l. ſi victum, de rei judic.* quæ ait eum, qui condemnato ſibi, quem duxit, & vinctum habet, non patitur de ſuo inferri victum, & ſtratum, teneri pœnali actione in factum, vel actione injuriarum, quæ omnia reſpiciunt ad ordinem legitimum antiqui juris: novo jure executio fit extra ordinem, id eſt, non ſervato illo ordine *l.*12. *tab. d. l. ſi pignora*. Addamus de executore: executor habet tantum jus exequendi, non judicandi, aut retractandi rem judicatam, imo nec interpretandi, *l.*6. *& pen. hoc tit.* Executio rei judicatæ comprehenditur tribus verbis, *capione, diſtractione, & addictione*. Addictio eſt extrema linea executionis. Ac poſtremo notandum eſt, quod diximus de tempore dato ad ſolutionem judicati condemnatis, id tantum habere locum in actionibus perſonalibus, quibus agitur de pecunia debita, quod & ipſa lex duodecim tabularum demonſtrat, dum ait, *æris confeſſi, rebuſque jure judicatis 30. dies juſti ſunto*: Nam tempus datur conquirendæ pecuniæ cauſa, quæ non ſtatim cuilibet eſt in manu. At in actionibus in rem hæc tempora non obſervantur, ſed ſtatim jubet judex rem ipſam reſtitui cum fructibus, §.1. *Inſt. de offic. judic.* Imo & ipſam aufert manu miniſtrorum, ſive militum, *l. qui reſtituere, ff. de rei vindic.* ſi ſit in poteſtate judicati, ſed ut adjicit *d. §. ſi judicatus* .i. rem reſtituere juſſus cum fructibus perceptis a lite conteſtata, aut percipiendis, ſine fruſtratione, id eſt, non morandi animo, aut tergiverſandi petat tempus ad reſtituendam rem, puta quod ea res ſit in longinquo, tunc ei tempus indulgendum eſt, ſi modo ſatiſdet de præſtanda æſtimatione rei, ſi eam non reſtituat intra datum tempus. Etiam cum agitur interdicto de libero homine exhibendo, conſtat ſtatim poſt rem judicatam ſine cunctatione ulla exhibitionem eſſe faciendam, *l. ult. §.1. ff. de lib. homine exhib.* Idem puto dicendum in actionibus in perſonam, quibus avocamus poſſeſſionem rei noſtræ in actione depoſiti, vel commodati, nec agimus de pecunia debita, ut etiam officio judicis ſine ulla temporis intercapedine ipſam rem mihi reſtitui oporteat. Et obſervandum poſt moram, ſi res in condemnationem deducta, non pecunia (nam pecunia non poteſt perire, debetur enim in genere) ſi res, inquam, perierit poſt moram judicati, ad debitorem pertinebit periculum, quod eſt generale in jure, ut poſt moram extinctæ rei periculum pertineat ad debitorem, *l. ſi ex legati cauſa, de v. oblig.* Quod in judicati cauſa nominatim eſt ſcriptum *l.*7. *hoc tit.* In qua additur, etiam animalia, & fœtus eorum venire in cauſam reſtitutionis, & periculum quoque eorum pertinere ad judicatum, ſi perierint poſt moram.

AD TITULUM LIV.

DE USURIS REI JUDICATÆ.

TEMPUS legitimum, quod condemnatis præſtatur pecuniæ in condemnationem deductæ conficiendæ gratia, fuit ex 12. tabul. unius menſis, poſtea vero fuit duorum menſium ex alia *l.* ut conſtat ex *l.*3. *§. ult. h. tit. l.*1. *C. Th. eod.* Et ad extremum ex *conſtit. Juſt.* .i. *l.*2. *&* 3. *hoc tit.* tempus judicati faciendi eſt 4. menſium, qui connumerantur a die prolatæ ſententiæ; vel ſi appellatum ſit, a die confirmatæ ſentent. *l.*2. *h. t.* vel etiam, quod addi velim, ex die moræ, puta ſi condemnatus mala fide appellavit negotii protrahendi cauſa, vel etſi bona fide appellavit, & poſtea per eum factum eſt, quo tardius judicaretur: Nam ex die, quo ille fruſtratione uti cœpit, idque egit, ut lis tardius finiretur, tempus legitimum connumeratur, *l. ult. de re jud. l. tutor in princ. de uſur.* Poſt tempus legitimum fit executio rei judicatæ, captis & diſtractis pignoribus. Et executor, quod nunc ad-

additur in hoc titulo, non tantum habet rationem in exequenda re judicata ejus pecuniæ, quæ in condemnationem deducta eſt, ſed etiam rationem habet uſuræ centeſimæ ejus pecuniæ, ſive ſortis, quæ ab eo tempore currit, id eſt poſt legitimum tempus, & debetur ei, ſecundum quem judicatum eſt, ut ſi ſors in condemnationem deducta ſit 400. poſt legitimum tempus .i. quatuor menſes executor rei judicatæ non tantum exigit 400. quæ principaliter debentur, ſed etiam ſi condemnatus in ſolvendo judicato annum traxerit poſt 4. menſes, exigit exſecutor 48. uſuræ centeſimæ nomine: Nam uſura centeſima eſt, quæ in centenos aureos quotannis reddit duodenos, quod in idiotiſmo dicimus, *au denier huict, & tiers*, quia hæc ſumma duodecies ineſt in ſumma 100. aureorum, & ita hoc proponitur in *l.*1. *h. tit.* in cauſa fiſci: Nam *l.*1. ſcripta eſt procuratoribus hereditatum fiſci, de quibus etiam in *l. ſed ſi accepto, ff. de jur. fiſc.* Et in antiqua inſcriptione: *procuratori ſtationis hereditatum*: & in alia: *procuratori patrimonii & hereditatum*. Scribonius Largus lib. de compoſitione medicamentorum, *Antheo Tiberii libertus ſuper hereditates*, id eſt, *procurator hereditatum*: Nam procuratores rerum fiſcalium plerunque erant liberti principum. Et Baſil. quoque legem primam accipiunt de fiſco, cum ejus ſententiam his verbis exprimunt, ἐὰν ὁ δημόσιος ἐναγάγῃ τινὶ καὶ νικήσῃ ἑκατοστιαῖον τὸν τόκον λαμβάνει μετὰ τὴν τετράμηνον τῆς καταδίκης, *ſi fiſcus adverſus aliquem egerit, eumque vicerit, centeſimam uſuram accipiet pecuniæ in condemnationem deductæ poſt 4. menſes*. Et forte uſura olim rei judicatæ in cauſa fiſci fuit centeſima tantum, ut apparet ex *l.*1. ſic accepta, ut dixi, quam in aliis cauſis conſtat fuiſſe binam centeſimam, *l.*2. *hoc t. l.*2. *C. Th. eod. tit.* Et ex conſt. Juſt. antiquiore conſtat fuiſſe ſemiſſem uſuram, ut ipſe refert in hac *l.*2. i. dimidium centeſimæ. Et puto Juſtinianum in hac l. intelligere *l. eos, §. ceteros, ſup. de uſ.* quæ tempore prior eſt, quippe cum ſit data Juſt. iterum conſule, lex autem ſecunda ſequenti anno Decio conſule. Et in *d. l. eos* generaliter definit Juſt. etiam in illis caſibus, quibus citra ſtipulationem uſuræ debentur (ut hoc caſu debentur uſuræ rei judicatæ ipſo jure ſine ſtipulatione ex natura judicati, ut ait *l.*3.) Nec illis, inquam, caſib. uſuras exigi majores ſemiſſib. at poſteriori conſtitutione idem juris eſſe voluit in fiſco, & privatis, ut ſc. ſortis in condemnationem deductæ poſt legitimum tempus currant uſuræ centeſimæ, ſortis, inquam, non etiam uſurarum ex contractu in condemnationem deductarum, ut definit in *l.*3. *h. tit.* Nam ut idem Juſt. ante conſtituerat *l. ult. de uſur.* uſurarum uſuræ non debentur, etiamſi fiat anatociſmus. Olim permiſſus erat anatociſmus, hodie eſt prohibitus conſtit. Juſt. *Anatociſmus eſt renovatio uſurarum*. Et fit duob. modis, ſtipulatione, quæ dicitur novatio voluntaria, quod ſolebat fieri, ubi uſuræ ſortem æquaverant: quia ſupra duplum non poſſunt deberi. Ubi ergo uſuræ ad duplum pervenerant, id eſt, ubi æquaverant ſortem, tum quaſi ſors deducebantur in ſtipulatum, atque ita redigebantur in ſortem. Et rurſus ejus ſortis in ſtipulationem deducebatur alia uſura. Denique *anatociſmus eſt uſura uſuræ redactæ in ſortem*. Nam ſemper veteres prohibent uſuras uſuræ, *l. ſi non ſortem, §.*1. *ff. de cond. indeb.* ſed non uſuram uſuræ, quæ ſors effecta eſt. Fit etiam anatociſmus judicato, quia actio ex ſtipulatu transfunditur in actionem judicati, actio priſtina, qua actum eſt, transfunditur in actionem judicati, ut Juſtin. ait in *l.*3. priorem contractum novari judicato, *& l. ſi fundus, §. ſi pluris, ff. de pign.* ſi res tranſierit ad condemnationem, inde pecuniam deberi, id eſt, ex judicato, ex condemnatione, non ex priſtina cauſa, quæ novata eſt, ac proinde extincta. Novatio extinguit priorem obligationem. Ergo veriſſimum eſt, quod tamen hic Accurſius negavit contra manifeſtiſſima verba l. judicato novari eam actionem, qua actum eſt: Fateor non novari obligationem pignoris, de qua non eſt judicatum, ut in *l. grege, §. etiam, ff. de pignor.* Fateor non novari fidejuſſoris obligationem, qui judicio non adfuit, cum quo actum non eſt, *l. grege. §. & poſt, de fidejuſſorib.*

A Fateor etiam non novari uſurarum obligationem, ſi de ſorte tantum judicatum ſit, non de uſuris, *l.*1. *ſup. de jud.* at dico novari principalem obligationem .i. ſortis obligationem, de qua pronuntiatum eſt. Et conſequenter etiam novari uſurarum obligationem, quæ in condemnationem deductæ ſunt. Et hæc eſt magna differentia inter novationem voluntariam, quæ fit ſtipulatione, & neceſſariam, quæ fit re judicata: Nam facta novatione voluntaria per ſtipulationem, tacite & pignora, & fidejuſſores liberantur. Et uſuræ amplius non currunt, *l. novationes, de novat.* At facta novatione neceſſaria, puta re principali tantum judicata, nec pignora, nec fidejuſſores liberantur, & uſuræ, quæ non ſunt deductæ in condemnationem, procurrunt. Ratio diverſitatis hæc eſt, quia judicato non tollitur obligatio naturalis, *l. judex, & l. Ju-* B *lianus, ff. de condict. ind.* at ſtipulatione omnis obligatio tollitur, civilis, & naturalis: ubi manet naturalis, & pignora manent, atque etiam fidejuſſoriæ obligationes. Manet etiam obligatio uſurarum, quia alia eſt ſtipulatio ſortis, alia uſurarum. Duæ ſunt ſtipulationes: Ne ſi de una ſit judicatum, videtur etiam judicatum de altera *l. centum, ff. de eo, quod certo loco*. Concludamus igitur fieri anatociſmum judicato, ſi & uſuræ in condemnationem deducantur: finiri ergo obligationem priſtinam uſurarum novatione, quæ contingit per rem judicatam: Et poſt tempus legitimum ſolvendi judicati, quod eſt immune ab uſuris præſtandis, incipiunt currere uſuræ rei judicatæ ſecundum jus vetus, quo permittitur anatociſmus, ut *d. l.*1. *C. Theod. eod.* & in antiqua ſententia Senetionis ſubpræfecti primæ claſſis Miſſenatium: *Heredes Patulci* C *Dipol. multentur ſorte una cum anatociſmo binæ centeſimæ uſuræ propter neglectam religionem ſepulchrorum clam dirutorum.* Anatociſmus, ſive *novatio eſt finis veterum uſurarum, & initium novarum*, qui tamen a Juſtiniano ex cauſa prohibitus eſt. Ideoque ut definit in *hac l.*3. ſi judicato facta ſit novatio uſurarum, id eſt, ſi in ſortem, & uſuras facta ſit condemnatio debitas ex contractu, finitur obligatio ſortis, & uſurarum, veluti novatione, & utrumque deberi incipit ex cauſa judicati, & poſt tempora judicati faciendi ſtatim incipiunt currere ſortis tantum uſuræ centeſimæ, non etiam uſurarum in condemnationem deductarum, abrogata *l.* 1. *Cod. Theod. eod. tit.* licet, inquit, in ſententia judicis ſit *conſummata*. Græci habent, συνωφθεῖσα, quantitas ſortis, & uſurarum, id eſt, in unam ſummam redacta, quam *ſummam ſummarum* D vocat Plautus, & Seneca, ut ſi dixerit judex 500. *dari ſortis, & uſurarum nomine*, utriuſque quantitatem conſummaverit, & tamen nos dividemus ſortem ab uſuris, & poſt tempus judicati, dicemus ſortis tantum uſuras currere centeſimas, non uſurarum in condemnationem deductarum, confuſas ſummas dividemus. Et ita *conſummationem* accipit *l. ſi plura, ff. de ædilit. edict.* quam coadunationem unius calculi vocat *l. ult. ſup. de jure dotium*: conſolidatam rationem Marc. Tul. *quinto Epiſt.* Hanc vero deciſionem, ut uſurarum in condemnationem deductarum, uſuræ non currant poſt ſpatium legitimi temporis, quod omnino vetitus ſit anatociſmus, confirmat Juſtinianus hac ratione: *quoniam*, inquit, *eſt abſurdum, & inelegans uſuris minoribus; quales ſunt plerumque uſuræ debitæ ex contractu*, de quibus pronun- E tiatum eſt, ſecundum definitionem *d. legis eos*. Abſurdum, inquam, eſt, uſuris minoribus judicato extinctis, & finitis, ſuccedere graviores, quales ſunt uſuræ rei judicatæ, nempe centeſimæ. Poſtremo notandum ex *§. ult. l.*3. tempora judicati, id eſt, quatuor menſes non tantum dari condemnatis, ſed etiam fidejuſſoribus eorum, aut mandatoribus: alioquin nec condemnatis ipſis ea tempora proficerent, quia ſi fidejuſſores cogerentur ſtatim ſolvere, haberent adverſus condemnatum regreſſum per actionem mandati, ita ut qui petit a fidejuſſore, vi ipſa videatur petere a reo, *l. adverſus, de recept.* Olim tempora judicati dabantur reis principalibus tantum, & duo menſes duntaxat, *d. l.*1. *C. Th. eod. tit.* non fidejuſſoribus, aut mandatoribus: hodie dantur

omni-

omnibus accessoribus, & quatuor menses, non duo ex constitutione Justiniani.

AD TITULUM LV.

SI PLURES UNA SENTENTIA CONDEMNATI SINT.

PERTINET etiam hic titulus ad executionem, & effectum rei judicatæ, quia docet si duo, vel plures una sententia condemnati sint, executionem fieri pro virilibus portionibus diviso periculo sententiæ, id est, ex causa judicati singulos non teneri in solidum, videlicet, si simpliciter, & generaliter omnes condemnati sint in unam, & certam quantitatem, puta hoc modo: *Mævium, & Sejum, & Semp. L. Titio centum condemno.* Singuli, qui condemnati sunt, partes debent: denique judicato non fiunt duo rei debendi, quorum natura, & conditio hæc est, ut singuli solidum debeant, & ut alterius inopia alterum oneret: quod dicimus in idiotismo, *chacun pour soy, & chacun pour le tout.* Judicato igitur non constituuntur duo rei debendi, quia sententia scinditur in personas. Quod etiam ostenditur in *l. Paulus 2. ff. de re jud. l. si quis separatim, §. quoties, ff. de appel. l. si mandatu Titii, §. Paulus respondit, ff. mand.* Et hoc ita verum est, si singuli in solidum condemnati non sint, vel si nominatim in sententia expressum non sit, ut quod unus facere non posset, alter faciat: Nam hoc genere duo rei debendi constituuntur. Ceterum hoc non expresso, sententia scinditur in personas, portionesque viriles. Ex quo apparet verum esse, quod diximus *tit. superiori*, judicato novari priorem obligationem, prioremque contractum: Nam qui ante judicatum forte erant duo rei debendi, puta duo tutores, duo mandatores, duo rei constitutæ pecuniæ, duo fidejussores, licet id in contractu cautum non esset, ut in *d. l. si mandatu Titii, §. Paulus*, quia in contrahendo, quod agitur, pro cauto habetur, *l. cum quid, ff. de reb. cred.* Ergo contractu fiunt duo rei debendi, si tacite agatur, etiamsi non caveatur nominatim. Et ita, qui ante judicatum erant duo rei debendi, post judicatum, post condemnationem in eorum personas collatam, duo rei esse desinunt, tanquam novationis genere, nisi id fuerit in sententia nominatim cautum, ut essent correi, ut singuli adstringerentur in solidum judicato faciendo. Igitur, si hoc cautum non sit in sententia, non tenentur ipso jure ex causa judicati, nisi pro virilibus portionibus. Duo rei fiunt in stipulatione, emptione, locatione, commodato, deposito, tutelæ gestione, administratione, *l. eandem, ff. de duob. reis.* Et nominibus factis apud mensam, ut in *l. idem, & l. si unus in prin. ff. de pact.* Et fiunt his modis duo rei, etsi cautum non sit nominatim. Judicato autem non fiunt duo rei debendi, nisi id cautum sit nominatim, etiamsi ante judicatum fuerint duo rei ex priori contractu. Objicies ergo condemnationem reo proficere, quod qui tenebatur in solidum, teneatur ex condemnatione pro parte tantum, *πρὸς ἀναλογίαν*, ut Græci dicunt, quod est contra naturam condemnationis: Et quod ait *lex evidenter, ff. de except. rei judic.* evidenter esse iniquissimum, ut exceptio rei judicatæ proficiat ei, contra quem judicatum est, sicut iniquissimum etiam est, ut exceptio rei judicatæ noceat ei, secundum quem judicatum est, *l. 9. §. 1. ff. eod.* At ego objiciam, condemnationem sane non proficere condemnato in eo, in quod condemnatur, quia hoc natura rei non patitur, sed proficere in eo, quod minuit condemnationem, quod sententia minuit, aut minuere intelligitur priorem obligationem, si dicatur generaliter, & simpliciter enumeratis personis: Nam enumeratio personarum facit viriles portiones, *l. si pluribus, ff. de leg. 1.* Sic igitur non possis statuere, condemnationem proficere condemnato, quia minor condemnatio prodest quidem, sed non condemnato. Ju-

A dex potest minuere priorem obligationem, quod etiam notandum est ex hoc tit. Nam potest efficere, ut qui solidum debet ex priore contractu, virilem tantum portionem debeat.

AD TITULUM LVI.

QUIBUS RES JUDICATA NON NOCEAT.

IN hoc titulo hoc tantum proponitur, actionem judicati, vel exceptionem rei judicatæ, non nocere *absenti*, id est, qui judicio nec per se interfuit, nec per procuratorem: puta si non mandavit causam agi suo nomine, vel si peractam causam suo nomine, & omne, quod actum est citra mandatum suum postea ratum non habeat: Nam qui ratum habet, intelligitur retro litigasse per procuratorem, quia ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur. Sic igitur dicamus, actionem judicati, vel exceptionem rei judicatæ non nocere ei, qui nec per se, nec per procuratorem judicio interfuit, id est, qui non litigavit, nec conventus est, aut qui conventus, non abfuit ex contumacia, etiamsi negotium, quod habet, simile fuerit omnino ei, de quo dicta sententia est, ut *l. ult. hoc tit.* ut coheredi, qui non litigavit in eadem causa, quæ acta est cum coherede, non nocet exceptio rei judicatæ, *l. 2. hoc tit. l. jud. ff. de except. rei jud.* Item, si frater egerit nomine fratris, nec mandante fratre, nec ratum habente fratri, qui non litigavit, exceptio rei judicatæ non nocet, nec quod frater ejus nomine abusus est, *l. 1. hoc tit.* Et generaliter exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, *l. 7. §. pen. ff. de except. rei jud. l. 2. inf. de except.* non quoties in alias personas, quæ priori judicio non interfuerunt eadem quæstio revocatur, ut ait *l. Claud. in fin. ff. qui potior in pign.* eleganter sine præjudicio prioris sententiæ, ei, qui non litigavit, totum jus integrum relinqui, ut *l. 1. hoc tit.* eum qui non litigavit, agere sine præjudicio rerum judicatarum, id est, sine metu exceptionis rei judicatæ. Prius judicatum non est præjudicium, cujus possit esse ulla vis inter alias personas, ut *l. is qui fundum, ff. de usufr. leg.* Non posse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare. Extat hæc regula hujus tit. multis in locis juris, & patitur vitia quædam, sed quæ non sunt explicanda hoc loco, quod nullum eorum in hoc tit. proponatur. Teneamus ergo hanc regulam, & addamus ex *l. pen.* ei locum esse non tantum in pecuniariis causis, sed etiam in criminalibus, in accusationibus, quæ est regula, sive summa hujus tit. ut non immerito quæri possit, quid distet hic titulus, in quo nihil aliud proponitur, quam rem judicatam inter alios non nocere, a tit. 60. in quo ita res inter alios acta, vel judicata aliis non nocet, quod ibi explicabitur. Ceterum *l. pen.* est conjungenda *l. 6. inf. de accus.* Utriusq; l. eadem est inscriptio & subscriptio, & earum conjungendarum ratio hæc est, ut reum accusatum non possit alius pendente actione ejusdem criminis reum facere: sufficit accusator unus, quo admisso non admittitur alius pendente judicio, quod proponit *l. 9. inf. de accus. l. hi tamen, §. ult. D. de accus.* recte *delatum*, non peractum reum: Nam *ab uno peractum reum, si forte reus absol. sit* (Peragitur autem reus, si res pervenerit ad sententiam, si de crimine pronuntiatum sit secundum reum, vel contra) *peractum, inquam, reum ab uno, alter accusare potest*, quia non est æquum, ut ei noceat res inter alios judicata, maxime si exequatur suam injuriam, suum dolorem, & ostendat se ignorasse accusationem ab alio institutam fuisse, vel etiam si priorem accusatorem prævaricationis arguat, aut collusionis, ut *l. si cui, §. idem, D. de accusat. l. 3. de prævaricat.* Et ita est accipienda *lex pen. hoc tit.* & conjungenda cum *d. l. 9.*

AD

AD TITULUM LVII.

COMMINATIONES, EPISTOLAS, PROGRAMMATA, SUBSCRIPTIONES, AUCTORITATEM REI JUDICATÆ NON HABERE.

PERTINET hic tit. ad definitionem sententiæ, ut sciamus quid proprie sententia sit, nec quamlibet vocem, aut voluntatem judicis pro sententia accipiamus, primum enim *comminatio* judicis non est sententia, ut si quid judex interloquendo causa non cognita, id est, citra formam decreti comminetur eum, qui non solvit pecuniam debitam præstaturum duplum, vel quadruplum, vel gravissimas usuras, ut *l. 1. & 4.* Denique comminatio judicis non habet vim rei judicatæ, quæ fit citra formam decreti per interlocutionem, aut de plano. Non habet etiam, ut ait *l. 1.* vim stipulationis, quod comminatus sit eum, qui non solveret intra diem certum, soluturum petitori usuras gravissimas. Hæc comminatio non inducit tacitum vinculum stipulationis, sicut nec inducit acceptilationem, *l. 7. sup. de sentent. & interloc. omnium judic.* Et huc pertinet, quod ait Symmachus in Epistolis ad Theodosium; *Hoc divus genitor tuus pia lege constituit, sententiam quoque sub comminatione depromptam effectu, & exsecutione vacuari.*

Nec alia ratione programma, *ut ait lex pen. hujus tit.* non habet vim rei judicatæ, quam quod comminatio potius sit, quam sententia, ut Græci dicunt hoc loco. Est autem *programma* nihil aliud quam edictum, quod proponitur publice celeberrimis locis civitatis, veluti contra latitatem, contra contumacem, quo si quid comminetur judex, non habet auctoritatem rei judicatæ, nec lædit æstimationem ejus, qui latitat *l. ult. inf. de requir. re. l. in peremptorio, D. de judic.* Et de his edictis, & programmatibus maxime notandum est, quod scripsit D. Augustinus in *quæstion. novi testamenti*. Ex pluribus præfectis prætorio si unus programma publico loco adfigi jusserit, omnes idem jussisse, & proscripsisse videri: in unius præfecti prætorio programmate, etiam ceteri præfecti jubere dicuntur. Sententia hæc est: Etiam si unius præfecti jussu proscriptum publice proponatur, tamen hoc ita esse conscriptum, ac si ex omnium præfectorum jussu manasset. Nec omittendum est, comminationem, quæ habet formam decreti, & causa cognita interponitur, esse sententiam, quia est decretum, non comminatio proprie, quod ostendit *lex tutor, §. si deponitur, D. de admin. tutorum.*

Epistola etiam judicis non est sententia, quam scripsit forte ad debitorem alterius, cohortans eum ad solvendum, vel jubens, *l. 2. hoc tit.* quia sententia non fertur per epistolam, non per nuntium. Multa fieri possunt per epistolam, vel nuntium, sed non sententia. Sententia fit per libellum, qui legatur ab ipso judice: legitur enim sententia ex libello, vel periculo, non dicitur, non profertur verbo tenus, sine scripto, atque ita aliud est Epistola, aliud libellus, *l. & in epist. sup. de fideicommiss.*

Subscriptio etiam ad libellum litigatoris, *l'appointement d'une Requeste*, non est sententia, quia fit sine causæ cognitione, *l. 5. h. t.* Et multo minus subscriptio ad libellum infirmat superius decretum, quia nec contrarium decretum decretum superius infirmat, ut dictum est *tit. sentent. resc. non posse, l. 3. h. tit.*

Et notandum maxime ex *l. 5.* missionem in possessionem rerum debitoris fieri ex decreto, quod certum est: Intervenit enim duplex decretum: Unum, quo mittitur in possessionem, secundum quod possidere jubetur. Neutrum per libellum fit: Nam ubi decreto opus est, res per libellum expediri non potest, *par requeste*. Decretum est cognitio, causæ examinatio.

In *l. ult.* hoc ostenditur, non esse appellandam sententiam eam, quæ paucis literis temere descriptis constat, non dicit paucis verbis: Nam brevitas orationis non vi-
A tiat sententiam, nec ullum negotium, ut dicitur in *l. si aliquid, inf. de donat.* Brevitatem chartulæ non vitiare donationem. *Dono Titio centum*, perfecta est donatio: brevitas non vitiat testamentum, ut si scribam, *Lucius heres*, testamentum est. Sic etiam brevitas sermonis sententiam non vitiat: *Titium Gajo centum condemno*; quatuor verbis sententia perfecta est, sed ait, paucis literis temere descriptis, & intelligit *literas singulareis*, ut veteres loquebantur, quas Justinianus vocat singla, id est, singula, ut vincla pro vincula; quibus literis, ut puta quatuor significamus, Senatum, Populumque Romanum. Quatuor illæ literæ dicuntur singulariæ literæ: non sunt notæ: Nam notæ non sunt literæ: *ce sont des Chifres*. Vult ergo, ut sententia scribatur per consequentiam literarum, non paucis literis temere descriptis: id est, non singula-
B. riis literis, & multo minus notis, quia non sunt literæ.

AD TITULUM LVIII.

SI EX FALSIS INSTRUMENTIS, VEL TESTIMONIIS JUDICATUM ERIT.

DE executione rei judicatæ habuimus supra: pluribus condemnatis una sententia, condemnationem scindi in portiones viriles, licet ex priore contractu, qui condemnati sunt, fuerint correi, atque ita condemnationem condemnatis proficere, quatenus minoris, non quatenus tanti est, vel esse intelligitur. Et nullam esse executio-
C nem rei judicatæ in eum, qui non litigavit, id est, qui non per contumaciam judicio abfuit, non esse sententiam comminationem nudam judicis: non quod judex per nuntium jubet, per epistolam: non quod subscribit ad libellum. Denique non omnem vocem, aut voluntatem judicis esse sententiam, sed eam tantum, quæ causa cognita ab ipso judice de libello perscripto claris literis recitatur de absolutione, vel condemnatione rei, de qua agitur. Nunc sequitur in *h. t.* suspendi executionem rei judicatæ ex falsis instrumentis, vel testimoniis: Testimonia sunt dicta testium relata in literas. Sed idem trahitur etiam ad falsos testes, *l. Divus, ff. de re judic.* & ad falsum jusjurandum, quod judex sequutus fuerit, *l. admonendi, ff. de jurejur,* & ad falsas allegationes, *l. si prætor, §. pen. ff. de re judic. & sup. tit. si tut. fals. alleg. &c.* Et hoc quidem
D ita procedit, si quis probaverit falsa esse instrumenta, & eorum fidem secutum judicem ita judicasse, & per hoc circumscriptam fuisse judicis religionem, *l. 3. h. t.* Nam si variis prolatis instrumentis in judicio, quibusdam veris, quibusdam falsis, judex ex veris judicavit, non ex falsis, rata sententia est, tametsi in judicio exhibita fuerint quædam instrumenta falsa: at si ex falsis instrumentis judicaverit, & hoc probetur liquido, sententia ipso jure citra appellationem rescinditur, *l. 2. h. tit.* quia habet, ut eleganter Theodorus ait, αὐτόθεν τὸ ἄνισχυρον, id est, laborat irrito vitio intestino, & per se nulla est ipso jure: & male Glossa ait, sententiam rescindi petita a prætore restitutione in integrum, quæ ipso jure rescinditur, etiam citra restitutionem prætoris: Nam in *l. Divus, ff. de re jud.* in integrum restitutio est παλινδικία, id est, redintegra-
E tio, & restauratio litis: *quand on revoit le procez*. Prætoria autem restitutio in integrum aliud est, nempe juris amissi reintegratio: Itaque ambiguum est verbum *restitutionis*, & anceps. Et quod præterea additur in *d. l. Divus*, testes fuisse pecunia corruptos, ex abundanti est, quia etsi non fuerint pecunia corrupti testes, qui falsi dicuntur, & sunt, causa ex integro agi poterit, quæ ex falsis testibus judicata est. Et in *l. 1. h. tit.* præbebit notionem suam, causa scilicet acta ex integro: etsi ex eo judicato per errorem, qui condemnatus est, forte solverit antequam nosset instrumenta, quibus motus est judex falsa esse, judicati soluti repetitio est, *l. ult. h. tit. & l. qui agnitis, D. de excep.* quia ipso jure indebitum fuit, propterea quod ipso jure nulla est sententia, quam extorse-

runt

runt instrumenta falsa, ut nec actionem judicati pariat, nec exceptionem rei judicatæ.

AD TITULUM LIX.

DE CONFESSIS.

DATUR hic titulus, ut intelligamus eandem esse rationem exequendæ rei confessæ, & rei judicatæ, quod etiam attigerat *sup. l. ult. de execut. rei jud.* Et est *ex 12. tab.* Confessio est contra se judicatio, unde consequens est, & confessum pro judicato haberi, sed exigimus, ut in jure confiteatur, ut ait constitutio hujus tituli, id est, ἐν βήματι, ut habent Basilica, id est, pro tribunali, vel apud magistratum, ut *l. quidam, D. de donat. l. post rem, D. de re jud. l. 1. §. proinde, D. si quid in fraud. patr. l. 4. §. pen. D. ad l. Jul. majest. l. 4. sup. de repud. hered. Et in Novel. de test.* Et ut confiteatur apud magistratum competentem & congruum, ut in *c. 4. extr. de jud.* Nam confessio, quæ fit extra jus, vel in jure incompetenti, pro judicatione non habetur, nisi uno casu ex *Novella de testibus*, si rogati interfuerunt confessioni factæ extra jus 5. testes, rogati scilicet, & accersiti in eam rem, non fortuiti. Item exigitur, ut confessus habeatur pro judicato, ut qui confitetur non erret in jure, ut in *l. 2. D. h. t.* Quod ita declara, si heres ignorans quantum sit in bonis, vel in ære alieno defuncti, legatariis confiteatur in jure, se debere legata integra, & ἀφαλκιδίωτα, ut Theodorus loquitur .i. sine deminutione Falcid. ex sua confessione non tenetur, quia erravit in facto. At si sciens quantum sit in bonis, & ære alieno, si peritus facti, ignarus vero legis Falcidiæ, in jure confiteatur se debere solida, & integra legata, ex sua confessione tenetur, quia in jure erravit, qui error est inexcusabilis.

AD TITULUM LX.

RES INTER ALIOS ACTA, VEL JUDICATA ALII NON NOCERE.

QUOD dixit *tit. 56. de re judicata*, ut res judicata inter alios aliis non noceat, id in hoc tit. porrigit ad omnia alia acta, sive gesta habita inter alios, veluti ad solutiones, transactiones, divisiones, pactiones habitas inter alios, ut aliis non noceant, ut quod solvit coheres pro sua parte creditori hereditario, coheredi non nocet, qui non solvit, & ei quid deberi negat, *l. 1. h. t.* Item quod quidam coheredes inter se transegerunt certæ rei dividendæ causa, tanquam hereditariæ, id coheredibus absentibus, qui nihil transegerunt, non nocet, *l. 2. hoc tit.* Symmachus in epistolis: *quando absentibus*, inquit, *& ignorantibus inter alios gesta nocuerunt?* Et notandum in *hac l. 2.* transactionem appellari etiam divisionem, quia omnis divisio fit transactionis genere, ut in *l. qui Romæ, §. duo fratres, de verb. oblig. l. tres fratres, D. de pact.* Item quod frater egit nomine fratris absentis, & ignorantis, paciscendo, vel agendo cum debitoribus hereditariis, ut in *l. 3. hoc tit.* Adde, vel jusjurandum deferendo, ut in *l. 7. sup. de reb. cred. l. 10. D. de jurejur.* Hoc absenti nihil nocet, quia res inter alios acta est, etiamsi illi fuerint absenti consortes, & coheredes fratris. Nihil proprie in hoc titulo ponitur de re judicata: Et abundant igitur in rubrica illa verba, *vel judicata*. Sed quod de re judicata, ut dixi, fuit propositum *in tit. 56.* hic trahitur ad omnia alia acta, sicut quod proponitur *in tit. 52. de re judic.* trahitur ad omnia alia acta in *l. ult. eod. tit.*

AD TITULUM LXI.

DE RELATIONIBUS.

RES a minore judicio ad majus judicium, sive auditorium, vel ad cognitionem principis transfertur duobus modis, *relatione, & appellatione*, de quibus nunc dicere instituit. *Relatio*, quæ ipsa consultatio dicitur, fit ab ipso judice ad principem ante sententiam, si ambigat judex quid statuere debeat ea de re, de qua apud se agitur, missa principi opinione sua, ut *Nov. 115. c. 1.* Et de hoc genere relationis agitur in hoc titulo, quoties judex consulit principem de re omni ad eum ante sententiam suam, perlata post opinionem suam, cujus certiorem facere debet principem, quem consulit, nimirum consulere eum debet exposita opinione sua, vel conjectura. Quod tamen genus relationis sublatum est *Nov. l. 125.* ut nullæ fiant relationes ante sententiam, post sententiam fieri possunt appellatione interposita, nec recepta a judice, ut princeps æstimet an sequenda sit judicis sententia, aut recipienda appellatio, *l. pen. C. Theod. eod. tit.* Appellatio autem fit a partibus, a litigatoribus: ad relationem princeps rescribit, vel patritii, qui ab eo electi sunt, ut relationi respondeant, juxta *leg. 34. t. seq.* Ad appellationem consultat coacto consilio suo, *l. 2. sup. ut lite pend.* Et ita recte Optatus libro primo contra Donatistas: *Relatio missa est, rescriptum venit*. Et idem libro secundo. *Cruentas operati sunt cædes, & tam atroces, ut de talibus factis ab illius temporis judicibus relatio mitteretur*. Solebant enim atrocia crimina, quæ contigerant, mox referri ad principem, ut ipse statueret quid fieri vellet. Et eleganter Imp. *in l. 2. sup. de offic. Vic. Relationes judicum libenter audimus*. Non agitur de relationibus, quarum sunt pleni aliorum auctorum libri, quæ fiebant ab ipso principe, vel a magistratibus ad senatum. Et legimus de eis, senatum principibus aliquando dedisse jus tertiæ, vel quartæ, vel quintæ relationis, quod anxie quærunt quid sit, maxime D. Alciatus 10. parerg. Sed mox ostendit aperte jus 3. 4. vel 5. relationis, nihil aliud esse, quam ut possit princeps de re eadem pertinente ad summam rempublicam referre, ter, quaterve pertinaciter, idemque retractare sæpius. Quod arguit aperte Capitolinus in Pertinace, dum ait, *Pertinaci datum jus quartæ relationis*. Idque hominis loco fuisse, quia revera est pertinax, qui eadem re sæpius refert, ut Pertinaci merito daretur jus quartæ relationis. At ut de relationibus judicum ad Principem, de quibus agitur in hoc tit. exponamus: Primum exigitur in hoc titulo, ut relatio missa ad principem sit plena instructio, plena & integra relatio, plena opinio, id est, ut omnem causam complectatur, *l. 1. & 3. h. tit. l. 15. tit. seq.* ut sit plena opinio, ut ait *lex inter pœnas, D. de interdict. & releg.* Cur in cognitione principis non datur dilatio, *l. 5. sup. de dilat.* quia non nisi ad plenum instructa causa remittitur ad principem, & ut Judex exemplum relationis, & opinionis, quod vult mittere ad principem, edat litigatoribus, & partibus, nec eam mittat inscíis eis, ut in *l. pen. D. de appellat. recip. l. ult. D. quando appelland. sit*. Præterea, ut suæ relationi adjungat acta, *il faut qu' il envoye la procedure*, & adjungat etiam refutatorias preces partium, si quas velint addere, id est, refutationes relationis, si dicant relationem non esse plenam, non esse perfectam, si dicant relationem contrariam esse veritati, vel qua alia ratione eam impugnent adjectis refutatoriis precibus: tum demum plena est maturitas relationis, *l. 2. hoc tit.* sic legendum, *plena maturitas*, non *plena veritas*. Et hæc omnia ostenduntur non tantum in hoc titulo, sed etiam in sequenti, *l. eos, §. super his, l. quoniam, & l. a proconsulibus*. Symmachus in epistolis: *Tunc oblatis provocationis libellis suspensa sententia, cujus meritum perennitas vestra lectis, gestis, ac refutatoriis cohærentibus æstimabit: ego in referendo prolixus esse non debui*. Et præterea

rea oſtenditur in *hoc tit. l.*1. ut poſt ſententiam judex non terreat litigatores promiſſa relatione, puta dicendo ſe velle de ea re ad principem referre ne appellent partes: non debet, inquam, judex obtentu promiſſæ relationis morari appellationem partium, poſtquam dixit ſententiam, & ſervandum in *hac l.*1. recte Haloandrum legere, *relatione promiſſa*, non *præmiſſa*. Relatio promittitur partibus, mittitur principi, *l. ex eo, tit. ſeq. l.*31. & 34. *C. Theod. de appellat.* Et Symmachus: *promiſſa relatione diſcedo*, a tribunali ſcilicet.

AD TITULUM LXII.
DE APPELLATIONIBUS, ET CONSULTATIONIBUS.

RES ad majus auditorium transferetur non tantum relatione, verum etiam appellatione: ſed relatione, ante vel poſt ſententiam, appellatione, nonniſi poſt ſententiam, *l. ult. ſup. de ſentent. & interlocut.* Hoc eſt commune remedium damnatorum, vel eorum, quibus ſententia judicis omni ex parte non ſatisfecit, *l.*3. *in fin. D. rem. rat. hab.* Et appellationis effectus hic eſt, ut extinguat judicatum, *l.* 1. *in fin. D. ad ſenat. Turpil.* etiamſi non recipiatur ab eo, qui judicavit, *l.* 3. *h. tit.* Et ſi forte injuſta appellatio viſa ſit, ut prior ſententia potius conſervata dicatur, *l. ult. ff. quod cum eo*; quam confirmat *l.*2. *ſup. de uſur. rei judic.* Quia confirmationis natura hæc eſt, ut retrotrahatur, *l.* 25. *ſup. de don. inter vir. & uxor.* At prior ſententia, ſi confirmata ſit, *appellatione injuſta pronuntiata*, non retrotrahitur poſteriore ſententia, id eſt, poſterior ſententia non recurrit ad priorem, ſed prior deſcendit ad poſteriorem, adeo ut furti damnatus, ſi appellaverit, & appellatio injuſta ſit viſa, hodie fiat infamis, non etiam retro intelligatur fuiſſe infamis a die prioris ſententiæ, *l. furti*, §. 1. *de his qui not. inf.* Appellatio etiam vim ſuam exercet adverſus reſcriptum Principis, ut puta ſi poſt miſſam relationem ad Principem, & elicitum a Principe reſcriptum, ad id judex conformarit ſententiam ſuam. Nihilominus ab ea appellari poteſt, licet ſit corroborata reſcripto principis, quod præceſſit ſententiam, *l.*1. §. 1. *ff. eod.* Et ita eſt accipienda *lex* 2. *h. t.* circumducta Gloſſa Accurſii: Appellatio jam quid ſit quæris: Eſt a ſententia minoris judicis ad majorem provocatio: vel ut ſimpliciter definit interpres Apollonii μετάβασις ἀπὸ δικαστηρίου πρὸς δικαστήριον: *eſt tranſitus a judicio ad judicium*. Dico a ſententia: nam ab interlocutione perraro ſolet appellari, id eſt, pauciſſimis caſibus, *l.*2. *ff. de appellat. recipiend.* Itemque ab executione ſententiæ, *l.*5. *inf. quor. appellat. non recip.* & a nominatione juſta ad munus, honoremve publicum, a nominatione juſta, id eſt, legitime facta, qua quis ſcilicet vocatur ad munus publicum: a qua interponitur appellatio, querela potius eſt, quam appellatio, ut eleganter ait *lex* 12. *C. Theod. eod.* Quia *appellationis* verbum, ut ea lex ait, in majoribus rebus dici oportet. Quamquam & ipſa appellatio ſit querela, quæ in majori auditorio inſtituitur adverſus iniquitatem prioris, quæ eſt altera definitio in *l. præfecti*, *ff. de minor.* Appellatio eſt ſpecies: Querela eſt genus: Nam & cum ſententia dicitur ipſo jure nulla, hoc non appellatio, ſed querela appellatur, *l.*3. *ſup. quom. & quand. jud.* Conſultatio autem in hoc titulo longe aliter accipitur, quam in *tit. ſup. l.*1. & 3. Nam ibi *conſultatio* eſt relatio judicis ad principem: hic conſultatio eſt deliberatio, & conſilium, ſive ſententia, quam princeps, ad quem appellatum eſt, cum conſilio ſuo collocutus dicit, quæ in Baſilicis ſemper vocatur συνέλευσις, ut in Pſalmo 1. quod 70. interpretes, βουλὴν auctore Euſebio, Symmachus συνέλευσιν vocat: & in *l.*6. *ſup. de uſucap. pro empt.* quæ eſt ſententia, ſive decretum Imper. Philippi, in inſcriptione ita eſt legendum: *Imperator Philippus Auguſtus cum conſilio collocutus dixit*: quibus verbis etiam legimus in libris notarum Juris explanari tria CCC. *Cum conſilio collocutus*. Et ſane ita eſt explanandum, quod pauci ſciunt

A in antiqua formula Alpheni Senecionis ſubpræfecti primæ claſſis in Miſ. ubi ita eſt: *Senecio*. Deinde ſequuntur tria CCC. id eſt, *cum conſilio collocutus*. Conſultatio igitur eſt conſilium principis, & conventus coacti ſenatus ad dirimendas cauſas appellationis. Julianus in *Nov.*56. differentiam facit inter ſilentium, & conſilium, vel conventum, vel conſultationem, dum ait, ſenatoribus principem, aut indicere ſilentium, aut conventum, ſed indicto ſilentio, non conventu, ſilentio ineſſe conventum, *id eſt*, ſenatum eſſe in conventu, id eſt, non minus ſenatores convenire debere indicto ſilentio, quam indicto conventu. Et indicebatur ſilentium principe habituro orationem in ſenatu. Zonoras in Leone Philoſopho refert, *Imperatorem conſuetam in ſenatu orationem de caſtu, ſive jejunio habere voluiſſe, quæ vocatur ſilentium*. Ita etiam B Nicetas in Manuele Comneno lib.7. *Imperator*, inquit, *parturiebat Catecheſes, ſive inſtitutiones pias, quas Catecheſes, ſive conciones vocant ſilentium*: & ita etiam Anaſtaſius Bibliothecarius lib.21. *Leo*, inquit, *ſilentium contra ſanctas, & venerabiles habuit iconas*: & 22. *Imperator per dies ſingulos ſilentia faciens, populum ad ſuum ſenſum flexit*. Alia ergo ſunt conſilia, ſive conſultationes, alia ſilentia. Nec conſilia igitur dicuntur, quaſi conſilentia, ut Feſtus ſcribit, ſed quaſi conſidia, ut Servius ait, recte adjiciens ſedentium animos tranquilliores fieri: & ideo conſiliantes ſedere, non ſtare, ut Apollonius lib.4. μητιάασκον ἑζόμενοι βουλήν, *agebant conſilia ſedentes*. Et Homerus Iliados pen. βουλὰς ἑζόμενοι βουλεύσομεν, & ult. βουλὰς βουλεύουσι παρήμενοι. Porro ſtatim initio hujus tituli, veluti pro exemplo proponitur ſententia Imper. Severi *ex appellatione infirmans prio-* C *ris judicis ſententiam*. In qua notandum eſt, præmitti rationem ſententiæ his verbis: *prius de poſſeſſione, &c.* ut Servius in locum illum Virgilii lib. 10. Æn. *Quandoquidem Auſonios conjungi fœdere Teucris*, ſcribit in uſu fuiſſe, ut antequam diceretur ſententia, ejus præmitteretur ratio, quod vellem & in uſu eſſet hodie: Nam hoc etiam probat Accurſius in *l. ſi legatario, in fin. de fideicommiſſ. libert.* Etiam arbitror notanda eſſe illa verba, quæ ſupplenda ſunt in quibuſdam libris, a quibus abſunt: *Severus autem dixit. Nam princeps verbo ſententiam dicit, non etiam recitat ex ſcripto, ut alius judex ex periculo*. Item notandum in *h. l.*1. a præſide provinciæ principem appellari, & jure appellari, ſi præſes provinciæ prius pronuntiaverit de crimine vis illatæ poſſidenti, quam poſſeſſionem vi dejecto reſtituerit: D Nam ut dicitur, *ante omnia ſpoliatus reſtituendus fuit*, quæ reſtitutio appellatur momentum, momenti beneficium, momentaria poſſeſſio, quia confeſtim & ſine mora expediri debet. Denique majorem celeritatem deſiderant reformatio, & reſtitutio poſſeſſionis vi ereptæ, quam executio criminis *ex l. Julia, de vi publica, vel privata*. Et hoc eſt, quod ait *l. ſi quis, inf. ad l. Jul. de vi publ. ante omnia cauſam violentiæ examinari*, id eſt cauſam poſſeſſionis vi ereptæ, ut quam primum redintegretur, non publicum violentiæ crimen. Quia, ut ait eadem lex, prius eſt finienda cauſa poſſeſſionis, quam perveniatur ad crimen violentiæ. Itaque licet dicatur plerunque criminalem quæſtionem præponi civili, *l. ult. ſup. de ord. judic.* tamen hoc caſu civilis præponitur criminali, quia finita hac civili quæſtione de poſſeſſione, E poſtea de vi (quæ ſecunda eſt, vel ut vulgo loquuntur, ſecundum caput) aut nulla, aut expeditior, ſeu levior erit cauſa criminalis. Propterea quod crimen ceſſat, ſi illum, qui ſe vim paſſum dicit, appareat non fuiſſe poſſeſſorem, vel etiam, ſi poſſeſſor fuerit, minus punitur, qui eum dejecit, ſi ſit proprietarius, quam ſi non proprietarius fuerit, ut innuit *d. lex ſi quis*. Ac præterea pauci ſunt, qui recuperata poſſeſſione ſua, qua per vim dejecti erant, velint ſubire periculum ſubſcribendi in crimen *l. Juliæ, de vi publ. aut priv.* Ut ergo finiantur lites, & præcidantur, hoc caſu melius eſt præponi quæſtionem civilem criminali, qua forte finita civili, conticeſcet criminalis, eo qui egit contento reformatione poſſeſſionis. Itaque ut jam pridem docui *Obſerv.*5. pugnat omnino

hæc

hæc sententia, sive decretum Severi, quod proponitur in *l.* 1. cum quo congruit *d. l. si quis*, cum alio decreto, sive rescripto Divi Hadriani, quod proponitur *in l.* 5. *§. si de vi, ff. ad l. Jul. de vi public. & in l. si de vi, ff. de judic.* Quibus locis refertur illud decretum Hadriani, non etiam probatur. Nam Severi decretum, quia posterius est, magis sequendum est. Illo vero Hadrianus censet de vi criminaliter prius agi oportere, quam de possessione, vel proprietate. Et fretus quoque forte decreto illo Præses provinciæ de crimine vis prius pronunciabat: a quo tamen Divus Severus decrevit, juste appellatum fuisse, quod præter rationem, quam adduxi hac in causa, præstet, & utilius sit finiri prius de possessione, deinde de proprietate civilem quæstionem, quam perveniatur ad crimen de vi publica, vel privata. Ideoque pronuntiat Severus *juste provocatum fuisse*. Hæc enim est formula qua utitur is, ad quem appellatum est; ut scilicet pronuntiet, aut justam, aut injustam appellationem esse, *mal appellè, ou bien appellè*, *l.* 6. *§.* 1. *hoc tit.*

Ad L. V. Præses provinciæ, *ad quem appellasti, si non vitio negligentiæ vestræ, tempus, quod ad reddendos apostolos præscriptum est, exemptum esse animadverterit, sed ex fatalis casus necessitate diem functo eo, qui eos perferebat, id accidisse cognoverit, juxta perpetui juris formam desiderio vestro medebitur.*

LEx 5. est de *Apostolis*, qui sunt literæ, quas judex, a quo appellatum est, recepta appellatione, scribit, transmittens ad eum, qui appellatus est, totius rei cognitionem. Dat autem appellanti perferendas ad eum, quem appellavit, quæ & *literæ dimissoriæ* dicuntur, libelli dimissorii, & relationes in *l. si judicio, & l. si appellat. hoc tit.* Et in Basilicis hoc loco ita definiuntur apostoli: ἀπόστολοι καλοῦνται δι' ὧν ἡ παρὰ τοῦ δικαστοῦ γίνεται μήνυσις πρὸς τὸν μέλλοντα κρῖναι τὴν ἔκκλητον: id est, *apostoli sunt literæ, quibus causa refertur a judice ad eum, qui de appellatione cogniturus est.* Erant autem olim petendis, accipiendis, & reddendis apostolis præfiniti dies 5. *ut Paul. ait 5. Sentent: tit. de dimissor. literis.* Et post redditos apostolos intra alios quinque dies, datis fidejussoribus, erat cavenda pœna in hunc casum, si appellator appellationem deseruisset, vel si non juste eum appellasse pronuntiatum fuisset, ut idem Paulus *scribit tit. de cautionibus, & pœnis appellationum*. Hodie vero dandi sunt apostoli, etiamsi a nemine petantur: & his datis nulla pœna in cautionem deducitur, id est, nulla exigitur cautio pœnalis de exercenda appellatione, *l.* 6. *§. ult. hoc tit.* Sed qui temere appellavit, arbitrio judicis mulctatur, *d. l.* 6. *§. ne temere, il faut qu'il paye l'amende du fol appel.* temere appellanti mediocris pœna infligitur, id est, mulcta pecuniaria. Et specialiter si non recepta appellatione aliquis tamen obstinate causam appellationis defenderit, & reddiderit, executusque fuerit, si injusta appellatio sit visa, quodammodo notatur infamia, *l. a proconsulibus, h. t.* quia invito judice, id est, non admittente, seu recipiente judice appellationem nihilominus eam executus est: unde si male executum appareat, merito notatur. Generaliter, qui temere appellavit multatur mediocriter in certam pecuniæ causam. Specialiter hoc casu notatur, quia non recepta appellatione appellationem porrexit injuste. Specialiter etiam is, qui appellavit ab executione, vel interlocutione, quæ appellatio merito repudiari potest a judice, atque contemni, si tamen præfracte persequatur causam appellationis, quam interposuit ab executione sententiæ, vel ab interlocutione, & pronuntiatum sit *non juste appellasse*, sustinet pœnam 50. lib. argenti ex *l.* 5. *inf. quor. appellat. non recip.* Hoc ita procedit specialiter in his duobus casibus, quia persecutus est appellationem non receptam, aut quæ recipi non debuit, veluti ab executione sententiæ, vel interlocutione, ac deinde superatus est, id est, pronuntiatum est temere eum appellasse: temeritatis suffert eam pœnam, quam diximus illis casibus. Generaliter autem qui temere appellavit, mulctatur officio judicis. Item hodie dandis, reddendisque apostolis non 5. sed 30. dies præscripti sunt, *l. judicib. hoc tit. l.* 29. 31. 34. *C. Theod. eod. tit. Novella* 126. Nec obstat *l.* 6. *§. ult. hoc tit. vel Novella* 134. quæ ait, apostolos dari sine aliqua dilatione moratoria, sive frustratoria, ut in *l.* 1. *sup. de relation.* Legitima dilatio non est frustratoria. Qui autem eam non observat, id est, qui ante 30. dies non accipit, & reddit apostolos, præscriptione ab agendo summovetur, id est, præscriptione illius temporis, quod non observavit, repellitur ab actione causæ appellationis, videlicet si per eum steterit, quo minus acciperentur apostoli, & redderentur, non si per judicem steterit, *l.* 1. *ff. de lib. dimiss. l. si appellat. inf. h. t.* vel si per tabellarium steterit, qui apostoli dati erant deferendi: Quid enim si mors tabellarii intervenerit? quæ est species *l.* 5. Illis duobus casibus succurritur ei, qui appellavit, etiam tardius redditis apostolis, ut præscriptione ab agendo non repellatur. Et hic explicabo sententiam *legis si appellationem, hoc tit.* quam nullo modo percepit Accursius: differentiam illa lex facit inter judices, & arbitros; judices appellat eos, qui ex ordine judicat, id est, Magistratus: arbitros, qui ex delegato cognoscunt, quæ divisio etiam extat *in l. a proconsulibus*. Et judices quidem si non recipiant appellationem, vel si recipiant, sed apostolorum copiam non faciant, lex constituit, si appellatum sit ad præfectum urbi, vel præfectum prætorio, quæ sunt amplissimæ potestates, & apices dignitatum, ut is, qui appellavit, habeat annum integrum ad contestandam, & expostulandam injuriam judicis, qui non recepit appellationem, vel qui denegavit apostolos recepta appellatione, & ad conveniendum adversarium: ubi male Accursius adversarium, id est, judicem: imo adversarium, id est, eum, contra quem appellavit: *qu'on appelle au Palais l'intimé.* Et ita in *l. ult. C. Theod. de repar. appellat.* quæ est conjungenda *cum d. l. si appellationem*, ad conveniendos eos, quos pulsat intentio, id est, ad conveniendos adversarios, qui priore judicio vicerunt. Idem etiam Accursius in *d. l. si appellationem*, hæc verba, *ex sententia prolata*, sic interpretatur, id est, propter sententiam prolatam conveniendum adversarium, id est, judicem, quod totum est nugatorium: Nam illorum verborum *ex sententia prolata* manifestus sensus hic est, *ex die sententiæ prolatæ*, id est, connumerato quoque ipso die, appellatori dari annum ad contestandam prioris judicis injuriam, & conveniendum adversarium, contra quem appellavit. Quod si, ut eadem l. ait, non sit appellatum ad amplissimas potestates præf. urbi, vel præf. pr. sed ad inferiores judices, lex appellanti ad contestandam eandem injuriam præscribit 6. menses tantum: arbitris a. non recipientibus appellationem, vel denegantibus apostolos, lex appellanti ad contestandam injuriam, & conveniendum adversarium præscribit quatuor menses: post contestationem injuriæ incipiunt currere tempora introducendæ appellationis: & hoc vult *d. l. si appellationem*.

Ad L. VI. Eos, qui de appellationibus *cognoscent, ac judicabunt, ita judicium suum præbere conveniet, ut intelligant, quod cum appellatio post decisam sententia litem interposita fuerit, non ex occasione aliqua, remittere negotium ad judicem suum fas sit, sed omnem causam propria sententia determinare conveniat: cum salubritas legis constitutæ ad id spectare videatur, ut post sententiam ab eo, qui de appellatione cognoscit, recursus fieri non possit ad judicem, a quo fuerit provocatum. Quapropter remittendi litigatores ad provincias, remotam occasionem, atque exclusam penitus intelligant, cum super omni causa interpositam provocationem, vel injustam tantum liceat pronuntiare, vel justam.*

Ad §. Si quid autem *in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur: cum votum gerentibus nobis aliud nihil in judiciis, quam justitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa non excludenda videatur.*

Ad §. Si quis autem *post interpositam appellationem necessarias sibi putaverit esse personas, per quas apud judicem, qui super appellatione cognoscet, veritatem possit ostendere, quam existimavit occultam, hocque fieri judex perspexerit, sumptus idem ad faciendi itineris expeditionem præbere debebit, cum id ipsa justitia persuadeat ab eo hoc cognosci, qui evocandi personas sua interesse crediderit.*

Ad §. Super his vero, *qui in capitalibus causis constituti appellaverint: quos tamen, & ipsos, vel qui pro his provocabunt, nonnisi audita omni causa, atque discussa, post sententiam dictam appellare conveniet: id observandum esse sancimus, ut inopia idonei fidejussoris retentis in custodia reis, opiniones suas judices, & exempla appellatoribus edita, ac refutatorias eorum, ad scrinia, quorum interest, transmittant: quibus gestarum rerum fides manifesta relatione pandatur, ut meritis eorum consideratis, pro fortuna singulorum sententia proferatur.*

Ad §. Ne temere autem, *ac passim provocandi omnibus facultas præbeatur, arbitramur eum, qui malam fidem fuerit persecutus, mediocriter pœnam a competenti judice sustinere.*

Ad §. Sin autem in *judicio propriam quis fuerit causam persecutus, atque superatus voluerit provocare eodem die, vel altero libellos appellatorios offerre debebit. Is vero, qui negotium tuetur alienum, supradicta conditione etiam tertio die provocabit.*

Legis sextæ sunt sex capitula in usu apprime necessaria, ex quibus jam exposui duo: Unum de mediocriter puniendo eo, qui temere appellavit, in §. *ne temere*: alterum de dandis apostolis, etiam nemine petente, & de non exigenda cautione exequendæ appellationis in §. *ult.* Restant igitur quatuor capitula. Primum est, ut judex, ad quem appellatum est, omnino sua sententia definiat juste, necne sit appellatum, nec rursus negotium remittat ad priorem judicem, *il n'y à point de renvoy*: quia interposita appellatione, ejus rei judex esse desiit, ut ait *l. 13. C. Theod. eod. tit.* Et hoc est facillimum. Secundum autem caput hoc est, ut in judicio appellationis audiatur is, qui appellavit, si proferat novos testes juris sui tuendi causa, & probandi, si proferat allegationes, assertiones, defensiones, exceptiones, probationes novas, quæ vocat *supplementa partium*. Et hoc ostenditur in §. *si quid autem*. Eodemque modo novas probationes, assertiones, allegationes adferentem adversarium, contra quem appellavit, audiri par est, ut in *l. per hanc, tit. seq.* Ut uterque quantum potest jus suum tueatur, atque defendat, seu communiat. Nec refert, utrum appellatum sit ad Principem, an ad alium judicem: Nam si appellatum sit ad Principem, etiam novæ allegationes admittuntur, id est, nova supplementa, aut fulcimenta causæ, *l. in offerendis, in fin. & l. ult. §. in refut. h. t.* Nec his quidquam obstat *l. 5. sup. de dilat.* qua movetur Azo in contrarium, quoniam ea lex dicit, in cognitionibus Principum ex appellatione, vel relatione nunquam tribui partibus ullam dilationem, videlicet ad instruendam causam: Nam ille titulus *de dilationibus*, est de dilationibus, quæ tribuuntur instrumentorum causa, id est, litis instruendæ causa, quæ nondum instructa est. Igitur in cognitionibus Principum non tribuitur dilatio ad instruendam causam, quæ satis instructa est; Nec enim causa ad principem transmittitur, nisi ad plenum instructa, nisi sit plena & integra instructio, relatio, opinio transmittentis negotium ad principem, *l. 1. & 3. sup. de relat. l. 5. C. Theod. de appellat.* Ceterum novæ probationes admittuntur, quæ scilicet adduntur causæ non satis instructæ, ut novi testes, sed ita ut ait *l. 6. §. 2.* ut evocatis testibus, qui eos evocat, præstet viaticum, & sumptum itineris, quod ostendit etiam *l. 3. §. Sabino, ff. de testib l. 10. sup. de testib.* juncta *l. ult. C. Theod. de abolit.* Et hoc jure utimur, *ut evocatis testibus præstentur impendia*, cum eo, quod ex suis operis consequi possent, *pour leurs journees*. Summa igitur capituli 2. hæc est, eum, qui appellavit, & eum, contra quem appellatum est, audiri adferentem adsertiones, allegationes, & novas probationes. Videamus an huic definitioni obstet Novella

A *de testib.* quæ vult, ut qui semel renuntiavit in judicio productioni testium, qui dixit, sibi satis esse testium, si cognovit testimonia, & præscriptiones adversarii, *les reproches*, postea non audiatur, si velit nova productione uti. Et sane non auditur quidem in eo ipso judicio, in quo renuntiavit productioni testium. Sed restat illud inspiciendum, an audiatur in judicio appellationis, si velit nova productione uti? Et dicam etiam non audiri, quia videtur idem esse judicium, quod de eadem re est; ideoque exceptio procuratoria, quæ post litem contestatam non potest opponi in priori judicio, non potest etiam opponi in judicio appellationis, *l. ita demum, sup. de proc.* Cur ita? Quia idem judicium esse videtur, quia eadem res est. Qui dicunt aliud judicium esse appellationis a priore judicio, perperam moventur *l. cùm apud,* B *ff. judic. sol.* Quia ea lex hoc vult, eum, qui in priori judicio cavit judicatum solvi his verbis: *Quidquid Sempronius judex statuerit recte dari, præstari*, si ab eo judice appellatum sit ad Cajum, condemnato reo, qui cavit judicatum solvi ex sententia Caii, non committi stipulationem. An quia aliud judicium est? Minime: Nam si cavisset in rem, puta. quod judicatum est dari, nihil interesset, utrum a priore, an posteriore judice judicatum esset, & utrobique committeretur stipulatio judicatum solvi: At quia cavit in personam, *Quidquid Sempronius judex statuerit solvi*, non potest pertinere cautio ad alium judicem, non potest egredi personam. Et hæc est quæstio *l. cum apud*. Hodie illud expeditum est, ex usu communi, eum, qui in priore judicio productioni testium renuntiavit semel, nec in judicio appellationis au- C diri, si alia productione uti velit, auctore Clemente in *capitulo ult. extra, de testibus*. Sed hoc ita intelligendum est, si in eandem rem velit alia productione testium uti: Nam si in aliam rem, in qua non sit usus productione testium, quæ tamen pertinet ad litem principalem, aut ei connexa sit, velit uti productione testium, vel aliorum, vel eorundem, sane audietur, *c. fraterni, de testib.* Nam etiam qui appellavit addita certa causa cur appellet, non prohibetur causæ, quam initio allegavit, aliam adnectere interpositæ appellationis, *l. 3. ff. de app.* Et hoc de 2. cap. Cetera sunt facilia. Tertium hoc est, *ut qui in causis criminalibus appellavit, carcere contineatur, licet appellatio extinxerit judicatum*, ut causam appellationis dicat ex vinculis, videlicet si copiam non habeat idonei fidejussoris, alioqui dato idoneo fidejussore, carcere D liberatur, in hac *l. 6. §. super his, & l. 12. h. t.* Et ita post appellationem interpositam, ut additur in *d. §. super his, & l. a proconsulibus*, & dictum in titulo *de relationibus*, ut judex, a quo appellatum est, datis appellanti apostolis, mittat etiam opinionem suam plenam ad eum, qui appellatus est, quæ jam verius *opinio* dicitur, quam sententia, quia appellatio extinxit sententiam, exemplum autem opinionis suæ, & relationis, ut edat partibus, cui partes si velint possunt addere refutatorias preces. Et quartum caput hujus legis hoc est, ut in propria causa libelli appellatorii dentur intra biduum ex die sententiæ datæ, quibus profiteatur, se appellare a sententia: In causa aliena (ut si procurator agat) intra triduum, ut in *§. pen. h. l. 6. l. 1. §. triduum, ff. quand. appelland.* Alii sunt libelli dimissorii, qui dicuntur apostoli, & a judice dan- E tur appellatori: alii sunt appellatorii, qui ab appellatore dantur judici, qui de re prior cognovit. Sed hæc definitio *§. pen.* hodie sublata est *Nov. 23.* præscriptis a Justin. diebus decem, tam in propria, quam in aliena causa ad offerendos libellos appellatorios. Alia duo capita hujus l. exposui in *l. 5.* Nunc dicam, a quibus appellari possit, & quis ab eis appelletur. A prætoribus appellatur præfectus urbi, *l. 17.* Idemque præfectus urbi appellatur a quibusdam præsidibus provinciarum designatis, *l. 23.* Unde Cassiodorus in formula præfecti urbi, *Tu etiam*, inquit, *ex designatis lege provinciis ab appellatione cognoscis*. Et Papinius de Gallico præfecto urbi: *Inque sinum, quæ sæpe tuum fora turbida questu confugiunt, legesque, urbesque ubicunque togatæ. Quod tua longinquis implorant jura*

jura querelis, &c. Quibus sane verbis significat ex provinciis etiam longinquis appellari præfectum urbi. Et Vopiscus quoque *in Aureliano*, referens verba senatus ad curiam Carthaginensem: *Omnis*, inquit, *provocatio præfecti urbis erit, quæ tamen a proconsulibus, & ab ordinariis judicibus emerserit*. Ab aliis provinciis, vel præfectus prætorio appellatur, ut *l. 29. h. t. & l. 27. C. Theod. eod.* Et adjuncto magistro militum in casu *l. 23. h. t.* si apparitori magistro militum fiat controversia status, vel appellatur princeps, ut *l. 1. & l. a proconsulibus, hoc tit. l. ult. D. de cond. & demonst.* vel consentiente principe appellatur Senatus, ut in Probo scripsit Vopiscus: *Permisit patribus, ut de magnorum judicum appellationibus ipsi cognoscerent*. Et de M. Antonino Capitolinus: *Senatum*, inquit, *multis cognitionibus; & maxime ad se pertinentibus judicem dedit, neque quisquam principum amplius senatui detulit*, sic legendum. Et paulo post: *Senatum appellationibus a consule factis judicem dedit*. De Nerone Sveton. scribit: *Cautum ut omnes appellationes a judicibus ad Senatum fierent*. Ac præterea Cornelius Tacitus 14. Annalium, *statuisse eundem, ut qui a privatis judicibus ad senatum provocassent, ejusdem pecuniæ periculum facerent, cujus ii, qui Imperatorem appellassent*, id est, ut eandem pœnam subirent, qui temere appellassent ad senatum, quam subeunt, qui temere appellant ad Imperatorem, scilicet, quorum appellatio videtur esse injusta. Nam ante Neronem, si quis ad Senatum appellasset, vacuus erat solutusque omni pœna. Sane merito, & hodie nostri Principes omnes appellationes referunt ad Senatum: Nam cum appellatur Senatus, Princeps ipse appellari videtur, quia est pars senatus, *l. 8. inf. de dignit. lib. 12. Et nos*, inquit, *in numero senatorum sumus*, & retro Senatus est pars principis, ut ait *l. quisquis, inf. ad l. Jul. Majest.* A præfecto urbi appellatur princeps, *l. Æmilius, ff. de min.* Nec enim idem erat privilegium præfecti urbi, & præfecti prætorio: a præfecto urbi appellari potuit: a præfecto prætorio appellari non potuit. Denique ab omnibus judicibus appellari olim potuit, excepto solo præfecto prætorio, & senatu ex constitutione Hadriani, *l. 1. D. qui & a quibus appell.* Nam ante Hadrianum, ut quodam loco supra ostendi, etiam a Senatu Princeps appellari potuit, a præfecto prætorio appellari non potest διὰ τὸν ὄγκον, ut Theodorus ait, *l. 1. D. de off. præfect. pretor. l. præfect. D. de minorib. l. 1. sup. de sent. præf. præt. l. a proconf. l. si quis provoc. h. t.* Utriusque tamen præfecti dicitur *sacrum esse auditorium*, quod vicem habeat auditorii, & disceptationis principalis, sicut etiam vicarii præfecti prætorio dicitur esse sacrum auditorium, *l. 1. sup. de offic. vic.* Et fuit quoque proconsuli Africæ, qui omnium proconsulum fuit maximus, adeo *ut proconsulis* nomine simpliciter, per eminentiam intelligitur proconsul Africæ, & proconsularis provinciæ nomine, Africa. Hic etiam proconsul habuit sacrum auditorium, *l. 3. C. Theod. de appell.* ut præfectus urbi, *l. 18. C. Theod. eod. l. 2. C. Theod. de pactis, & l. 16. h. t.* quæ scripta est ad Maximum præfectum urbi, dicitur præfectus urbi accipere imaginem principalis disceptationis, id est, cognitionis sacræ, & a Symmacho in epistolis, *Sedem præfecti urbi vicem Principum tueri*. Hi quidem obtinent imaginem sacræ cognitionis, & dicuntur vice sacra judicare. At, ut eleganter ait *lex a proconsulibus, C. Theod. de appellat.* solus præfectus prætorio vere vice sacra judicat, ceteri per imaginem. Et ideo ab eo appellari non potest, *ne*, inquit, *Imperator in ea leg. nostra veneratio contingi videatur*, id est, ne a nobis ipsis appellari videatur. Et ita Cassiodorus in Psal. 104. scribit, *Josephum fuisse secundum a Pharaone, quæ potestas*, inquit, *hodie retinetur a præfecto prætorio, qui & vice sacra vere judicat*. A rationali autem, id est, procuratore fisci, vel a discussore, qui dicitur λογοθέτης, & est cognitor, & disceptator rationum fiscalium, quas alii tractarunt, dispunctor: & in eos, qui eas tractarunt jurisdictionem habet, de quo est *tit. inf. de discuss.* A rationali, inquam, qui & *Catholicus* dicitur, *Procureur general*, & hujus apparitores *Catholiciani*, in *l. pen. §. ult. inf. de bon.*

A *proscrip.* a rationali, & discussore appellatur comes rerum privatarum principis, *l. 26. hoc tit.* Quæ scripta est ad Pelagium, non præfectum prætorio, ut edidit Haloander, sed comitem rei privatæ, ut apparet non tantum ex C. Theodos. sed etiam ex *l. pen. inf. Quor. appellat. non recip.* quæ cum *l. 26.* conjungenda est, & vult, ut a rationali, vel discussore non appelletur ad comitem rei privatæ ante tempus sententiæ, & ordinem eventus, id est, ne ante exitum causæ appelletur a præjudicio rationalis, sive interlocutione, sed post sententiam demum, post eventum ultimum causæ, quæ pertulerit peractus ordo judiciorum. Idem etiam confirmant Basilica, in quibus iis verbis expressa est sententia *leg. 26.* ἐὰν κατὰ λογοθέτου &c. id est, *si quis appellaverit a Logotheta, vel catholico, causa transeat ad Comitem rerum privatarum*. Sed de his

B satis. Notandum ex *l. 28.* qui appellavit, posse renuntiare appellationi impune. Atque ita *l. 28.* intelligitur abrogari *lex revocare, C. Theod. eod.* quæ non permittebat semel interpositam appellationem revocari. Ex *l. 28.* revocari potest, optima ratione, quia appellatio ad privilegium, & utilitatem litigantis inventa est, ut eleganter ait *l. 11. in fine, C. Theod. eod.* Theodorus, ὑπὲρ αὐτοῦ. &c. id est, *pro eo lex introduxit auxilium appellationis*. At unusquisque suo privilegio renuntiare potest. Aut appellat quis illico post recitatam sententiam viva voce inter acta, *l. 14. h. t.* aut per libellum appellatorium. Si priori modo appellaverit, facile contraria vox revocabit appellationem, sed etsi appellaverit per libellos appellatorios porrectos judici, integrum est ei revocare appellationem recuperatis libellis, ut ait *l. 28.* Et æquissimum hoc

C est, *ne justæ pœnitudinis humanitas amputetur*. Et appellatio revocari potest intra triduum, ut additur in *C. Th.* quod tamen prætermittitur in hac *l. 28.* illa verba *intra triduum in h. l.* prætermittuntur. Ex quo apparet, tacite legem significare, quandocunque appellationem revocari posse, pendente judicio appellationis necdum finito. Et hoc jure utimur, non admisso *cap. quamvis, de elect. lib. 6.* Nam & ille totus liber sextus nunquam fuit receptus in Gallia. Ex illo capitulo post redditos apostolos summo Pontifici non est integrum revocare appellationem, ne scil. excidat, quæ semel incidit, pœna: Notanda est in hoc tit. *l. 29.* quæ, ut constat ex *l. 7. sup. de Episc. audient.* proprie pertinent ad Clericos, & Monachos, Synoditas, vel Cœnobitas (nihil refert hoc, an illo modo dixeris: nam utroque nomine significantur qui

D unam habent domum, & in ea omnia communia) Utroque nomine significatur societas vitæ, & bonorum, *Conventuels*. Constituit ergo lex, ne hi monachi, vel clerici, quod sibi ante arrogabant, per vim eripiant eum, qui ducitur ad supplicium: & hoc forte sibi arrogabant exemplo sacerdotum paganorum: Nam eum, qui ad verberandum ducebatur, nefas erat verberari, si supplex ad pedes flaminis Dialis procubuisset, & se projecisset, ut Gell. *lib. 10. cap. 15.* possunt illi quidem intercedere pro reis, ut declarat apertissime D. August. *Epist. 54. ad Macedonem*. Possunt item & illi, & alii nomine ejus, qui ad supplicium ducitur, invito eo appellationem interponere. Et humanitatis ratione hæc lex 29. ait: *Omnes provocationes ejus nomine, qui ad supplicium ducitur, dilato supplicio audiri debere*. Quæ ratio ducitur ex *l. non tan-*

E *tum, ff. eod.* sed non possunt etiam reum per vim eripere. Vis amovetur, intercessio, & defensio permittitur. Notanda est etiam *l. 32.* quæ hoc vult, ut si appellatum sit a spectabili judice ad Principem, veluti a proconsule Africæ, ut hodie Princeps ipsemet non præbeat audientiam, ne graviores occupationes Principis interrumpantur, sed ut de ea re, de qua consulatio postulatur a Principe, genere quodam appellationis in sacro auditorio tractetur, ubi judices sedeant, præfectus prætorio, & quæstor sacri Palatii, *le Chancelier*, qui sunt in comitatu Principis, servato eodem ordine, eodemque cultu, qui servaretur præsente principe, & audiente, & excipiente acta eodem scrinio, qui exciperet præsidente Principe, & eodem item habitu indutis omnibus, quo induerentur præsente prin-

cipe, ita ut præsidentibus liceat (ut Julian. ait in *Nov.* 20.) uti campagis: qua voce etiam utuntur Capitolinus, & Trebellius, pro calceamentis regiis, quæ purpurea erant, sive coccinea. Itemque iis, qui judices præsident vice principis, utentibus iisdem verbis in pronuntiando, quibus ipse princeps si præsideret uteretur, puta hoc modo: *Nostra pietas decrevit*, *nostra serenitas*: quod tamen mutavit Justinianus *Nov.*126. & ita constituit *in hac l.*32. ut cognitio præfecti prætorio, & quæstoris sit vice consultationis. Quod si appelletur a duce, vel præside provinciæ, vult *lex.* 32. causam disceptari a præfecto prætorio, solo jure ordinario, non ritu, moreque consultationis, non more regio, cujus jus extraordinarium est, quod etiam Justinianus mutat in *l. pen. h. t.* constituens, ut a ducibus cujuscunque dignitatis sint, sive illustres, sive spectabiles, appelletur magister officiorum, & quæstor sacri Palatii, ut de appellatione cognoscant, non jure ordinario, ut solent magistratus, suo jure, pro sua jurisdictione, sed more consultationis, id est, more regio, ritu, & observatione regia. Et additur in *l.*32. ut si appellatum sit ab illustri judice ad Principem, a quo possit appellari; id est, qui non sit præfectus prætorio, ut tunc ipsemet Princeps interponat cognitionem suam coacto senatu, & habita consultatione. Et nihil refert, etiamsi illustris ille judex habuerit συνδικαστὴν, id est, conjudicem, *un adjoinct*, non illustrem: Satis enim est, si ipse fuerit illustris. Item, nihil refert, utrum ipse fuerit illustris initio cognitionis, an non fuerit, sed postea factus fuerit ante sententiam: nam quæ ab eo interponitur appellatio, expedienda est præsidente ipso Principe. Sed hoc Justinianus quoque derogat, habita quadam distinctione, in *l. antepen.* dum distinguit ita, ut si causa, quæ per appellationem transmittitur ad Principem, non excedat quantitatem decem librarum auri, tum de ea, ut cognoscat unus tantum patritius, qui est in comitatu, vice Principis, & consultationis more, vel unus præfectorius, id est, qui fuit præfectus, vel unus consularis. Si excedat illam quantitatem usque ad viginti libras, tum ut de ea re cognoscant duo viri illustres: si autem causa excedat quantitatem 20. librarum, tum ut universus senatus de re cognoscat. Præterea etiam, ut consultationem ex appellatione liceat postulare intra biennium. Hoc vult *l. antepen.* Ad quam additur in *l. ult.* §. *ult.* ut si forte is fuerit initio status causæ, ut non pluris æstimetur, quam 10. libr. auri, contenta sit uno patritio, uno procere: vel si æstimetur viginti libris auri, ut contenta sit duobus, & postea illi uni, vel illis duobus appareat examinata causa, eam esse majoris quantitatis, ut non ideo desistant a cognitione, sed eam peragant, inspecto priore statu causæ, quod notandum est, *l.ult.* §.*ult. h.t.l.*34.*h.t.* est de relationibus judicum ad Principem, judicum scilicet, qui vel ex ordine cognoscunt, vel ex delegatione, ut iis relationibus, ne occupetur Princeps, respondeat quæstor, adhibitis in consilium duobus patriciis, vel consularibus, vel præfectoriis, ut a responso ejus non liceat appellare ad principem: post *l.*34. dantur duæ leges Græcæ *l.*35. & 36. quas, ut breve faciam, expositas invenies *obser.*12. *cap.*3. Unde restat, ut annotemus tantum *ex l.ult. h.t.* uno ex litigatoribus appellante, etiam alterum appellare posse, quod fit quotidie, puta, ut victor, & victus appellet, victus manifesta ratione, victor, quod ei omnino satisfactum non sit, *l.* 1.*inf.qu. prov. non est necess.* Ergo si unus appellaverit, & alter appellare potest, & queri de lenitate sententiæ, quæ plerunque iniquitati proxima est, quia *judex non debet esse mitior lege*: vel si forte postquam unus appellavit, alter absit, dum agitur causa appellationis, quæ μονομερῶς agi potest, id est, etiam si una tantum pars præsens sit: Nam in causa appellationis hoc est speciale, ut possit agi una parte præsente tantum, causæ vero principales non nisi utraque parte præsente, *l. ult.* §. *illud, tit. seq. l. ult. de condit. & demonstr.* Si inquam, absit altera pars judicio appellationis, ut ejus vicem suppleat judex, quia est perinde ac si appellasset, licet non appellaverit, jus ei suum conservet, quod notandum est *ex l. ult.* quæ

A etiam addit, *breves esse debere refutatorios libellos*, quos semper Græci vocant ἀναπληρωματικοὺς, quod contineant supplementa partium, quibus in medium adductis refellunt opinionem, sententiam prioris judicis, & addunt quoque novas assertiones. Denique commendat tantum brevitatem illorum libellorum, maxime si offerantur in sacro auditorio Principis. Sacrum auditorium amat brevitatem.

AD TITULUM LXIII.

DE TEMPORIBUS, ET REPARATIONIBUS APPELLATIONUM, SEU CONSULTATIONUM.

B TITULUS est de temporibus appellationum, non iis, intra quæ interponenda est appellatio, quæ jam definivit *t. super. l.*6. §. *pen.* Sed de iis, intra quæ interposita appellatio introducenda in judicium, & exercenda est. Neque vero *l.*1. *hoc tit.* est accipienda de temporibus, intra quæ appellandum sit, quasi velit a nominatione ad munus, honoremve publicum intra duos menses appellandum esse, quia non duo menses huic rei constituti sunt, sed biduum, aut triduum, & ex *Nov.*23.10. dies, sicut in sententiis, *l.*1. §.*quod. in sent. D. qu. appelland.* Sed *l.*1. mens hæc est: a nominatione ad munera publica appellationis interpositæ, vel, ut loquitur, interponendæ, sic nostri auctores loquuntur, litis contestandæ, & rei judicandæ, id est, litis contestatæ, rei judicatæ, ut ex ea die ad persequendam eam C appellationem duum mensium tempora computentur ei, qui nominatus, & vocatus est ad munus publicum, ex quo cognovit, se nominatum esse, quod confirmant hæc verba *l.* 19. *C. Theod. de appell.* quæ idem statuit, *ut*, inquit, *intra duos menses negotia perorarentur*. Itaque in sententiis, & in nominationibus ad munera publica eadem tempora servantur ad interponendam appellationem, non etiam ad introducendam causam appellationis, ad persequendam appellationem: Nam in nominationibus intra duos menses persequenda est, ut est in *l.*1. in sententiis intra 6.menses, vel 3.*ut inf.* demonstrabimus, qui & reparari, & redintegrari possunt, ut *l.* 2. *h. t.* olim in sententiis ad persequendam appellationem, alia, quam definiat *l.* 2. tempora erant constituta, de quib. *Observ.*12. *cap.*4. *ex C. Th. & ex Symmacho*, *& D. Aug. & Obs.*16.*c.*7. Olim igitur post interpo- D sitam appellationem, ea erat instituenda, & persequenda intra certa tempora, quibus elapsis etiam peti poterat a judice *reparatio* post primi temporis lapsum: si intra id non introduxisset appellationem, adhuc peti poterat *reparatio*, id est, redintegratio, renovatio, restauratio lapsi amissique temporis, simul ac litis. Et impetrata reparatio temporis, ac litis, debuit denuntiari adversario, contra quem appellatum erat, ut multis locis ostenditur in *C. Theod. tit. de reparat. appell.* Sed si post reparatum tempus is, qui appellavit, etiam tempus reparatum, & redintegratum præterlabi sineret, nondum inducta causa appellationis in judicium, atque ita post secundum lapsum temporis; poterat extra ordinem ex justa causa a Principe peti reparatio temporis, etiam post 2. lapsum. At post tertium lapsum, id est, post reparationem illam conces- E sam a Principe extra ordinem, non dabatur reparatio ex ulla causa, & sententia appellatione suspensa convalescebat, & ad finem perducebatur, perinde ac si appellatum non fuisset, quasi lapsa causa appellationis temporibus, quæ appellator semel, ac iterum, & tertium non observaverat. Hodie autem ex *l.*2. *h. t.* non tantum post tertium lapsum, sed etiam post quartum lapsum plerumque datur reparatio temporis, & litis, non post quintum. Et omnino res ita procedit, ex quo quis scivit se condemnatum esse, ut in *l.*4. *sup. de lib. caus.* causam appellationis introducere debet intra 6. menses ex longinquis & remotis provinciis, intra tres menses ex eadem, aut contigua provincia, secundum distinctionem *l.ult. hoc t.* videlicet si a judice appellasset: Si vero ab arbitro appellasset,

dele-

delegato ab aliquo judice, intra duos menſes ſecundum diſtinctionem hujus l. Poſt lapſum *6. 3.* aut 2. menſium, quæ ſunt prima tempora, quæ præſcribuntur exequendæ appellationi, adhuc appellator jure legitimo habet menſem unum, ad inſtituendam & perſequendam appellationem, quam interpoſuit: & poſt hunc ſecundum lapſum habet etiam alterum menſem, & poſt tertium lapſum æque alterum menſem, poſt quartum vero lapſum, ſi a judice appellaverit (nam ei, qui appellavit ab arbitro delegato poſt quartum lapſum, non ſubvenitur, non datur reparatio) Si, inquam, a judice appellavit, poſt quartum lapſum, poteſt extra ordinem a principe, nec niſi a Principe, *ex aula*, ut ait *l. ult.* nec niſi ex aula, impetrare reparationem trium menſium: quam tamen adverſario denuntiare, aut inſinuare in foro præfecti prætorio non neceſſe habet, contra quam obtinuerit olim, ſicut dixi *ſup.* Et illi tres menſes non numerantur ex die petitæ reparationis a Principe, ſed ex ſummo & ultimo die quarti lapſus, licet ante eum diem petita fuerit reparatio. Et hæc eſt ſententia *l. 2.* quæ erat explicatu ſatis difficilis. Unde exiſtunt duæ quæſtiones: Prima, utrum menſes ſint numerandi ex numero dierum, an ex calendis. Sed conſtat ex *l. 2. C. Theod. de decur.* menſes numerari debere ex numero dierum, ut ſi hodie mihi dentur duo menſes ad agendam cauſam, ex hoc ipſo die incipiam numerare duos menſes, non ex calendis proximis. Deinde quæritur utrum dato uno menſe, vel datis duobus, aut tribus 4. aut ſex menſibus, utrum ſinguli menſes æſtimentur ex diebus triginta, an ex 31. Nam alii menſes conſtant 30. alii 31. diebus. Sed ut mathematici, ita nos menſes æſtimamus ex diebus 30. *l. 3. §. ult. D. de ſuis, & legit. her. l. ult. ſup. de jur. delib.* Sed ubi dantur 6. menſes, aut 3. aut 2. veluti ad agendam cauſam appellationis ſecundum ſuperiorem diſtinctionem, extremo menſi ſupperaddimus unum diem, quo, ſi quis veniat, auditur, & præſcriptioni temporis paruiſſe intelligitur, *l. ubi lex, D. de reg. juris. Ubi lex facit mentionem duorum menſium, & qui venit ſexageſimo, & primo die auditur*, lex ait. Ubi autem datur unus menſis, & poſt primum, ſecundum, aut tertium lapſum, ut dixi antea, ei menſi addimus unum diem, ut aperte oſtendit *l. 2. h. t.* Et hic ultimus dies temporalis dicitur, & fatalis, ad interitum cauſæ ſcilicet in hac *l. 2. & l. præcipimus, ſup. tit. prox. l. ult. ſup. ubi ſenat. vel clariſſ.* Fatalis dies, quod in eum diem ſupremum incidat interitus cauſæ, quod eo die lis moriatur, ſi non introducatur lis, agat animam, ut in *l. ult. h. tit.* illo loco, *multas eſſe occaſiones mortales appellationum* .i. multas eſſe occaſiones, quæ obſtant, ne poſſit perorari cauſa appellationis intra conſtituta tempora, veluti morbus, neceſſitas publica, incurſus hoſtium, & innumeri alii caſus, quibus miſeri mortales obnoxii ſunt, atque ita adferunt necem cauſæ appellationis. Itemque in *d. l. ult.* illo loco: *cauſæ mortuæ*, moritur, quæ non introducitur intra conſtituta tempora: moritur lapſu temporum. Et ita etiam noſtri Juriſc. *mortuam litem* dicunt, *l. 2. D. de judic. ſol. l. 3. D. quæ in fraud. cred.* Et generaliter, ut eſt in gloſſis veterum, quod valde notandum cenſeo, ἐμπρόθεσμος ἡμέρα dicitur fatalis dies, quæcunque ſcil. finita, & condicta dies eſt, quia omnis condictio diei, ei, cui dies condicta eſt, periculum aliquod adfert, ſi fallat ad condictum, Græci auctores innumeri tum noſtri, tum alieni, vocant dies hoſce *fatales*, id eſt, legibus finitos (Nam idem eſt dies fatalis, & dies finita) hoſce, inquam, dies vocant ſemper ἡμέρας κυρίας. Quidam cauſidicus, qui nuper ſcripſit de Repub. lingua vernacula, jactat ſe deprehendiſſe errorem, quem alii non deprehenderunt, admiſſum ab iis, qui Codicem (ſi credere fas eſt) ex Græco Latinum fecerunt: Nam in Græco cum legiſſent κυρίας per υ interpretati ſunt fatales, non animadvertentes eſſe legendum κηρίας per η. Item Codicem hunc, quem in manibus habemus, ponite Græco in Latinum fuiſſe converſum, quod quis unquam audivit? eſt merum ſomnium delirantis. Deinde ponit dies fatales Græce appellari κηρίας per η, quo nomine ſignificatur fatum, quod nemo unquam probabit; Nam a nomine κὴρ,

A quod ſignificat fatum, dicunt Græci κῆρας, aut κυρίας, non κηρίας. Ejuſdem ingenii eſt, quod idem homo adſcribit Ulpiano in *l. 1. de offic. conſ.* Conſulem apud ſe manumittere poſſe præſente collega, quod neque ibi, neque alibi Ulpianus ſcripſit unquam, quia neque certe præſentia collegæ eſt neceſſaria, ſed ſolus apud ſe ſervum ſuum recte manumittit, *l. 1. D. de manum. vid.* ut non mirer, ſi ingenioſus etiam ille mihi adſcribat, me in *l. apud eum, D. de manum.* ita legere ſine negatione, *apud eum, cui par imperium eſt, manumittere poſſumus*, quod neque manus unquam ſcripſit, neque mens cogitavit. Quinimo abeſſe me ab hac ſententia, quam ille perperam mihi tribuit, indicabit *Obſerv. 7. cap. 17.* Idem pari fide ſcribit, in *l. quidam Iberus, D. de ſervitut. urb. prædiorum.* Marcum Aurelium Imperatorem ad querelam ejus, qui ſe a ſocio
B ſuo Ibero læſum dicebat, quem eo nomine non convenerat, aut interpellaverat, reſpondiſſe; *Cum Ibero loquaris, ne rem illicitam faciat*, cum in ea lege nulla fiat mentio Marci Aurelii: Et id reſpondeatur non ad querimoniam cujuſquam, ſed qui queritur de Ibero, roget tantum Proculum JC. ut cum eo loquatur, ne rem illicitam faciat, id eſt, ut ſua auctoritate eum compeſcat: & commonefaciat officii ſui, quo abſtineat ab injuria, quod obſervandum: adibatur JC. ut moneret adverſarium de injuria, quam alteri faciebat: ſe jus tenere, monere de jure, quæ admonitio magni momenti eſt: adibatur JC. qui moneret adverſarium, ut abſtineret ab injuria. Ex his paucis, qui vir ille ſit, æſtimari poteſt, non dicam Fanaticum; non dicam, quod Apul. de advocatis, *forenſia pecora, togatoſque vultures*, vos, quid
C de eo ſit, ſtatuere poteſtis, qui etiam neſcio qua fronte negat unius rei varias definitiones tradi poſſe, contra quam Galenus ſcribat, qui fuit ſummus dialecticus, & commonſtrari poſſit exemplis variis, ſed uno contenti ſimus. Modeſt. legatum definit, *donationem teſtamento relictam*, Florent. legatum definit, *delibationem hereditatis, qua teſtator ex eo, quod univerſum heredis foret, alicui quid collatum velit.* Ulpian. legatum definit, *quod legis modo, id eſt, imperativo teſtamento relinquitur.* Sunt tres legati definitiones diverſæ, & omnes ex arte confectæ, rectiſſimæ omnes, pariter unam ſubſtantiam exprimentes. Etiam non feram, ut nova quadam, & inaudita ratione interpretetur *l. domos, de leg.* 1. qui legis conſultus non eſt: nec erit inſuave intelligere ſententiam hujus legis: teſtator domos quaſdam hereditarias reliquit per
D fideicommiſſum, poſt mortem heredis præſtandas; ædes vivo herede igne conſumptæ ſunt ſine culpa ejus. Deinde heres extruxit alias ædes nummis ſuis, non hereditariis: poſt mortem heredis cum extitit conditio, fideicommiſſarius ſi velit conſequi ædes, quas reſtauravit heres de ſuo, præſtare debet heredi heredis ſumptus ædificationis, qui quidem ſumptus æſtimabuntur, ut ait lex, examinatis ætatibus ædificiorum, id eſt, habita ratione ſtatus, & quantitatis ædium. Nam *& ætatem* Græci, Latinique, ſua quique lingua accipiunt pro quantitate, ſive ſtatura, quæ nova interpretatio non eſt, cum & veteres interpretes pro *ætatibus*, maluerint legere *quantitat. quod ætatibus* in illa ſignificatione eſſet obſcurius. Ille autem his verbis hoc vult exprimi, ut examinetur, quantum temporis ædes, quas heres extruxit,
E duraturæ ſint, quod ex materia liquere poſſit, & inde quanti ſint ædes, quas heres extruxit, quod ſpectari plane eſt ſupervacuum, quia nihil intereſt ſpectari quanti ſint ædes, quas conſequi fideicommiſſarium velit, aut quandiu duraturæ ſint, id eſt, an brevem, an longam ætatem. Et ſtultum eſt etiam, quod ait, ædes, antequam incenderentur, ſi communi judicio æſtimabantur duraturæ 80. annis, & æſtimabantur 100. aureis, poſt annum 40. contingente incendio ædium, æſtimari tantum 40. imo poſt incendium nihil æſtimari, quod non eſt: nullius rei nulla æſtimatio eſt, aut ſi reſtauratæ ſint ab herede, non præteriti temporis, ſed præſentis, ſi id de æſtimatione quæratur, æſtimationem fieri: & ille vult haberi rationem præteriti temporis, præteritæ æſtimationis; *l. 3. §. Divi,*

de

de jur. fisc. l. 2. sup. de patr. qui fil. suos. Sed omittamus caufidicum, & redeamus ad rem. Notandum ex *l.* 2. temporum supradictorum, quæ toties repetuntur tam varie, ad agendam appellationem ultimum diem, summum diem esse fatalem ad interitum causæ, si eo non sit inducta causa. Quid si summus dies feriatus fuerit, ita ut ex eo die non possit induci causa. Et hoc casu ait, eum diem, qui præcedit, vice fatalis succedere, ac servari. Contra vero Justinianus in *l. ult. hoc tit.* quod in usu est utilissimum, non vult observari summum diem, sed pro uno die ultimo, pro die, qui erat fatalis, qui adferebat finem causæ, & restituebat priorem sententiam suis viribus, præscribit decem dies, quinque ante illum diem ultimum, & quinque post ultimum illum diem, ut decem dies habeantur pro uno die fatali, quibus audiatur, qui venit ad causam perorandam. Postremo non omittam, quod demonstratur in *fin. l.* 2. (hoc est valde singulare) post lapsum causæ temporibus omnibus non posse induci causam appellationis, sed exequendam mox esse priorem sententiam, perinde ac si appellator ei adquievisset: si vel inducatur causa appellationis post omnes lapsus, ut appellans repellatur opposita præscriptione, & exceptione ab adversario, si adversarius præsens sit, vel a judice, si absens sit: Nam, ut dixi sup. ex *l. ult. tit. præced.* judex supplet partes absentis, in causa appellationis supplet præscriptionem temporis, quam nemo objicit nomine absentis. Et ut ait *l. 2. in fin.* objicienda est primo loco, id est, initio litis, quæ inducitur post lapsum temporum. Quo ex loco potest defendi, vere præscriptionem peremptoriam non opponi quocunque tempore, sed opponi fere initio litis, sicut dilatoria, sed hanc tantum temporalem præscriptionem, quæ peremptoria est, non ceteras. Et quicunque statuunt, quod & verum est generaliter, peremptoriam exceptionem quandocunque post litem contestatam opponi posse, valde perturbabuntur, si eis objicias verba extrema hujus legis.

Ad L. ult. Cum anterioribus legibus *ex omni provincia ad hunc nostrum sacratissimum comitatum similis cursus ad appellationes exercendas impertitus est, necessarium nobis visum est, hujusmodi spatiis justum imponere libramentum. Sancimus itaque siquidem ab Ægyptiaco, vel Lybico limite, vel Orientali tractu, usque ad utrasque Cilicias numerando (vel Armeniis gentibus) & omni Illyrico causa fuerit more appellationum transmissa: primum semestre spatium in antiqua definitione permanere, & nihil penitus, neque diminui, neque accrescere. Sin autem ex aliis nostri Imperii partibus sive Asianæ, sive Ponticæ, sive Thraciæ diæceseos lis pro vocatione suspensa in hanc regiam urbem perveniat: pro semestri spatio trium tantummodo mensium spatium eis indulgeri, aliis trium mensium spatiis, id est, nonaginta, & tribus diebus simili modo sequentibus: sive semestre tempus, sive tres priores menses secundum locorum definitionem, quam designavimus. Sed & aliis tribus mensibus, qui ex reparatione ab aula concedi solent, in suo robore duraturis, & prioribus accedentibus, ut partim annale numeretur, partim novem mensium spatium consequatur.*

Ad §. Et cum antea *in fine cujuscunque temporis unus fatalis dies ex antiquis legibus constitutus esset, & sæpe eveniebat, cum multæ sint occasiones mortales appellationum, vel ægritudine, vel spatii prolixitate, vel per alias causas, quas nec dici, nec enumerari facile sit: eundem diem fatalem non observari, & lites expirare, & hujusmodi luctuosis infelicitatibus patrimonia hominum titubare: propter hoc fortunæ relevantes insidias, sancimus non in unum diem fatalem standum esse in posterum, sed sive ante quartum diem fatalis luminis, & ipsum fatalem, sive post quinque dies; ex quo ortus fatalis effluxerit, appellator venerit, & litem instituendam curaverit, & eam in competens judicium deduxerit, legi videri satisfactum: nec ingemiscat mortuæ causæ dispendio, sed nostro gaudeat beneficio: cum nobis cognitum sit, etiam ex errore calculi dierum, quem officium habuit, sæpe esse causas periclitatas: quod in posterum non fieri ex*

A *remedio legis præsentis sperandum est. Eodem beneficio, & in omnibus fatalibus aliis, qui vel a pedaneis judicibus, vel ab aliis dantur, quos leges suis sanctionibus enumeraverunt, custodiendo, vel observando: ut decem fatales dies pro uno ubique instituantur.*

Ad §. In his autem casibus, *in quibus biennium constitutum est, quatenus more consultationum in regia urbe, sub communi audientia florentissimorum sacri nostri palatii procerum ventilentur: biennii metas, unius anni termino coarctamus: ut intra eum, & gesta colligere, & ea viris devotis epistolaribus tradere, & refutatorios libellos (si voluerint) offerre, & litem in sacrum nostrum consistorium introducere cogantur. Nulli licentia deneganda victrici parti, si voluerit, secundum quod jam constitutum est, etiam prœmature causam inducere: neque annali spatio exspectato.*

B Ad §. Si tamen in sacro *nostro consistorio lis exordium ceperit, etiamsi non fuerit in eodem die completa: tamen perpetuari eam concedimus: cum iniquum sit propter occupationes florentissimi ordinis, quas circa nostræ pietatis ministeria habere noscitur, causas hominum deperire, &c.*

Restant notanda quædam alia ex *l. ult. hoc tit.* quæ in hac quæstione multum ponderis & momenti habent. Ac primum notandum est in §. *in his*, abrogari quod de biennio proditum est in *l. offerendis, sup. tit. prox.* ut scilicet causa, quæ more consultationum disceptanda est, ab uno, vel duobus senatoribus, sive proceribus sacri palatii intra biennium eis insinuetur, & introducatur: Nam hic §. pro biennio præscribit annum, intra quem acta apud eum, contra cujus sententiam appellatum est, &
C refutatorii libelli partium tradantur scrinio competenti, vel epistolarum, vel libellorum, ut in *l. 3. hoc tit. & l. præcipimus, sup. tit. prox. l. 6. §. super his, eod. tit.* Illo loco, *ad scrinia, quorum interest transmittant*, id est, ut post interpositam appellationem literas judicis, & acta apud eum habita, & refutatorias preces partium, & omnino quicquid causam contingit, transmittant ad scrinia, vel epistolarum, vel libellorum secundum distinctionem *l. præcipimus, sup. tit. prox.* id est, ad eos, qui eis scriniis dant operam, quibus competit actorum in judicio appellationis exceptio, scriptio, & editio: nam scriniarios scrinia appellamus: pro biennio, inquam, §. *in his* præscribit annum, ut intra eum annum etiam appellationes introducantur. Et notandum ex *l. 3. hoc tit.* interposita appellatione ad Principem citius mittenda esse facta
D prioris judicii, & refutationes, seu allegationes novas partium, quam sit introducenda, & inchoanda causa appellationis: Nam appellationem introduci satis est, sub finem temporis statuti, id est, ultimo die, qui fatalis dicitur, vel quatuor diebus antecedentibus, vel quinque sequentibus, quoniam in hac *l. ult. §. & cum antea*, pro uno fatali die ad interitum causæ suo tempore non introductæ, instituti sunt dies decem, quod posterior recitatio latius explicabit. Acta autem cum refutatoriis precibus partium, & literis, a quo appellatum est, aut mitti debent statim post interpositam appellationem, aut circiter medium tempus, ut in *l. 3. hoc tit.* quam non adhibita hac distinctione, male Accursius putat corrigi per §. *& cum antea*. Nos illam distinctionem, quæ Bartoli est, magis probamus, ut §. *& cum antea* sit de in-
E choanda appellationis causa, sub finem temporis constituti: *l.* 3. de actis transmittendis in auditorium sacrum sub dimidium constituti temporis, & licet lex 3. dicat ante dimidiam partem constituti temporis: tamen iisdem verbis, *& ipsa dimidia*, pars continetur: sicut cum dicimus *ante Calendas*, etiam ipsas Calendas significamus; ex die item cum dicimus, ut aliquid fiat *in diem illum*, ut in hac quæstione, cum dicimus, *ex die acceptorum apostolorum*, in quintum diem esse interponendam cautionem appellationis, his verbis continetur etiam ipse dies acceptorum apostolorum, ut apud Paulum 5. Sententiarum *tit. 33. ex die acceptarum literarum, salva dinumeratione itineri*, lego *itineri*, pro *integri*, *quinque dies, cum eo ipso die, quo acceperit literas computan-*

putantur. Denique cum dicimus, *ut quid fiat in quintum*, A *aut decimum, quinque, aut decem diebus*, annumeramus ipſum diem, ex quo quid fieri juſſimus, in alium diem certum, condictum, & fatalem: Nam omnis dies condictus fatalis dicitur: idem eſt finita dies, & fatalis, quæ Græcis dicitur ἐμπρόθεσμος ἡμέρα. Notandum item ex fin. §. *in his*, eum, contra quem appellatum eſt, ceſſante, vel abſente appellatore poſſe præferre diem appellationis, & cauſam introducere, quo jure utimur, ut poſſit, ſicut loquimur, *anticipare, anteferre diem appellatore denuntiato*, ut liti adſit maturius, quod etiam ait in §. *in his*, jam ante fuiſſe conſtitutum, non quidem in *l. nemo*, ut gloſſa notat, ſed in *l. offerendis*, *ſup. tit. prox.* illo loco *non ſolum victo, ſed etiam victori*: cujus ſententia hæc eſt, ut non ſit ſolius victi introducere appellationem, quam interpoſuit, ſed has etiam partes ſuſcipere ultro poſſit, B fortaſſe appellatore negotium nimis protrahente, & procraſtinante, *l. ult. tit. ſeq.* quæ eſt conjungenda cum *d. l. offerendis*, ut monent inſcriptiones, quæ geminæ ſunt, atque ſimiles. Ad hæc notandum ex §. *ſi tamen*, cauſam inductam ex appellatione in ſacrum auditorium, perpetuari. Quo loco *perpetuari* aliter accipitur, quam cum dicimus *litis conteſtatione actionem perpetuari*: Nam *perpetuari* hic eſt cauſam quandocunque finiri poſſe a principe, vel ab ampliſſimo ordine, quandocunque otium fuerit, & permiſerint occupationes publicæ: finiendis litibus judicibus eſſe præſcripta tempora, non etiam principi. Denique ad ſacrum auditorium introducendæ appellationi præſtituta ſunt certa tempora, non etiam finiendæ, & dirimendæ, quod etiam confirmat *Nov.* 23. inducta autem cauſa appellationis in alio C auditorio, finienda eſt intra annum, ut oſtendit §. *illud etiam*, *hac l.* & finiri intra annum, atque induci poteſt μονομερῶς, id eſt, una tantum parte præſente, vel ea, quæ vicit, vel ea, quæ victa eſt: ex poſtulatione unius partis, quod etiam oſtendit *l.* 2. in fine illo loco, *ſi appellator ſolus litigat*. Soli litigamus ex appellatione, nec expectamus præſentiam adverſæ partis, *l. ult. D. ad SC. Trebell.* quæ utitur hoc verbo μονομερῶς, ut ex appellatione cauſa agatur, & peragatur μονομερῶς. Priore autem judicio cauſa non inducitur μονομερῶς, ſed συστάδην, & cognitionaliter, quod eſt verbum frequens in conſtitutionibus Imperatorum: id eſt, cominus partibus conſtitutis, ut loquitur *l.* 3. *ſup. de fruct. & litium expenſis*, & *l. ult. ſup. de legib.* Cognitionaliter, id eſt, utraque parte præſente, alioquin judicium ratum non eſt: & ſi quæras cur cauſa D appellationis inducatur μονομερῶς, etiam parte altera abſente, hoc facile eſt expeditu, quia ſcilicet prius fuit inter partes lis conteſtata, & inducta priori judicio: Nam poſt litem conteſtatam priore judicio præſente ambobus, ut loquuntur 12. *tab.* cauſa peragi poteſt μονομερῶς, *l. ult. ſup. quomodo, & qu. judex, &c.* ut hæc tantum ſuperſit differentia inter prius judicium, & judicium appellationis; quod prius non conſtituatur, niſi utraque parte præſente: poſterius etiam una parte præſente. Quod ſi ſtudio, aut culpa ejus, qui appellavit, cauſa appellationis non ſit finita intra annum, additur in *h.* §. *illud etiam*, appellationem evaneſcere, & priorem ſententiam convaleſcere, quia fingimus, non fuiſſe interpoſitam appellationem, quæ ne finiretur intra annum per ipſum appellatorem factum eſt. Sed ſi ægritudo, vel quæ E alia neceſſitas traxerit negotium, ut non potuerit finiri intra annum, tunc Juſtinianus dat appellatori alium annum ad cauſam perorandam, poſt quem nulla eſt ſpes reſtaurandæ appellationis ulla ex cauſa. Et hæc eſt ſententia §. *illud etiam*. Poſt hæc ſubjicitur in §. pen. tempora, quæ ſervantur in appellationibus, etiam ſervanda eſſe in retractationibus, quas vocant ἀναψηλαφήσεις, id eſt, in ſententiis præfectorum prætorio, a quibus appellari non poteſt, retractandis ex reſcripto Principis: Nam licet ab eorum ſententiis non poſſit appellari, tamen ex reſcripto principis ad libellum, quem ea de re porrexit is, cujus intereſt, retractari poſſunt apud ſucceſſorem præfecti prætorio nulli: olim erant magiſtratus perpetui, ut nec præfecti quidem prætorio, nec quæſtores, qui nunc dicuntur Cancellarii. Et ob id dicimus, ſententiam latam a præfecto prætorio retractari apud ſucceſſorem ejus, *l. un. ſup. de ſentent. præf. præt.* vel ſi forte ex indulgentia Principis nondum accipiat ſucceſſorem, cauſa retractatur, & ex integro agitur apud eundem ipſum, qui ſententiam dixit, adhibito tamen quæſtore Sacri palatii, *le Chancelier*, ut in *l.* 35. *ſup. tit. prox.* quæ eſt una ex conſtit. Græcis, quæ deſiderantur *in hoc tit.* Et quod hi duo pronuntiarint, nunquam poterit retractari: Nam ita jus eſt, ut adverſus ſententiam præfecti prætorio ſemel princeps tantum ſupplicari poſſit per libellum, *l. ſi quis adverſ. ſup. de prec. Imper. offer.* & *d. l.* 35. Ideo autem apud eundem ſolum cauſa non retractatur, quia nemo eſt idoneus retractator ſuæ ſententiæ, quod plerunque ſoleant homines ea, quæ iis placuerunt ſemel, præfracte defendere. Qua ratione utitur Theodorus *l.* 6. *ſup. tit. prox.* ut ab eo judice, qui appellatus eſt, cauſa non remittatur ad priorem judicem, a quo appellatum, quia tuebitur potius ſuam ſententiam, quam reſcindet conſtantiæ cauſa, ſi qua eſt conſtantia in ea re defendenda, quæ male judicata eſt. Omnino, inquit ille, ſententiam ſuam firmare conabitur, & ei firmandæ potius operam dabit, quam infirmandæ. Merito ergo ad eum non eſt remittenda cauſa, ſed qui appellatus eſt, debet omnino pronuntiare, juſte appellatum ſit, nec ne: tamen Principem opinor, quod etiam fit hodie, cauſam ex appellatione iterum diſceptandam ad eundem judicem remittere poſſe, tanquam ad alium quemlibet, qui de ea re non cognorit unquam, id eſt, accipiet eum ut quemlibet, non ut priorem judicem: Nam is revera interpoſita appellatione ejus rei judex eſſe deſiit, *l.* 13. *ſup. tit. prox.* *l.* 13. *C. Theod. eod.* Et ita etiam *in epiſt. Plin. lib.* 6. *ad Urſum.* ad Senatum remittitur cauſa retractanda, de qua Senatus ipſe judicavit. Et hinc commode licebit explicare *l.* 5. *ſup. de dilat.* quæ ſatis videtur obſcura. Proponitur in ea a Principe fuiſſe reſcriptum ad appellationem, vel conſultationem, id eſt, relationem judicis, ad conſultationem fuiſſe reſcriptum, ſive relationem judicis, reſcribente Principe, quid judex ſua ſententia complecti debeat. Ad appellationem autem proponitur non judicaſſe Principem, ſed reſcripſiſſe, puta de legato ſpeciali judice, qui de appellatione cognoſceret, ut in *l.* 2. *tit. ſeq.* vel etiam ad priorem judicem remiſſa cauſa iterum diſceptanda, iterum & diligentius excutienda: Iis autem caſibus, quoties Princeps non judicat, qua de re aditus eſt, ſed reſcribit ad appellationem partium, vel relationem judicum, partibus nulla eſt danda poſtea dilatio ad inſtruendam cauſam. Et hoc vult *l.* 5. hac ratione, quia nulla cauſa ad Principem perfertur, niſi bene inſtructa & perfecta, *l.* 1. *ſup. de relat.* *l.* 15. *ſup. tit. prox.* ut fruſtra ſit dilationem dare partibus, huic, vel illi ad inſtruendam cauſam, quæ ſatis inſtructa eſt, niſi in medium adducantur novæ adſertiones, quæ inſtructione indigeant. Nec enim *l.* 5. tollit novas allegationes, adſertiones, probationes, nova inſtrumenta, quorum exhibendorum gratia dilationem dari, & concedi neceſſe eſt. Ceterum ſi nihil novi ſit, poſtquam aditus eſt Princeps, nulla huic, vel illi parti danda dilatio eſt, quia impleta eſt inſtructio cauſæ, eademque ratione in judiciis cognitionum Principis, cum ipſemet Princeps in judicio præſidet, nulla tribuitur dilatio, quia imparati non veniunt ad Principem, aut qui volunt venire ad ſacrum auditorium, parati debent venire, ut dandæ dilationi nullus locus ſuperſit. Quod etiam Græci notant *in Baſil. ad d. l.* 5. *quia* inquiunt, *parati debent ingredi ſacrum auditorium, qui rem a principe dirimi volunt*. Denique nullum dilationi dandæ locum relinquunt, qui veniunt parati, & omni ex parte inſtructa cauſa. Poſtremo ex *l. ult.* notandum eſt, a ſententia judicis non licere appellare, ſi inter partes convenerit, ne liceret. Videtur ergo conventio privatorum abolere auxilium appellationis, quod receptum eſt jure publico. Et ait tamen

in

in fine hujus legis, *legum austeritatem*, legendum, *auctoritatem*, ut in *l. ult. de suis, & leg. privatorum conventionem legum auctoritate non censeri*, id est, non plus posse auctoritate legum. Et tamen hoc casu volumus, pactis litigantium legum auctoritatem mitigari, ne liceat appellare. Et ratio est, quia videtur magis appellatio inventa jureque publico permissa in utilitatem, & auxilium litigantium, *l.11. in fin. C. Theod. de appellat.* Et unusquisque potest privilegio suo renuntiare. Qua ratione etiam licet interpositam appellationem revocare per libellos, *l. si quis sup. tit. prox.* Imo vero, si quis ante sententiam nulla cum adversario habita conventione, hac de re profiteatur in judicio, se ab eo, quod judex statuerit, non appellaturum, perdit auxilium appellandi, sola pollicitatio acquiescendi sententiæ judicis adimit auxilium appellationis, *l.1. §. si quis, D. a quibus appellare non licet*.

AD TITULUM LXIV.

QUANDO PROVOCARE NON EST NECESSE.

NON repetuntur in hoc tit. causæ, ex quibus ante dixit obiter, ad rescindendam sententiam opus non esse appellatione, ut puta si sententia non sit partibus recitata ex scripto, *l.1. & 3. sup. de sent. ex peric. recitand.* vel si sententia prolata sit ab incompetenti judice, *l.2. sup. si a non competenti judic.* Sed in hoc titulo adduntur pleræque aliæ causæ, quibus appellandi necessitas remittitur, ut si judex palam pronuntiaverit contra jus constitutum, atque receptum. Exempli gratia, si pronuntiaverit, testamentum factum ab impubere, id est, minore quatuordecim annis, justum esse, *l.2. hoc tit.* Si venalis sententia fuerit, si pecunia redempta, *l.7. hoc tit.* Si judex datus judicaverit alio die, quam quo judicare jussus est, *l.6. hoc tit.* Si præses provinciæ majorem mulctam irrogaverit, quam ex lege liceat, *l.5. hoc tit.* alioquin a mulcta, quæ non excidit modum legitimum, necesse est provocare, si eam inferre nolumus, *l.2. in mulctis, sup. de appellat. l. si qua pœna, de verb. signif.* Item necessaria non est appellatio, si minor ætate vocetur ad decurionatum, qui per ætatem ei honori administrando sufficere non potest, *l.8. hoc tit.* In qua illo loco, *ad eundem decurionatus honorem*, ex castioribus libris est reponendum, *ad abeundum*. Item non est necessaria appellatio, si veteranus honeste dimissus, non cum ignominia emeritis stipendiis vicenis, vocetur ad honores, vel munera personalia, non habet necesse appellare a nominatione, quia ipso jure munitus est, *l.9. hoc tit.* Desidero ut meritus sit vicena stipendia, *l. ult. inf. de his, qui non implet. stip. lib.10. l.1. sup. de excusationibus veteranorum*. Et ita recte Suidas veteranum definit esse eum, qui milita solutus est; addit, ἐπὶ εἰκοσαετίαν δ' οὗτοι ἐδούλευον. *Hi autem veterani*, inquit, *sunt, qui 20. annos fecerunt in militia*. Idque esse ex instituto Tiberii docet Dio 57. *Non prius eis*, inquit, *missionem dedit, qui stipendia meruissent extra Italiam, quam explevissent 20. annos*. Et Cornelius Tacitus in primo annali. sub finem: *Edixit impares oneribus publicis, qui vicesimo militiæ anno veterani dimitterentur*. Et ut idem declarat: *Ideo edixit ne veterani dimitterentur ante 20. annum, ut vicennio militia fungerentur*, quod milites exorta seditione a Germanico extorsissent, ut dimitterentur 16. anno, vel exauctorarentur, ut idem retulit eodem libro: sed Tiberius edixit, non posse subire Reipublicæ onera, nisi explessent 20. annos, impares esse oneribus publicis, si dimitterentur 16. anno. Nec existimandum est, quod plerisque videtur *l.2. §. ignominia, D. de his, qui notant. inf.* idem esse missos, & exauctoratos, quod eodem libro perspicue idem Tacitus ostendit: *Volutatis inter se rationibus, placitum, ut epistolæ nomine Principis scriberentur*, id est, pingerentur; *missionem dari vicena stipendia meritis, exauctorari vero, qui* A *sena dena fecissent, & retineri sub vexillo ceterorum immunes nisi propulsandi hostis*. Est ergo differentia inter missos, & exauctoratos, quia missi sunt emeriti, & ferunt præmia emerita. Nam non dimittebantur sine munere Imperatoris, qui expleverant justum militiæ tempus, emeriti ferebant præmia emerita, quæ vocantur a Suetonio *commoda missionum*. Basil. vocant in tit. de re militari, συνηθείας, id est, *consuetudines*, quo nomine in jure significantur præmia omnia, & commoda solemnia. Exauctorati autem non ferebant præmia emerita, nec privilegiis veteranorum utebantur. Et præterea, ut idem ostendit illo loco, non prorsus abscedebant militia, sed retinebantur sub vexillo ceterorum immunes ab onere militiæ, præterquam propulsandi hostis. Et hoc notari ad *l.5.* necesse erat propter mentionem vicenorum stipendiorum. B Addamus superioribus etiam non esse necessariam appellationem, si duobus datis judicibus, unus tantum judicaverit absente altero, *l.4. hoc tit.* ubi ponit magistratus judices datos, & in jure cum dicimus magistratus simpliciter, non intelligimus magistratus populi Romani, aut provinciales, sed municipales, ut in tit. *de magistrat. conven.* & locis innumeris, qui proprio nomine, & ubique a Græcis vocantur στρατηγοί, id est, municipales, qui plerumque erant duo tantum instar consulum urbis, & ob id dicuntur duumviri: & ideo in *l.4. cum magistratus datos judices*, id est, duumviros, *& ex his unum judicasse proponas, non utrumque, non videtur appellandi necessitas fuisse, cum sententia jure non teneat*. Item non est necessaria appellatio, si quis nominetur ad duumviratum, qui ante nominatus ad decurionatum appellavit, *l.3. hoc tit.* quia prius C constare debet, an sit decurio, quam fiat duumvir. Sumebantur etim duumviri ex decurionibus, non ex plebeis. Et inde *l. pen. D. qui pet. tut. &c. decreto decurionum & ipsum magistratum curatorem dari posse*, id est, duumvirum, qui est ex ordine eodem. Et ex hac *l.3.* potest commodissime aptari exemplum ad *l. per minorem, D. de judiciis*: quæ vetat per minorem quæstionem majori fieri præjudicium, ut *h. lex 3.* ait, per hanc quæstionem novam, an jure nominatus sit ad decurionatum, qui erat annuus tantum, is scilicet, qui ante nominatus fuerat ad decurionatum, & appellaverat a nominatione: per quæstionem, inquam, de duumviratu non debere fieri præjudicium futuræ quæstioni de decurionatu, quæ longe est minor, quia decuriones perpetuo obnoxii erant oneribus Reipublicæ: Duumviratus erat annuus. Item, non est necessaria D appellatio, si is, secundum quem lis data est, si is, qui vicit, queratur, quod expensarum litis, aut detrimentorum nulla, vel minor a judice habita sit ratio, scilicet, si adversarius appellaverit a sententia, qua superatus est: quia quod queritur etiam victor expensarum nullam, aut modicam habitam esse rationem, id etiam si ipse non appellet, sed solus adversarius, potest corrigi a judice, ad quem appellatum est. Item si adversarius appellavit, & tardius inducat appellationis causam, non ideo victor habet necesse appellare, ut sibi liceat anteferre diem appellationis, quoniam suo jure hoc facere potest citra auxilium appellationis: & hæc est sententia *l. ult. hoc tit.* Non repetitur, ut initio dixi, in hoc tit. ulla causa ex iis, quæ relatæ sunt super. tit. quibus appellatio frustra interponatur, scilicet, nisi una, de qua in *l.1. sup. sentent. rescind. non* E *posse*, si sententia sit contraria priori sententiæ, a qua provocatum non est, *l.1. hoc tit.* Et generaliter brevisque definitio totius tituli hæc est: in sententiis, quæ ipso jure rescinduntur, non esse necessariam appellationem.

AD TITULUM LXV.

QUORUM APPELLATIONES NON RECIPIUNTUR.

IN superiori tit. damnatur, seu reprobatur superstitiosa, superflua, supervacua appellatio, sic vocatur in *l.6. & ult. sup. tit. prox.* In hoc titulo autem reprobatur appellatio moratoria, frustratoria, importuna, quæ mala fide interponitur trahendi negotii causa, & quæ, ut eleganter est scriptum in *l.1. C.Theod. eod.* ludificatio potius est, quam appellatio, & importuna dicitur *l.6. hoc tit.* illo loco, *importune appellaverit*, & in *l.7. C. Theod. eod.* illo loco, *importunitates arripere*: præterea appellationem superstitiosam, & supervacuam recipere verecundiæ est, *l.42. C.Theod. de appellat. probamus*, inquit, *verecundiam judicantis, si superfluam quoque recipiat provocationem*, ut in casibus tit. superioris. Et Symmachus in Epistolis: *Verecundia potius*, inquit, *quam jure suscepit provocationem non extante sententia, justa scilicet*. Appellationem autem frustratoriam, & moratoriam recipere, ignaviæ est, *l.6. hoc tit.* illo loco, *judex, qui tam ignavam conniventiam adhibuerit*, id est, qui admiserit moratoriam appellationem. Et moratoria appellatio est in casibus, qui proponuntur in *hoc tit.* si absens ex contumacia damnatus appellet, quia vitio suo litem amisit, aut amittat æquissimum est, quia morari tantum videtur appellans post condemnationem, qui priori judicio adesse noluit, sæpius evocatus. Et hoc certum est, *damnatum ex contumacia jure non appellare, & appellationem ejus admittendam non esse*, sed aut statim exsequendam esse sententiam, *l.1. hoc tit.* Et hoc jure utimur, *l. & post, §.ult. D. de judiciis, l. ex consensu, §.ult. D. de appellat. l. properandum, §. cum autem, sup. de judiciis*. Item si convictus voce aliena, & voce propria confessus de crimine, appellaverit: Nam perspicuum est hunc tantum appellare vitæ protrahendæ causa. Igitur & hæc appellatio recipienda non est: confessi, nec convicti, vel convicti, nec confessi appellatio recipienda est; at confessi, & convicti nullo modo recipienda est, *l.2. hoc tit. l. quoniam, infra, ad l. Juliam de vi publ.* Et quod ait in *l.2. Itemque eorum, qui manifestam violentiam commiserunt, argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium, scelusque confessus, audiatur appellans*. Hic versus sumptus est ex *l.1. Cod. Theod. ad leg. Jul. de vi publ.* eaque verba, simul ac *l.2. & 3. ejusdem tit.* bellissime interpretatur *l.14. C. Theod. quorum appellat. non recip.* Præterea si apparitor, si officialis in causa criminali appellaverit a proprio judice cui paret, non est recipienda appellatio, quam nec posset exercere per alium, & per se non sine rubore adversus sententiam proprii judicis, in cujus officio est: Nam constat causam criminalem agi non posse per procuratorem, ne ex appellatione quidem, *l.1. D. an per alium causa appellation. l. pen. D. de public. judic.* At in civili negotio, sive pecuniario, quod per procuratorem apparitor exsequi potest, recipietur appellatio, etiam si appellaverit a proprio judice. Et hæc est sententia *leg.3.* Item si debitor cujuscunque privatus, vel publicus, vel fiscalis, quia manifesto convictus est, & damnatus, appellaverit, non admittetur, sed statim post tempora judicati judicato satisfacere compellitur, *l.4. & ult. hoc tit.* Item si quis prohibeat aperiri tabulas testamenti, postulantibus eis, quorum interest, vel si prohibeat heredem in iis tabulis scriptum mitti in possessionem hereditatis ex edicto D.Hadriani, vel hodie ex edicto Justiniani, & jubente judice aperiri tabulas, aut heredem scriptum mitti in possessionem bonorum, si ipse appellaverit, non est recipienda appellatio. Quia de jure non ambigit, qui appellat mala mente. Et hæc est sententia *l. ult. de appellat. recipiend. & l.6. hoc tit.* Ac postremo notandum est etiam ex *l.5. & penult.* non recipiendam esse appellationem, quæ interponitur ab exsecutione sententiæ. A sententia debemus appellare, non ab exsecutione, a judice, non ab exsecutore, nisi exsecutor excedat modum sententiæ, ut si quid superexigat, superpellat, ut ait *l.5. & l.18. C. Theod. eod. tit.* Exsecutore excedente modum sententiæ interposita appellatione suspenditur exsecutio judicati. Et hoc casu, si lis fuerit de re mobili, res mobilis est interim sequestro deponenda apud honestum virum & idoneum, fide & facultatibus pollentem, vel si lis fuerit de re immobili, fructus percepti tempore appellationis, vel post appellationem, interim dum agitatur appellationis causa, sunt sequestro deponendi, quæ est sententia *l. 5.* Et secundum eam Symmachus in epistolis, *Interea*, inquit, *constitutionis memor, sequestrari immobilia, fructusque perceptos, &c.* Neque mirum videri debet, si fiat sequestratio post appellationem interpositam ab executione, cum & appellatione interposita a sententia, ex causa fiat sequestratio fructuum, si metus sit, ne adversarius eos depopuletur, ut in *l. Imperatores, §. ult. D. de appellat.* Et additur etiam in *l. 5.* non esse recipiendam appellationem ab articulo, id est, ut Basilica recte interpretantur, *κατὰ διαλαλιᾶς*, id est, *ab interlocutione*, quod etiam definit *l. pen.* Et ita articulus *etiam* accipitur in *l.13. & 23. Cod. Theod. eod. tit.* appellatio ab articulo causæ non recipitur, puta, quod deneget judex dilationem instrumentorum causa, quod non det locum ad agendum, quod non admittat exceptionem aliquam, ob id non est recipienda appellatio ab omni causa. Ab articulo causæ non licet appellare, ab exsecutione appellatur sero, ab articulo appellatur præpropere, quia post cognitionem totius causæ interposita appellatione, omnes articuli excutientur, & si res ferat, corrigentur. Denique ab articulo causæ appellatio reprobatur, quasi præpropera, ab exsecutione, quasi sera. Et hæc est summa hujus tituli, cui addi velim, jure civili ab articulo causæ, sive ab interlocutione interpositam appellationem, non esse recipiendam: quod si vitium interloc. insit aliquod, facile corrigi possit post decisionem totius litis interposita appellatione. Quæ constitutio juris civilis æquissima est, & ab ea excipiuntur pauci admodum casus *l.2. de appellation. rec.* At jure canonico a quacunque interlocutione appellare licet, quæ modo ei, qui appellat damno, vel oneri esse videatur, *capit. super eo, de appellat. canon. non ita 2. q. 6.* Et hoc jure utimur, quia judices facile amplectuntur omnia, quibus litium modus excrescit, aut quibus litium vita proluditur: quæ causa etiam efficit, ut conventionem factam inter partes, ne post latam sententiam appelletur, quæ justa esse censetur, *l. ult. §. ult. sup. de temp. appellat.* hodie judices tamen vix, ac ne vix quidem admittant.

AD TITULUM LXVI.

SI PENDENTE APPELLATIONE MORS INTERVENERIT.

LEX penultima hoc tit. ait, in numero cognitionum pendente appellatione, id est, nondum re judicata ex appellatione, quomodo etiam ipsi *rei pendere* dicuntur, qui nondum discrimine liberati sunt. Et notandum, quod ait *l. pen.* appellationem pendentem in numero cognitionum suo ordine peragendam esse, ut quæ prior inducta est in judicium, prior dirimatur, atque ita servetur ordo inductarum appellationum, quod & hodie observatur suo ordine, *selon le rolle*, atque ita ordo servetur. Mors autem ejus, qui appellavit, vel ejus, contra quem appellatum est, vel mors hominis, de cujus proprietate lis est (nam de horum omnium morte est hic tit.) Ac primum mortuo homine, puta servo, aut ancilla, de cujus proprietate lis est, sive pendente priori judicio, sive pendente appell. lis etiam

omnis non penitus moritur: hoc n. post mortem petiti hominis adhuc disceptandum superest, ad quem pertineat periculum mortui. Et hoc vult *l. pen. h. tit.* Item ad quem pertineat partus mortuæ forte ancillæ exciso utero, vel an committatur stipulatio de evictione adversus venditorem hominis, *l. utique, de rei vind.* Mortua igitur re, de qua agitur, lis etiam, quæ de ea instituta est, non moritur, sed durat propter peculium, propter fructus, & partum, & propter causam evictionis. Mortuo autem eo, qui appellavit a nominatione ad decurionatum, vel ad munus publicum, proculdubio lis omnino extinguitur, *l. 4. h. t.* Mortuo eo, qui appellavit a sent. in negotio civili, lis non moritur, sed transfertur hered. ejus: perinde ac si pendente priore judicio mortuus fuisset, & heres ejus, vel provocationis solemnia implere, & exsequi debet, vel priori judicato satisfacere, *l. 1. hoc tit.* In negotio autem criminali, si pendente appellatione moriatur, qui appellavit, ita distinguimus: aut priori sententia, contra quam appellavit ex causa criminis admissi bona ejus expressim, & specialiter publicata sunt, & confiscata, aut tacite. Si specialiter, morte ejus interveniente pendente appellatione, crimen quidem extinguitur, id est, causa capitis, sed quæstio bonorum nominatim publicatorum non extinguitur: at si bona ejus tacite sint publicata, ut si deportatus sit in insulam, nullo alio adjecto (Nam deportationis ipsum nomen per se est publicatio omnium bonorum, *l. ult. §. ult. inf. de sentent. pass.* Omni deportationi semper tacite inest publicatio omnium bonorum.) Et ita, si tacite bona ejus publicata sint, morte ejus, non tantum crimen, sed etiam bonorum tacite publicatorum quæstio extinguitur: Ideoque bona ejus ad successores transmittunt, nec vindicari a fisco possunt. Atque ita in multis partibus juris multum interest exprimatur aliquid, an tacite intelligatur: Nam uno ex iis perempto, quæ sunt expressa, non perimitur etiam alterum, quod æque expressum est. At perempto expresso, perimitur etiam, quod tacite ei insuit, *l. 3. in fin. D. de servit. rust. præd.* Et hæc est distinctio, quæ proponitur in *l. 3. hoc tit.* quæ est summe notanda, & confirmatur *l. 1. D. eod. tit. & l. ult. inf. si reus, vel accus. mort. l. in r. tione 1. §. cum quidam, D. ad leg. Falcid.* Unde concludamus, & crimen morte rei perimi, & quæstionem bonorum tacite publicatorum. Sed addamus, non etiam perimi quæstionem, & repetitionem bonorum scelere acquisitorum, quorum integra semper repetitio est iis, quorum interest ab heredibus defuncti in reatu, *l. si quis eum, l. cum falsi, D. ad leg. Cornel. de fals. l. Lucius, de jure fisci.* Ex eo, quod dixi, sequitur mortuo reo repetundarum, vel residuorum, vel peculatus, pecuniarum scelere quæsitarum aut retentarum repetitionem non perimi, *l. ult. ad l. Jul. pec.* Et similiter mortua rea adulterii non perimi quæstionem dotis *l. ult. inf. ad l. Jul. de adult.* Mortua rea suppositi partus non perimi quæstionem hereditatis, *l. 2. ff. de Carbon. edict.* & hoc est certissimum. Sed in hoc proposito non est omittendum, quod habetur in *l. 2. hoc tit.* In capitalibus causis nemo absens damnatur, ne ex contumacia quidem, sed a judice inter reos adnotatur, & adscribitur requirendus, iis fere verbis relatis in commentarium judicis: *L. Titium, cujus cæde C. Sei occisus esse dicitur, requiri, & persequi placet.* Et bona ejus obsignantur sigillo publico, ut *l. ult. inf. de reg. juris, l. ult. ff. eod. tit.* Solius est judicis fisci nomine aliena bona obsignare, *l. 3. inf. de bon. vacant. l. 10. & l. 2. inf. de aquæductu, lib. 11.* Adnotatio illa non est condemnatio. Obsignatio illa bonorum non est publicatio: sed si reus non venerit intra annum, ex quo fuit adnotatus, si non purgaverit innocentiam suam intra annum, post annum bona ejus publicantur, & rediguntur in fiscum. Obsignatio igitur non fuit publicatio, Adnotatio non fuit condemnatio. Et tamen ab illa adnotatione, & obsignatione *lex 2.* significat appellare licere: sed sive ab ea appellaverit reus, sive non, & interim peregre moriatur, nulla superest quæstio bonorum, si intra annum moriatur, quia non-

A dum erant bona publicata: & hoc vult *lex 2. hoc tit.* & *lex 1. §. ult. ff. de requir. reis.* Ad hæc notandum est ex *l. ult. hoc tit.* mortuo uno ex litigatoribus pendente appellatione, vel eo, qui appellavit, vel eo, contra quem appellatum est, pendente appellatione, ad eam exsequendam, vel inducendam heredibus ejus dari, non reliquum duntaxat temporis, quod defuncto superfuit, sed hoc amplius menses 4. post deliberationem adita hereditate, ut habeat heres justum spatium explorandi sibi incogniti negotii. Et hi numerantur non a morte litigatoris, sed ex quo finitum erit tempus heredi datum deliberandi causa de adeunda, vel repudianda hereditate. Et ita est omnino accipienda *lex ult.* Alioquin obstaret vehementer *lex cum antiquioribus, sup. de jure delib.* quæ mortuo herede intra annum, qui solet dari heB redi ad deliberandum a principe, *l. ult. eod. tit.* heredi heredis dat ad peragendam deliberationem residuum duntaxat temporis, quod heredi defuncto superfuit. *Lex cum antiquioribus* non loquitur de peragenda appellatione, ad quam ultra residuum tempus novo heredi indulgentur quatuor menses, numerandi ex die finitæ deliberationis: Sed loquitur de peragenda deliberatione, & consultatione adeundæ, vel repudiandæ hereditatis. Sunt igitur diversæ species, & diversa jura. Heredi non merito prorogantur tempora ad peragendam appellationem. Heredi heredis novo non prorogantur tempora ad deliberandum, sed quod reliquum fuit defuncto temporis, id solum ei relinquitur: litis est incertior exitus, quam hereditatis delatæ. Ideo ad litem peragendam latiora tempora dantur, quam ad deliberanC dum de adeunda, vel non adeunda hereditate.

AD TITULUM LXVII.

DE HIS, QUI PROPTER METUM JUDIC. NON APPELLARUNT.

SENTENTIA hujus tituli hæc est, etiam eum, qui per metum judicis, timens offensam judicis, non appellavit intra constituta legibus tempora, judicatum facere compelli, quia hic metus non est justus. At si propter violentiam judicis non appellet, vel voce, vel dato libello appellatorio, ne rei suæ damnum faciat, satis erit, si intra constituta tempora appelD lationi interponendæ, publice contestetur, se violentia judicis impediri, aut terrore nimio, comminatione judicis, & concussione ne appellet. Hæc contestatio pro appellatione erit. Sed in ea proponenda publice eadem tempora sunt observanda, quæ in appellatione interponenda. Et hæc est sententia hujus tituli, & *legis cum quidam, D. de appellat.*

AD TITULUM LXVIII.

SI UNUS EX PLURIBUS APPELLAVERIT.

SI plures sint condemnati una sententia, jam intelleximus *in tit. 55.* periculum sententiæ inter eos E dividi pro virilibus portionibus. At si pluribus condemnatis quidam appellaverit, quidam non, & vicerit, qui appellaverit, victoria erit communis omnium, id est, victoria ejus, qui appellavit prodest ei, qui non appellavit, si modo fuerit una, eademque causa defensionis, non si diversæ, *l. si quis separatim, ff. de appellat.* Nec obstat *l. Sejo, eod.* quæ dicit, *eos tantum cadere causa appellationis, qui appellaverint, cum plures condemnati sunt*: nec enim ideo negat communem esse victoriam. Aliud tamen *l. 2. hujus tit.* docet esse in restitutione in integrum: Nam si unus ex condemnatis fuerit restitutus in integrum, post rem judicatam, puta beneficio ætatis, proprium est beneficium restitutionis in integrum, quod non communicatur collegæ majori

25. annis. Atque ita *lex 2. hujus tit.* facit differentiam inter appellationem, & restitutionem in integrum.

AD TITULUM LXIX.

SI DE MOMENTARIA POSSESSIONE FUERIT APPELLATUM.

IN hoc tit. *momentaria possessio* est, quæ ex edicto prætoris celeriter, & sine ulla cunctatione reformanda, & restituenda est: qua de causa & omne interdictum, quod de possessione est, dicitur momentum, & celeris reformatio in *l. si coloni, inf. de agric. & censitis, lib.*11. *l.*4. *C. Th. unde vi, l.*5. *C. Theod. de denunt. l.*1. *C. Theod. de inquil. & colon.* Nec refert, quo interdicto de possessione agatur, an restitutio veluti *unde vi*, quo nemo ambigit possessionem vi dejecto confestim esse restituendam, quæstione dilata proprietatis, quæ *secunda actio* dicitur in *l. ult. inf. quor. bonor.* Prima actio est de possessione spoliato restituenda, in qua sola ex usu hodie consistit momenti beneficium, quia quam citissime fieri potest, spoliatus restituitur, atque ita momento res expeditur: In ceteris interdictis, quæ sunt de possessione, vel quasi ex jure civili, tamen, ut cœpi dicere, nihil refert, quo interdicto agatur, restitutorio, veluti unde vi, aut quorum bonorum, *l.*22. *C. Theod. quor. appell. non recip.* an interdicto exhibitorio, veluti de tabulis exhibendis, quod etiam momentum appellat Anianus in *tit. victum civil. & criminal. ag. poss. l.*9. *C. Th.* Quod & hujus interdicti causa momento, & ocissime expediri debeant: an etiam interdicto prohibitorio, veluti, uti possidetis, vel utrubi, ut in *d. l. si coloni, inf. de agric. & censit.* quæ in *C. Theod.* ponitur sub *tit. utrubi*, ut ex eo liquido appareat, eam legem pertinere ad interdictum utrubi, quod illa lex vocat *celerem reformationem*. Nihil igitur refert, agatur interdicto recuperandæ, retinendæ, vel adipiscendæ possessionis: Nam ex iis interdictis, quæ retuli ante, alia sunt recuperandæ, ut unde vi, alia adipiscendæ, ut quorum bonorum, alia retinendæ, ut uti possidetis, quæ tamen omnia *momenti* beneficia appellantur, ut merito possis statuere, omnem causam possessionis momento expediendam esse, ut mox veniatur ad secundam actionem, quæ est de dominio. Denique omne interdictum, quod est de possessione, omnis ratio per interdictum prætoris repetendæ, reformandæ, tuendæ possessionis, *momentum* dicitur, quod ejus rei definitio celeritatem desideret, momenti actio, momenti beneficium, momenti causa in *cap.*1. *extr. de causa propriet. & possess.* & rectissime in *l. momentariæ, inf. unde vi*. Interdictum momentariæ possessionis non semper pertinere ad vim, id est, non solum interdictum unde vi esse momentariæ possessionis, sed omne interdictum, etiamsi de possessione vi erepta non agatur. Denique omnem possessionem quoquo modo perturbatam, aut inquietatam ocissime restituendam esse momenti, sive interdicti beneficio, *l.*1. *inf. si per vim, vel alio mo.* Adeo autem in causa possessionis celeritas exigitur, celerisve reformatio, ut a sententia judicis, qui de possessione reformanda pronuntiavit, si appelletur, non sit appellatio recipienda, quæ est sententia constitutionis hujus tituli. Et addenda ratio est ex *l.*22. *C. Theod. quorum appellat. non recip.* ne quod beneficio celeritatis inventum est, subducatur injuriis tarditatis. Ideo in interdicto de possessione cessare licentiam provocandi: Et ita Symmachus in Epist. *In causis*, inquit, *quibus momenti reformatio postulatur, appellationes recipi non oportet*. At recte tamen Accursius concludit *in hac l.* minorem 25. annis posse restitui in integrum adversus momenti beneficium, ne faciat damnum possessionis, quæ multa habet commoda, si probetur captus fuisse in ea re exequenda, quod habet summam rationem. Unde recte dices, hac in re differentiam esse inter restitutionem in integrum, & appel-

A lationem, ut adversus momenti beneficium, quod judex dedit adversario, non appellemus; restituatur tamen in integrum beneficio ætatis, & supra aliam notavimus differentiam inter appellationem, & restitutionem in integrum ex *l.*2. *sup. tit. prox.* & potest notari alia ex *l. præfecti, ff. de minoribus*, & alia ex *l. præses, ff. eodem*.

AD TITULUM LXX.

NE LICEAT IN UNA, EADEMQUE CAUSA TERTIO PROVOCARE, VEL POST DUAS SENTENTIAS JUDICIUM, QUAS DEFINITIO PRÆFECTORUM PRÆTORIO ROBORAVERIT RETRACTARE.

B OLIM in una, eademque causa licebat tantum semel appellare, non *iterum*, id est, geminato judicio superatus non poterat appellare, ut qui a duumviro appellarat ad præsidem provinciæ, non poterat a præside provinciæ appellare, *l.*1. *C. Th. de possess. ab eo, qui bis provoca. transf.* Et ita in edicto Alarici Italiæ Regis apud Cassiodorum *lib.*9. *appellari*, inquit, *a subjecto judicibus ordinariis in una causa secundo non patimur, ne, quod ad remedium repertum est innocentis, auxilium quodammodo videatur esse criminosis; si quis vero vetita iterare tentaverit, negotio privatus abscedat*. Hodie autem ex constitutione Justiniani posita sub hoc titulo, secundo appellare licet, non etiam tertio, id est, bino, non etiam trino judicio superatus appellare potest: ut si a duumviro appellarit ad C præsidem provinciæ, possit a præside appellare ad præfectum urbi, non a præfecto urbi, sed ut additur in *hac l.* si præfectus, ad quem iterum appellavit, dederit specialem judicem, qui de ea appellatione cognosceret, licet a sententia ejus judicis non possit appellare, quia non licet tertio appellare, tamen ante litem contestatam, ut exigit *l. ult. sup. de sent. & interloc.* potest eum judicem recusare invocato præfecto urbi, qui eum dedit: Nam ut a judice dato appellamus ad eum, qui eum dedit, *l.*1. *ff. quis a quo appell.* Ita judicis dati recusationem recte facimus, quod maxime notandum; non apud ipsum judicem datum, sed apud eum, qui dedit. Ceterum hæc recusatio longe distat ab appellatione. Recusatio pro appellatione non cedit, alioquin in hac specie D non valeret. Et ita sunt accipienda postrema verba hujus legis, quæ satis erant obscura, quod metaphrasis Basilicon ostendit his verbis, ἐὰν δέ τις τὸν δοθέντα δικαστὴν παραιτήσηται, καὶ ἐπικαλέσηται τὸν δεδωκότα αὐτὸν, οὐ συναριθμεῖται τοῦτο εἰς ἔκκλητον, id est, *si quis judicem datum recusaverit, & eum, qui dedit appellaverit, hoc non connumeratur appellationi*. Denique recusatio pro appellatione non cedit: at ut hæc lex ostendit, retractatio a sententia præfecti prætorio, a quo non est appellatio, est ad præsidem provinciæ, & ab eo ad præfectum prætorio, jam non possum retractare, quod præfectus prætorio judicavit, oblato libello principi, alioquin viderer tertium appellare.

E

AD TITULUM LXXI.

QUI BONIS CEDERE POSSUNT.

PERTINET hic titulus ad executionem rerum judicatarum, sive ex priore judicio, sive ex appellatione judicatæ sint: Nam executio rei judicatæ ex causa pecuniæ debitæ tribus modis fit. Primum captis, & distractis pignoribus, quod fit extra ordinem jussu magistratus, non ex legibus, vel edicto certo, ut ostendi *sup. tit.*53. & probat *l. si pignora, ff. de evict.* Neque vero ita pignus prætorium constituitur, ne fallamur, sed pignus illud, quod capitur in causam judicati, vicem obtinet conventi pignoris, vicem justæ obli-

obligationis, jussus judicis pro conventione, *l.1. inf. si in causa jud. pign. cap.* Et hoc quidem si judicatus præsto sit, vel defendatur. At si latitet, & non defendatur alio modo fit executio judicati, nempe ex edicto prætoris eo, qui vicit, judicati servandi causa misso in possessionem omnium bonorum ejus, qui judicatus est, *l.2. & 3. inf. qui potior. in pign. hab.* Et hoc genere pignus prætorium constituitur, quia scilicet hoc proficiscitur ex edicto prætoris. Et ita in jure pignus prætorium semper accipi oportet, ut in *tit. de prætor. pign. inf. l. misso, ff. pro empt. & alibi.* Et eam possessionem postea sequitur proscriptio, & distractio bonorum debitoris, sive judicati, quæ fit sub hasta, & irrogat infamiam ei, cujus nomine fit, cum bonis ejus & fama quoque disperit, quasi decoctoris, *l. paterfamilias, de bonis auctor. jud. possid. §.1. Instit. quibus ex cau. manumit. non lic.* & Theophilus noster eod. tit. id est, ordo exequendi judicati, est proximus ordini 12. tab. Quamobrem & proscriptio illa, distractioque bonorum debitoris, quæ fit ex edicto, usurpato nomine ex 12. tabulis appellatur *sectio*, ac si, ut in 12. tab. secaretur corpus debitoris in partes: secantur tantum bona ex edicto, & fama debitoris laborat. Et præterea hæc proscriptio debitoris morti comparatur, *l. actione, §.1. ff. pro soc.* Lex 12. tabularum voluit decoctoris sanguinem effundi: At prætor maluit sanguinem suffundi, quam effundi, id est, irrogare infamiam, injicere pudorem publice distractis bonis sub voce præconis. Et ita Tertullianus, *suffundere sanguinem hominis maluit, quam effundere in Apologetico.* Et D. Hieronymus, *non idem est suffundi, & torqueri*, quod deinde sic interpretatur, *erubescere, & longo tempore cruciari.* Quod si forte judicatus nihil, aut parum habuerit in bonis, ut neque primo, neque secundo modo judicatum exequi possit, tunc alio modo fit executio, quod etiam est ex duodecim tabulis, puta judicato detruso in carcerem, licet non huic rei, ut hodie fit in contrahendo, se nominatim obstrinxerit. Prima ratio implendi judicati est extraordinaria. Secunda est ordinaria, nempe ex edicto prætoris, & ad imitationem ll. 12. tabul. Tertia quoque est ordinaria, id est, ex duodecim tabulis, ex quibus decoctor in vincula, in nervum, in compedes ducebatur, qui judicatum non faciebat. Carcer quidem non irrogat infamiam, *l.1. sup. ex quib. caus. infam. irrog.* sed refert injuriam quodammodo, *l.7. hoc tit.* proscriptio, & distractio bonorum infert infamiam. Captio pignorum, nec est infamia, nec injuria. Si quis igitur velit evitare carceris injuriam, vel infamiam proscriptionis bonorum, lege Julia ei consulitur in hoc titulo, ut omnibus creditoribus suis, cedat bonis suis, non ut ea sibi habeant, sed ut ea vendant, & pretium inter se partiantur, *l.4. hoc tit.* non ut ea ipsa bona inter se dividant, & partiantur, & habeant jure dominii, quæ debitor eis in solutum non dedit, sed cessit tantum. Quod confirmat Theodorus optima ratione, *ἵνα μὴ τοιαύτην σχόντες ἄδειαν, τὰ ἄξια πολλοῦ κατὰ συμπαιγνίαν εἰς ὀλίγα δέχωνται*, id est, *ne si liceat creditoribus bona debitoris inter se partiri, nec compellantur ea vendere, & ex pretio sibi servare credita pro portione rata, eveniat, ut bona debitoris magni pretii per collusionem modico pretio æstimata inter se dividant, & partiantur.* Ideo melius est, ut ea bona vendantur palam, & ex venditione redactum pretium inter se partiantur. Ceterum ea venditio bonorum debitoris, quæ sequitur cessionem bonorum, non irrogat infamiam, quia non fit nomine debitoris, cujus jam amplius bona non sunt, sed nomine creditorum, quibus bona cessa sunt, *l. debitores, sup. ex quib. caus. infam. irrog.* Et quod ait *l.1.* bona, quæ creditoribus cessit debitor, creditores non posse inter se partiri, sed pretium redactum ex venditione eorum: hoc videtur pugnare cum *l. ult. hoc tit.* quæ dicit in rebus partiendis, suam vim singulis creditoribus officio judicis servari. Ergo probatur partitio rerum debitoris. Respondeo, illum locum esse accipiendum resumptis verbis, quæ præcedunt: in electione quidem, de qua agitur in *l. ult.* non esse differentiam inter creditores hypothecarios, & chirographarios, sed in rebus partiendis esse differentiam, & suam vim, id est, suum jus cuique servandum, ut scilicet hypothecarii suas hypothecas præcipuas ferant, reliqua bona veneant communiter pretio inter creditores diviso: unde concludamus, duo esse commoda cessionis bonorum ex *l.1. & ult.* ut liberet injuria carceris, & infamia proscriptionis. Nec nos movere debet, quod ait *l.1.* iu eo tantum beneficium cessionis prodesse, ne judicati detrudantur in carcerem: Nam ex eo articulo *tantum* non ducitur idoneum argumentum, ut in *l. ob æs, sup. de prædiis min. si. dec. ob æs alienum tantum, prædia minorum alienari posse.* Imo & ob aliam causam alienari possunt, nempe ob dotem, vel donationem propter nuptias: ex verbis SC. ob æs alienum tantum: ex sententia, & ob aliam causam. Et ita in hac *l.1.* dicitur, *tantum*, ut excludat liberationem, de qua egit ante, id est, ut significet eum, qui cessit bonis, non liberari, sed propterea tamen non excludit alia commoda cessionis: Est enim & tertium ejus commodum, ut licet is, qui cessit bonis, non sit ipso jure liberatus, tamen liberetur si conveniatur in solidum posita exceptione, si non bonis cessit, quæ tamen ei non prodest, si quid ei facultatis post cessionem accesserit, quo prætor moveri possit, ut in *l.13. t. seq.* Postremo notandum, cessionem bonorum verbo fieri sine ulla solemnitate, *l.2.* & professione nuda, *l.6.* etiam extra jus, *l. ult. ff. de cess. bonor.* Alia igitur longe est a cessione in jure: cessio bonorum non est cessio in jure: nam fit etiam extra jus nudo verbo, detracta solemnitate omni. Nec necesse est beneficium cessionis peti a Principe, quod lex Julia defert, & recte additur in *C. Th. qui bonis ced. poss. ex l. Julia.* Quod tamen quis posset tentare ex initio *l. ult. hoc tit.* beneficium cessionis bonorum peti a Principe, quod nequaquam concedendum est: sed illa *l. ult.* est tantum accipienda de dilatione quinquennii, de justitio quinquennii, quod debitori a Principe datur, *l. universa, sup. de prec. Imp. offer.* Quod Græci vocant, *ἀναπωχὴν*, & *ὑπερημερίαν*, in idiotismo dicimus *respit de cinq annèes.* Justitium igitur quinquennii omnino petendum est a Principe, quoniam ipso jure non competit, sed plerumque id Princeps dat sub distinctione, ut vel creditores accipiant bona, quæ debitor cedere paratus est, vel ferant ei indulgeri in quinquennium ad conquirendam pecuniam. Et hæc est sententia *l. ult.* cui addam, hac in re ex *l. majorem, de pactis*, si dissentiant inter se creditores, puta si alii malint cessionem bonorum, alii indulgentiam quinquennii, majoris partis creditorum sententiam obtinere, quæ æstimatur non ex numero personarum, sed ex cumulo, & pondere crediti, quod si sint pares creditores in omnibus, tum humaniorem sententiam esse sequendam, ut scilicet contenti sint omnes indulgentia quinquennii. Et hic quærit Accursius, an indulto quinquennio debitori, indultis induciis quinquennii a Principe consentientibus creditoribus, post quinquennium, debitor admittatur ad beneficium legis Juliæ, id est, cessionem bonorum? & rectissime respondet, non admitti: qui locus est singularis. Senatusconsulto Lutetiæ Accursii sententia fuit comprobata: eum scilicet, qui impetravit beneficium quinquennii, postea non admitti ad cessionem bonorum, ne videatur abusus beneficio principis. Cessio bonorum, quæ semel facta est, verbo revocari potest, contrario verbo, si res sit integra, id est, si nondum creditores bona vendiderint, *l.2. hoc tit. l.3. & 5. ff. eod.* Et fit cessio bonorum a creditoribus privatis, vel publicis, vel fiscalibus, non etiam ab iis, qui vocantur ad munus publicum: Nam non audiuntur si parati sunt cedere bonis, sed necesse est, ut serviant Reipublicæ, quantum eorum facultates ferunt. Et hæc est sententia *legis* 5. Fit autem cessio bonorum non tantum a patribus fam. sed etiam a filiisfam. debitoribus, licet nihil proprium habeant, quia non tantum fit cessio præsentium, sed futurorum bonorum, *l. pen. hoc tit. l.4. & 7. ff. eod.*

AD

AD TITULUM LXXII.

DE BONIS AUCTORITATE JUDICIS POSSIDENDIS, SEU VENUNDANDIS, ET DE SEPARATIONIBUS.

POSSESSIO bonorum omnium judicati, id est, condemnati, quæ ei, qui pro partibus suis sententiam consecutus est, & aliis creditoribus datur, si intra tempora judicati non faciat judicatum, & quam auctor festinans jungere tractatui de possessione, præmisit quæ ante dicta sunt de rebus judicatis. Ea inquam, vel datur ex cessione ipsius judicati, sive debitoris, de qua in tit. superiori, vel ex edicto auctore prætore, vel præside, judicati, sive debiti servandi causa, de qua agitur in *h. tit.* Et ostenditur in eo, auctoritate judicis, id est, prætoris, vel præsidis ex edicto creditoribus dari possessionem universorum bonorum debitoris, si debitor scilicet fraudationis causa latitet, nec defendatur, *l. pen. & ult. hoc tit.* vel etiamsi debitori defuncto nullus successor extet, *l.5. & 6. hoc tit.* Quod in edicto significabatur his verbis: *cui heres nec extabit*, quæ referuntur in Quintiana M. Tullii: his demum casibus creditores omnes mittebantur in possessionem, non unius rei, sed omnium rerum debitoris. Denique possessio bonorum debitoris, vel datur creditoribus ex cessione sui debitoris, vel ex edicto prætoris, per prætorem ipsum, aut præsidem: utramque autem possessionem sequitur venditio eorum bonorum postulata a prætore, vel præside, transacto justo aliquo tempore post possessionem datam, cujus arbiter erit prætor, vel præses, *l. pen. hoc tit.* Nec enim venditioni faciendæ invenio lege definitum tempus esse. Et verum est, quod D. Alviatus notavit in *l. ult. §. sin autem, hoc tit.* hæc verba, *a nobis*, in veteribus libris abesse, nec deesse. Non est enim venditioni faciendæ a Justiniano definitum tempus, sed definitur arbitrio judicis. Plerumque post longam possessionem, si videat debitorem non affici tædio longæ possessionis rerum suarum, tum decernet venditionem bonorum fieri sub hasta. Sed venditio, quæ sequitur cessionem bonorum debitoris, non est ignominiosa, quia non fit nomine debitoris, qui se exuit bonis omnibus sponte sua. At venditio, quæ sequitur possessionem datam ex edicto Prætoris, quia fit nomine debitoris quasi decoctoris, est ignominiosa, & infamat, & appellatur proprie *distractio*, quæcumque scilicet venditio fit publice sub hasta, quæ fit palam in foro constituta auctione hastæ, & sæpe admissis quamplurimis licitari volentibus, & uni re una addicta, alii re alia, quo genere plane res distrahuntur: & ita eleganter M. Tullius in Quintiana: *ad auctionem bonorum debitoris convenire creditoris, ut carnifices ad reliquias vitæ lacerandas, & distrahendas*. Id in idiotismo aptissimo vocabulo appellatur, *des confiture: cum scilicet debitor venalis pendet in foro*: id est, cum bona ejus in foro pendent venalia, cessa, vel data possessione omnium bonorum debitoris: postea dico, creditoribus permitti a judice venditionem eorum bonorum, non etiam partitionem, vel addictionem, quæ fiat creditoribus, *ils ne sont jamais estroussès aux creanciers, mais à l'estranger*: denique creditores bona debitoris, quæ possidere jussi sunt, inter se non possunt partiri, & ea detinere jure dominii, sed necesse est, ut vendant, & pretium ex venditione redactum servato ordine juris, salvis hypothecis, & privilegiis creditorum inter se partiantur, *l.4. sup. tit. prox. l.6. hoc tit. l. unica, sup. ne mulieri pro dote*. Quod ait, *pro dote*, id obtinet in quolibet alio debito, ut pro debito bona debitoris creditori non addicantur, sed ut ea tantum possideri jubeat, ac deinde permittatur ei venditio. Ergo ante venditionem creditores bona debitoris possident jure cessionis, si debitor bonis cesserit, vel jure prætorii pignoris, si prætor eis dederit bonor. possess.

A Quæ differentia notanda est; bonor. possessionem dicit *l. pen. hoc tit.* sicuti *l. si pup. §. defend. ff. eod. & l.5. ff. ex quib. caus. in poss. eat.* quæ frequentius dicitur possessio bonorum, non bonorum possessio. Proprie enim nobis aliud est bonorum possessio, aliud possessio bonorum, nec verba trajecta idem significant. Bonorum possessio quasi dominium tribuit, & est species successionis, sive hereditatis, *l.1. ff. de bon. poss.* Possessio bonorum dominium non tribuit, *l.5. sup. ut in poss. legat.* Et ita Zeno apud Stobæum elegantissimam facit differentiam inter discipulos φιλολόγυς, & λογοφίλυς, quia φιλολόγυς vocat eos, qui rerum pondera, & dignitatis, λογοφίλυς eos, qui verborum tantum venustatem sectantur. Et medici quoque differentiam faciunt inter spinam albam, & albam spinam: & in constitionibus Regiis, atque in B consuetudinibus invenio differentiam fieri, *entre bois mort, & mort bois. Bois mort, c'est du bois, qui est sec, & encor debeut: mort bois est qui est abbatu, & gist couchè en terre*. Verum ad rem. Utroque genere, quo creditoribus datur possessio omnium bonorum debitoris, decoctor liberatur, nempe si bonis cesserit, *l.3. hoc tit.* Liberatur item, si creditores omnia ejus bona possidere jussi sunt, *l. ult. hoc tit.* Et liberatur ab iis, qui ante cessionem bonorum, vel possessionem cum eo contraxerunt, non etiam ab his, qui postea cum eo contraxerunt, non etiam ab his, qui postea cum eo contrahunt, quod notat *l.3. hoc tit.* Præterea non liberatur ipso jure, *l.3. sup. tit. prox.* sed si conveniatur posita exceptione, cujus formula ita concipitur in Basil. *d. l.3. h. t. & apud Theoph. §. ult. Inst. de replicat.* ἀλλ' εἰμὴ ἔξεστιν. *At si non licet*: quæ formula C nihil pertinet ad rem: igitur sic scribamus, ἀλλ' εἰ μὴ ἐξίστω, quod est, *at si non cesserit*, bonis scilicet, & inde in contextu quoque Institutionum apparet recte veteres libros habere, *nisi bonis cesserit, §. ult. de replication.* vel aliter: *at si non cesserit*; vulgo legitur, *si bonis cesserit*: rectius, *nisi*. Ad hæc sciendum est possessionem bonorum ex edicto dari in rem, id est, generaliter, non in personam, *l. cum unus, ff. eod. l. ult. h. tit.* Et ideo a Græcis appellatur καθολικὴ νομὴ τῶν δανειστῶν, ac si diceres, catholica, id est, generalis possessio creditorum omnium: quod est magni momenti: Nam ex eo intelligimus etiam iis creditoribus, qui possessionum bonorum non petierunt, prodesse eam, quæ petita est ab aliis, quoniam non data est personis, quæ petierunt, sed generaliter in rem, petentibus, & non petentibus. Sed D hoc ita restringetur in *l. ult. hoc tit.* ut ita demum iis, qui non petierunt se mitti in possessionem bonorum debitoris, prosit, quæ data est aliis, si præsentes intra biennium, absentes intra quadrien. quo eam non petierunt, profiteantur, ac ostendant se esse creditores ejusdem debitoris, & iis, qui petierunt, pro rata refundant expensas factas in judicio, id est, in persecutione poss. bonorum debitoris, & expensas, quas jurati affirmaverint se fecisse, jurijurando soli fidem haberi, quod est maxime notandum. Et hoc ita si res sit integra, id est, si nondum facta sit vendito, vel cessio juris sui ab iis, qui missi sunt in possessionem, quæ ut ex eo apparet plerunque protrahebatur in longius tempus, cum intra quadriennium ponat alios creditores posse venire re integra, & profiteri nomen suum inter creditores ejusdem debito-E ris. Nam si post venditionem, aut cessionem juris sui factam ab iis, qui impetrarunt possessionem bonorum debitoris, veniant, qui eam non petierunt: hoc casu iis ita prospexit Justinianus, ut ex pretio redacto, primum suum sibi servent, & habeant, qui venditionem, aut cessionem fecerunt accepta pecunia, residuum pecuniæ, ut obsignatum deponant, obsignent, & deponant in æde sacra, in Cimelarchio, ut ait *l. ult.* in quo scilicet vasa, & vestes, & donaria sacra deposita sunt, *le tresor*: depositiones, quæ fiunt in æde sacra, fiunt in Cimelarchio, idque ea lege, ut ait hæc *lex ult.* ut nullum ob eam depositionem, dispendium, vel damnum sustineant œconomi, id est, dispensatores rerum ecclesiæ, vel Cimeliarchæ, quod Theodorus vocat σκευοφυλάκας .i. *custodes sa-*

crorum

erorum vasorum, quod idem Theod. interpretatur his verbis: si forte pereant pecuniæ depositæ: nam certissimum est, depositarium, nisi aliter convenerit, non præstare periculum rei depositæ, præstare dolum tantum, non culpam: depositam autem pecuniam in æde sacra ferent, qui supervenerint creditores, & inter se partientur pro rata debiti quantitate. Sed maxime notandum est in hac venditione rerum debitoris, prius haberi rationem creditorum, qui sint hypothecarii, sive generales, sive speciales, quod & hodie fit, ut hi priores salvas suas hypothecas habeant, id est, ut illis primum satisfiat ex hypothecis, *l.6. hoc tit. l. ult. in fin. sup. tit. prox.* illo loco, *in rebus officio judicis partiendis*. Prius ergo habetur ratio hypothecarii, quam chirographarii creditoris. Item creditorum, qui privilegiarii sunt. Qua de causa *in ff. tit. de cess. bonor. l.1. & 2. & in tit. de rebus auct. jud. poss.* multis legibus fit mentio creditorum, qui privilegiarii sunt, id est, qui prærogativam exactionis habent: Et ob id etiam post hunc tit. datur titul. *de privilegiis fisci*, & tit. *de privileg. dot.* Nam fiscus est creditor privilegiarius, & mulier in dote. Ubi autem his satisfactum, tum reliquis, qui non sunt ejusdem conditionis ex residuo satisfit pro rata debiti, *l.6. hoc tit.* Hic est ordo juris, nec unus ex creditoribus compellitur omnia bona suscipere cum onere absolvendorum reliquorum omnium creditorum, *l.4. hoc tit.* Item certum est, primum satisfieri debere creditoribus defuncti, quam legatariis, quia legata non debentur, nisi ex eo, quod deducto ære alieno restat. Et inter creditores defuncti numerantur, ut ostendit *l.1. hoc tit.* ii, quibus testator quid legavit ab eo herede, qui nunc defunctus est relictis legatariis quibusdam propriis, ab eo illis debebatur, ut legatum: ab herede heredis debetur potius ut æs alienum, quam ut legatum. Ideoque priorum legatorum causa est potior, quam posteriorum. Et hæc est sententia *l.1.* Postremo non est omittenda illa pars *hoc tit. de separationibus*, ad quam pertinet tantum *l.2. & 7.* Quid est *separatio*? est bonorum, & creditorum aliorum, ab aliis seorsum, aut separatim habita ratio, ut si sint creditores defuncti testatoris, & creditores heredis proprii, possunt creditores defuncti postulare separationem bonorum, ut scilicet ipsi eant in possessionem bonorum defuncti, qui sunt creditores defuncti, & creditores heredis eant in possess. bonorum heredis propriorum, atque ita, neque bona commisceantur, neque creditores, quod proponitur in *l.2. & 7. & in l.7.* tantum velim, ut legatur, *separatio postulata*, non *separatione*, ut & in *l. pen. sup. tit. de heredit. act.* in qua hæc eadem constitutio latius exponitur. Et de hoc tantum genere separationis agitur in h. tit. at in tit. *ff. de separat.* agitur etiam de aliis, puta, ut servi separent bona propria, quæ postea adquisierint a bonis domini, cui necessarii heredes extiterunt cum libertate, & eodem modo separentur creditores servi, & domini, *l.1. §. ult. ff. de separat.* Item si veneant bona filiifamilias, ut separentur creditores castrenses a paganis, *d. l.1. §. si filiafamil.* Item si patronus heres extiterit liberto, qui heres extiterit Titio, ut separentur etiam creditores liberti, & Titii in adipiscenda bonorum possessione, separatis etiam bonis, *l. pen. ff. eod.* Et potest addi quintum genus separationis ex *l.3. §. proinde, ff. de minor.* ut a bonis patris, quæ fiscus occupavit ex causa debiti separetur peculium filii, quod est ex singulari constitutione D. Claudii.

AD TITULUM LXXIII.

DE PRIVILEGIO FISCI.

NON alia de causa hic titulus subjicitur duobus superioribus, quam quod ex cessione debitoris, vel ex edicto Prætoris possessis, & venditis omnibus bonis debitoris, habenda sit in primis ratio eorum creditorum, qui privilegiarii sunt, id est, qui habent privilegium exigendi, quod Plinius in epist. *ad Trajanum*, vocat πρωτοπραξίαν, quasi πρώτην εἰσπραξίαν, *primam exactionem*, qui ceteris creditoribus præferuntur in auferenda pecunia sibi debita, dilata interim exactione ceterorum, qui privilegium non habent: quæ causa etiam efficit, *ut in ff. tit. de cess. bonor. & reb. auct. judic. &c.* agatur de privilegiariis creditoribus, ex quibus est fiscus, *de quo hic titul. est*. Paul. 5. Sentent. *privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere*. Quæ sententia, ut intelligatur, sciendum est, alios esse creditores hypothecarios, alios chirographarios, qui & *personales* dicuntur, quia ex chirographo solo personam debitoris solam obligatam habent, non etiam ejus bona. Et qui hypotherarii sunt, etiam personales sunt, quia actio hypothecaria sine personali non consistit, quæ directa, & principalis actio est: at, qui sunt personales, non continuo etiam sunt hypothecarii, quia personalis actio sine hypotheca consistere potest. Ex chirographariis autem alii speciali quodam jure privilegiarii sunt, alii non item: ex hypothecariis autem, excepta causa dotis, ut ostendit tit. seq. nulli sunt suo jure privilegiarii. Fiscus est creditor hypothecarius, nec tamen privilegiarius, in actione hypothecaria jure suo quodam proprio, atque præcipuo contra alios creditores hypothecarios, nec nisi privilegio temporis, uti quilibet alius creditor hypothecarius, quia in hypothecis privilegium æstimatur ex tempore, non ex causa debiti, non ex persona creditoris, & ubique fere, qui prior est tempore, potior est jure hypothecæ, quod & de fisco ita proditum est *l.2. hoc tit. l. si pignus, l. ult. ff. qui pot. in pig. hab.* At in actione personali fiscus est privilegiarius, suo quodam jure, non spectata prærogativa temporis. Et hoc est, quod Paulus ait, *privilegium fisci, inter creditores primum locum tenere*, inter omnes scilicet creditores chirographarios, etiamsi privilegiarii sint, quia suum privilegium exercent contra alios, non etiam adversus fiscum. Exempli gratia: privilegiarius est, qui pecuniam credidit navis fabricandæ, vel instruendæ causa, *l. qui navem, ff. de reb. auct. jud.* Et tamen fiscus ei anteponitur, atque ita non est privilegiarius nisi post fiscum, *l. quod quis, eod.* id est possessis bonis debitoris, prius fisco satisfieri debet, quam ei, qui credidit navis fabricandæ, vel armandæ causa. Alias vero privilegiarius privilegiario non anteponitur, sed melior est conditio occupantis, id est, ejus qui prius suum recepit, qui sibi vigilavit: Nam nec si prior creditor chirographarius, nec privilegiarius suum recepit, privilegiarius creditor ei, quod recepit auferre potest ulla actione, nisi prior hypothecæ jure, si fuerit hypothecarius, ut fiscus, *l.5. hoc tit.* Nam fiscus semper est hypothecarius, id est, semper habet tacitam hypothecam in bonis debitoris, *l. aufertur, §. fiscus, D. de jure fisci, l.1. & 2. inf. in quibus caus. pig. vel hypot. tac. cont. l.1. sup. si propter publ. pensit. l. pen. hoc tit.* Quod est aliud privilegium fisci, ut ait *l.2. sup. de servo pign. dato manum.* Et tacitam hypothecam habet fiscus in bonis, quæ tempore contractus debitoris fuerunt, non etiam in iis, quæ tempore contractus debitoris esse desierant, & per venditionem forte, & traditionem in alium transierant, *l.4. hoc tit.* Nam tacita hypotheca fisci consistit tantum in bonis debitoris, non in bonis alienis, etiamsi jam olim debitoris fuerint, antequam contraheret cum fisco. Ac ne quidem in bonis uxoris ejus, *l.1. hoc tit.* Quia inter conjuges nulla est communio bonorum, est societas vitæ, non bonorum, & res uxoris non minus viro sunt alienæ, quam res cujuslibet extranei. Et notandum, quod ait illa *l.1.* bona ejus, qui fisco obligatus est, ob reliqua administrationis primipili a fisco posse occupari jure tacitæ hypothecæ, non etiam res uxoris, quod intelligendum est de rebus, quæ sunt extra dotem, de paraphernis. Nam dos uxoris, quia est in bonis mariti, ex causa reliquorum primipili, id est, administratæ annonæ militaris, a fisco occupari potest jure hypothecæ, non quidem statim, sed in subsidium, quia dos est etiam

uxo-

uxoris, *l. quamvis*, *ff. de jure dot.* si scilicet ex bonis debitoris ipsius, vel fidejussoris ejus illa reliqua fiscus servare non possit, *l.4. inf. in quib. caus. pign. vel hypot. tac.* Idemque obtinere in quolibet munere publico, ex contrario argumentum præstat *lex 3. sup. ne uxor pro mar.* Et ne quis hæreat in hac *l.* in nomine primipili, *Primipilum* vocant jura nostra multis in locis centurionem primipili, ut alii auctores, cui tamen annona militaris exhibenda, & distribuenda data est: Nam ut Vegetius 2. de centurione primipili; *merita, & commoda totius legionis centurio primipili consequebatur*, præmia scilicet, emerita, & annonas, ut eas militibus distribueret. Et ita rectissime Theod. in hac *l.1.* primipilum definit, τὸ τοῖς πρώτοις ἀκοντισταῖς στρατιώταις διδόμενον σιτηρέσιον, ἵνα διανεὶ μη τοῦτο αὐτοῖς, id est, *annonæ, quæ dantur centurionibus primipili distribuendæ militibus*: hoc est munus primipili, cujus rationem reddere cogitur fisco. Ergo reliqua annonarum, si qua sint non distributa militibus, eum obligant, *ex l.3. & 7. inf. de cohortalib. princip. cornic. ac primi. lib.12. tit.58.* dum vocat pastum primipili, qui scilicet exhibetur militibus a centurione primipili. Et ita in *l. 6. C. Theod. eod. primipilaribus*, inquit, *qui ad pascendos milites solemniter ad limitem destinantur*. Et rectissime ad *leg. 1. sup. de condictione ex l.* debitor ex Primipilo in Basil. dicitur, qui debet fisco διατροφὰς στρατιωτικὰς, id est, *pastus militares*, qui reliquator est annonæ militaris. Et Modestin. in *l.10. §. qui primipilum, ff. de excusat. tutor.* στρατιωτικὰς χρείας, id est, *militares necessitates*. Pergamus ad reliqua. Dixi fisci actionem personalem præferri omnibus aliis actionibus personalibus, cujuscumque temporis sunt, quia in actionibus personalibus privilegium non æstimatur ex tempore, sicut in hypothecariis, sed ex causa, & qualitate debiti, *l. privilegia, ff. de reb. auct. judic. poss.* Fisci autem actionem hypothecariam non præferri antiquioribus actionibus hypothecariis, sed inferioribus tantum, & posterioribus. Addamus actionem fisci hypothecariam etiam præferri actionibus personalibus, vel antiquioribus, vel etiam privilegiariis, &c. *l. 3. hoc tit.* Nam & hoc idem habet quilibet, cui competit actio hypothecaria, ut anteferatur omnibus actionibus personalibus, omnibus creditoribus chirographariis, sive personalibus, *l. 6. sup. tit. prox.* Et ideo, ut hic exponam *l.5. hoc tit.* si debitor fisci, qui, ut dixi, semper est hypothecarius tacito jure: Si, inquam, debitor fisci, idemque debitor privati creditoris chirographarii prius solvat creditori chirographario, fiscus jure tacitæ hypothecæ pecuniam ante illi solutam vindicare potest actione hypothecaria ex justa causa, ut ait *l.5.* Puta, si debitor solvendo non sit: ergo in subsidium, ergo extra ordinem, ut etiam ait *l. 5.* Nam jure ordinario non fit, quod non fit nisi, raro, ex justa causa, & in subsidium. Et ratio hujus constitutionis hæc est in *l. denique, de jure fisci*, quia res, non persona convenitur, id est; fiscus pecuniam aute solutam creditori chirographario vindicat actione in rem, id est, hypothecaria, & in actione in rem non veniunt usuræ, in *l. si navis, de rei vindic.* Hæc, inquam, ratio ostendit, quod debui præmittere, cur *l. 5.* dicat, fiscum pecuniam solutam creditori chirographario vindicare sine usuris, restitui fisco eam pecuniam sine usuris, quia agit in rem, non in personam: & in actione in rem non veniunt usuræ, sed in actione in personam tantum. Eadem pene est ratio *l. 5.* quia, inquit, creditor chirographarius, cui prius debitor pecuniam solvit, eam pecuniam non sumpsit fœnori, ut teneatur in sortem, & usuras actione in personam, sed suum recepit, quod ei auferri non potest, nisi actione in rem hypothecaria, & in act. in rem non veniunt usuræ. Et postremo notandum ex *l. ult. hoc tit.* eum, qui pro debitore fiscali solvit fisco, non succedere in privilegium fisci, nisi hoc in eum specialiter a judice translatum sit, quod & l.3. significat. Sed huic sententiæ valde obstat *l. 2. ff. de cess. bonor. & l. si ventri, §. pen. & ult. de reb. auct. jud. possid.* Quæ ll. generaliter definiunt, eos creditores privilegiarios esse, quorum

A pecunia pervenit ad creditores privilegiarios, id est, succedere eos in privilegia, nec exigunt illæ leges ullo modo, ut privilegium in eos translatum, & transcriptum sit, quod tamen exigit destricte *l. 3. & ult. hoc tit.* his ego verissime respondeo, aliud esse privilegium, quod fiscus habet in actionibus hypothecariis ex tempore solo, ut quilibet alius hypothecarius cred. de quo est *l.3. & ult.* In hoc privilegio temporis, is cujus pecunia ad fiscum pervenit, non succedit, nisi nominatim in eum jus hypothecæ a judice translatum sit, quod non intelligitur esse translatum tacito intellectu, sed transferri debet nominatim in eum, qui pro eo solvit, qui in hypotheca habuit privilegium temporis, ne qui novissimus contraxit, injuriam faciat aliis, qui in hypotheca priores sunt tempore. Aliud autem est privilegium fisci in actionibus personalibus: & in hoc, B qui pro debitore fisci fisco solvit, utique tacito intellectu succedit, etiamsi in eum non transcribatur. De hoc privileg. loquitur *l.2. de cess. bon. & l.2. si ventris, §. pen. & ult.*

AD TITULUM LXXIV.

DE PRIVILEGIO DOTIS.

EST etiam creditoribus permissa possessione, & venditione bonorum omnium debitoris in actionibus personalibus privilegiaria mulier, quæ dotem suam repetit soluto matrimonio, *l. si sponsa, ff. de jure dot.* Et hoc est, quod ait *l. 1. ff. sol.* C *matrim.* dotis causam semper, & ubique esse præcipuam, dotem scilicet præcedere omnia credita. Multa sunt introducta favore dotis, *l. si ego, §. si res, de jur. dot. l. ult. sup. ad SC. Vellejan.* & hoc maxime, ut habeat privilegium inter personales actiones. Et ita accipienda constitutio *hujus tit.* Quæ tamen ait hoc privilegio non transmitti ad heredem mulieris. Quæ verba omnes interpretes uno consensu, tam Græci, quam Latini accipiunt de herede extraneo: rectissime: Nam ad filium heredis mulieris idem privilegium transit *Novel. 91.* Et ita, quod dicitur in *l. maritum, D. sol. matrim. & l. nec maritus, sup. eod. tit.* maritum uxori, si uxor agat adversus eum, in id tantum, quod facere potest, teneri, quod & de uxore dicitur erga maritum: sed hoc beneficium non præstari heredi ejus, quia est beneficium personale; & hoc etiam intel- D ligunt rectissime de extraneo herede tantum, non de filio viri, vel uxoris, *l. etiam filio, ff. eod.* At quæso, cur in *l. ult. inf. qui potior. in pignor. hab.* ait, actionem dotis præferri omnibus pene actionibus personalibus, cur ait pene? nimirum quia non præfertur actioni, quæ competit Reipubl. si antiquior fuerit, ut indicat *l. 9. sup. de jur. dot.* Et multo minus pæfertur actioni, quæ competit fisco, quia ei adjuncta est semper, & adhæret tacita hypotheca. Mulier autem ante Justinianum non habuit tacitam hypothecam dotis nomine: hodie eam habet in rebus dotalibus, & in omnibus rebus mariti. Ac præterea in hypothecariis actionibus mulier, quæ de dote sua sollicita est, præfertur omnibus creditoribus hypothecariis, etiam antiquioribus, vel tacitam, vel expressam hypothecam habentibus, at recte Martinus cen- E suit *l. ult. inf. qui pot. in pignor. & Nov. 97.* Excipiendus tamen, ut opinor, est fiscus: Nam huic in hypotheca mulier non præfertur, nisi ex privilegio temporis, *par l'anciennente, l. 3. de primip. lib. 12. l. 2. inf. tit. proxim.* In qua quod de hypotheca conventa, cautaque mulieri, idem hodie dici velim de tacita, ut ejus jure mulier non præferatur fisco, nisi ex prærogativa temporis: non præferetur etiam mulier alii mulieri agenti de dote antiquiore, *d. l. ult. & Novel. 91.* non præfertur ei, cujus pecunia res comparata est sub pignore ejusdem rei, si & prior tempore sit, qui pecuniam credidit ad rem comparandam sub pignore ejusdem rei speciali, ut *Novel. 97.* His exceptis mulier, quæ dotem suam persequitur, præfertur omnibus creditoribus, non tantum chirographariis,

pharils, ſed etiam hypothecariis, etiam antiquioribus, & plus igitur mulier habet, quam fiſcus, qui non habet in hypothecis niſi privilegium temporis. Et propterea mulier vitium adfert regulæ juris, quæ ſtatuit in hypothecis priorem tempore eſſe potiorem jure. Deinde beneficio Juſtiniani ex hypothecariis creditorib. una tantum mulier, quæ de dote agit ſpeciali jure privilegiaria eſt.

AD TITULUM LXXV.

DE REVOCANDIS HIS, QUÆ IN FRAUDEM ALIENATA SUNT.

IN hoc tit. agitur de actione in factum, quæ Paulliana dicitur in *l. videamus*, *§. in Fabiana*, *D. de uſur.* Et a Theoph. *in §. item ſi quis*, *Inſt. de act.* & competit creditoribus poſt poſſeſſ. & venditionem bonor. judicati, tranſacto ſcilicet legitimo tempore judicati faciendi, ſi judicatus latitet, nec ſatisfaciat, nec defendatur, & bona, quæ veneunt, non impleant creditores, non ſufficiant creditoribus, videlicet ad revocanda ea, quæ in fraudem eorum creditorum alienavit patrimonii ſui deminuendi cauſa, ut ex eo minus ferrent creditores. Et competere hanc actionem poſt poſſeſſionem, excuſſionem, & venditionem bonorum omnium judicati, vel cujuſcunque debitoris intra annum utilem, probat *l.* 1. *hoc tit.* illo loco, *bonis ejus excuſſis*, & *l. pen.* illo loco, *bonis poſſeſſis, itemque diſtractis*, ad quod verbum *diſtractis* adſcripta gloſſa penitus delenda eſt, quia interpretatur *diſtractis a debitore*, cum ſit intelligendum *diſtractis a creditoribus* auctore prætore, vel præſide, ut diſtracta ſi non ſufficiant creditoribus, tum creditores actione Pauliana reſciſſa alienatione, revocent, quæ debitor alienavit in eorum fraudem. Idem etiam probat *§. item ſi quis in fraudem*, *Inſt. de act.* & *l.* 6. *§. ult. l. ait prætor*, *§.* 1. & *§. annus*, *D. quæ in fraud. cred.* Unde ſatis apparet quam bene ſit connexus hic titulus cum ſuperioribus. In *l.* 1. *hoc tit.* proponitur, heredem corpora hereditaria ceſſiſſe, & tranſtuliſſe in alium creditorem hereditariorum fraudandorum cauſa, ne ponas, ut Accurſ. heredem ea dediſſe in ſolutum propriis creditoribus, ſed ponas generaliter, vel illo, vel alio modo heredem ea alienaſſe, puta donaſſe, vel in dotem dediſſe in fraudem, & necem creditorum hereditar. quos l. 1. ait, bonis debitoris excuſſis, quæ retinuit, atque diſtractis, ea poſſe revocari uſitatis actionibus ſicut negotium geſtum fuerit, ut jampridem emendavi ex veteribus, quos cuilibet paratus ſum oſtendere, qui de fide mea dubitabunt: & *uſitatis actionibus ſicut negotium geſtum fuerit*, id eſt, actionibus in factum. Factum ſignificat rem geſtam, negotium geſtum, ut in *l. cum mota*, *ſup. de tranſact.* *Utilis actio quæ præſcriptis verbis rem geſtam demonſtret*, id eſt, actio comparata, concepta, compoſita in factum proprio nomine vacans, ut *l. quod de bonis*, *D. ad l. Falc. l.* 4. *§. ſi a Tit. D. de doli except.* & *§.* 1. *Inſt. de except.* Ubi Theophil. eleganter actionem in factum dicit, quod proponatur *διηγηματικῶς* .i. *narrative*. Et ita in gloſſis veterum eruditiſſimis *facto conceptas*, corrupte pro *in facto concepta*, ſic expoſitum legitur, *διηγηματικῶς*. Ad hæc notandum ex *l.* 4. *h. t.* hanc actionem Paulianam non dari creditoribus, qui debitori heredes extiterunt, qui ejus hereditatem adierunt, quia confuſione, ſive aditione hereditatis creditores eſſe deſierunt, hac utor ratione: nec tamen improbo Accurſianam. Notandum præterea ex *l. pen. h. t.* hac in re eſſe differentiam inter titulum, ſive cauſam lucrativam, & non lucrativam. Lucrativa eſt, ſi rem accepi a debitore ex cauſa donationis: Et hoc caſu etiam ſi ignoraverim donatorem conſilium iniiſſe fraudandorum creditorum, teneor creditorib. actione Pauliana, ut eis rem reſtituam venundandam. Non lucrativa cauſa eſt, ſi emi, ſi numeravi pretium, quia pretium mihi abeſt. Et hoc caſu non aliter teneor creditoribus actione Pauliana, quam ſi fraudis conſcius, & particeps fuerim. Quæ diſtinctio ſumme notanda. Poſtremo not. ex *l. ult.* quam neque gloſſa, neque ſummaria, quæ omnia deleri volo, capeſſunt, & eſt tamen lex elegans: notandum, inquam, non tantum in eum, cui debitor aliquid fraudandi animo alienavit, ex edicto dari actionem Paulianam, ſed & in fraudatorem, ſeu debitorem ipſum, qui alienavit, quod oſtendit etiam *l.* 1. & *l. ult. §. ult. D. quæ in fraud. credit.* Ut puta, ſi creditor ſuo debitori in fraudem creditorum ſuorum quid acceptum tulit, quæ eſt ſentent. *l. ult. s'il à quitté la debte*. *Si actu ſolemni*, inquit, *præcedentem obligationem peremiſti* .i. interpoſita ſtipulatione Aquiliana, & acceptilatione: Nam nudo conſenſu obligatio non perimitur. Et hic actus ſolemnis dicitur, *πρὸς ἀντιδιαστολὴν*, ſive ad differentiam nudi conſenſus, ut in *l.* 3. *inf. de emanc. lib.* At ſciendum eſt aliter, atque aliter teneri fraudatorem, & eum, cui alienavit: nam is, cui alienavit, tenetur in ſolidum, ſi ſcierit fraudem fieri, ſive parari creditorib. ſi autem ignoraverit, tenetur in quantum locupletior factus eſt, *l.* 6. *§. in hoc*, *D. quæ in fraud. cred.* Et vetus eſt hæc actio Pauliana: Nam ad eam reſpicit Cicer. 1. *ad Atticum*, cum ſcribit, *Cæcilius a P. Varo, quum magna pecunia fraudaretur, agere cœpit cum ejus fratre*. (Pauliana ſcilicet) *de iis rebus, quas eum dolo malo mancipio accepiſſe de Varo diceret*. At ut differentiam abſolvam: fraudator, qui alienavit, tenetur dumtaxat in quantum facere poteſt, puta poſt poſſeſſionem, & venditionem bonor. quia hæc actio Pauliana non datur ante poſſeſſ. & venditionem bonorum: His igitur peractis, ſi vendita bona non ſufficiant, agitur Pauliana in eum, cui alienavit in fraudem, & in eum ipſum debitorem, qui alienavit, ſed in debitorem, in fraudatorem, in id duntaxat, quod facere poteſt, puta ſi quid poſtea adquiſierit, vel ſi quod poſtea adquiſivit, dolo deſierit poſſidere, quia dolus ſemper pro poſſeſſione eſt. Ideo a. non tenetur in ſolidum, quia & bonis ſuis exutus, & everſus eſt, eadem ratione, qua dicitur eum, qui bonis ceſſit, poſtea non teneri, niſi in id, quod facere poteſt, quia iniquum eſt, in ſolidum damnari ſpoliatum fortunis ſuis, *§. ult. inſt. de act.* Neque intereſt utrum ſpolietur auctoritate prætoris, an ultro facta ceſſione bonor. quæ fit ſine ſolemnitate pauciſſimis verbis, puta, *pax*, ut in 2. Apolog. Apuleii: *pax, Cedo bonis, non poſſum ſolvere, abiicio annulos aureos, & omnia inſignia dignitatis*. *Pax*, quæ eſt vox Græca apud Diphilum, Heſychium, Plautum, & Auſonium, quæ indicit finem negotio, *qui ſignifie, c'eſt aſſez, n'en parlons plus*. Nec eſt omittendum ex *l. ult. §. ult. D. quæ in fraud. creditor.* adhibita *l. ſi quis dolo*, *in princ. D. de re jud.* fraudatorem uno caſu in ſolidum teneri, puta ſi quid per fraudem ita diſſipavit, ut nulla ratione recuperari poſſit, ut ſi quid in mare projecerit, tunc tenetur in ſolidum, etiamſi non poſſit facere ſolidum, ut exutus bonis, quaſi pœnæ cauſa, carcere & vinculis coerceatur.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES, SIVE COMMENTARII

In Octavum librum Codicis Domin. Juſtiniani.

AD TITULUM I.

DE INTERDICTIS. Anno 1577.

TITULUS hic cohæret cum poſterioribus titulis libri ſuperioris, manifeſta ratione, quia illi fuerunt de poſſeſſione, & ejus effectis. Hic autem titulus, & qui ſequuntur, ſunt de interdictis, quæ poſſeſſionis, vel quaſi poſſeſſionis cauſam continent. Poſſeſſionis, veluti fundi, aut ædium: Quaſi poſſeſſionis, veluti uſusfructus, vel juris alterius, ut in *l. ait prætor*, *§. item ei, qui per captivitatem*, *D. ex quibus cauſ.*

cauf. major. Et nihil aliud sunt *interdicta*, quam decreta, quæ prætor facit de possessione, vel quasi possessione rei controversæ inter aliquos, cum statuit apud quem possessionem ejus rei esse oporteat interim dum disceptabitur de proprietate apud pedaneum judicem, quem & mox ipse dat inter eos, ut de proprietate judicet, id est, ut judicet uter rei dominus sit. Itaque interdicta perpetuam possessionem non addicunt, sed temporariam, quoad de proprietate judicatum sit, *l. 1. §. ult. D. de aqua quot. & æst.* Nam possessione cadit, qui interdicto eam obtinuit, vel retinuit, si in causa proprietatis contra eum judicatum fuerit. Item causam proprietatis interdicta non finiunt, sed præparant, ut ait *d. l. 1. §. ult.* & ordinant, ut scilicet sciatur in causa proprietatis, quis rei, quis actoris partibus fungatur, & consequenter, cui incumbat onus probandi dominii, probandæ proprietatis: Nam possessori, qui interdicto vicit, non incumbit onus probandi, sed petitori, *l. is qui destinavit 24. de rei vind.* Non inficior quædam esse interdicta, quæ finiunt causam proprietatis, sed sunt admodum pauca, ut interdictum, quod datur ei, cui princeps permisit ducere aquam in prædium suum, verbi gratia, digitum aquæ publicæ rotundum, vel quadratum, vel unciam, vel *quinariam* ex castello, id est, ex dividiculo, sive receptaculo aquæ publicæ, vel ex alio rivo, aut fistula publica. Hoc interdictum, quo prætor vetat ei vim fieri, quo minus aquam ducat pro modulo, quem ei princeps adsignavit, non tantum eum possessorem facit, cui jus aquæ ducendæ priceps assignavit, sed etiam finit jus assignationis, id est, an jus aquæ adsignatum ei sit, & per hoc quasi possessionem perpetuam ejus juris tribuit, non temporariam, & hoc interdicto totum finitur, ut ait *d. l. 1. §. ult.* qui locus est elegans, id est, dato hoc interdicto nihil finiendum restat, nulla superest actio secunda. Nulla sunt interdicta, quæ proprietatis duntaxat causam contineant, quod error communis tamen admittit. Plura sunt, quæ possessionis duntaxat causam continent: nonnulla, quæ & possessionis, & proprietatis, ut illud interdictum, quod exposui modo: itemque interdictum *de itinere, actuque privato reficiendo*, quod & possessionis causam continet, id est, an usus sit itinere, vel actu, qui interdicto utitur, & proprietate .i. an habeat servitutem itineris, vel actus. Deniq; duplex quæstio in hoc interdicto includitur, una possess. altera proprietatis, *l. 3. §. hoc autem, de itinere, actuq. priv.* Unde manifestum est, quod ait *lex 2. §. quædam, D. de interd.* hoc interdictum proprietatis non possess. causam habere, sic esse accipiendum, non solum possessionis temporariæ causam habere, sed finire totam rem, nec proferre. Similia iis sunt quædam alia interdicta, quæ quasi proprietatis causam habent, ut *de locis religiosis*, puta interdictum *de mortuo inferendo in sepulchrum*, quod est in fundo meo: In quo quæritur non tantum an sim in possess. inferendi mortui in sepulchrum illud: sed etiam an sim ejus sepulchri quasi dominus: Nec enim possum esse dominus sepulchri, ut fundi, propter religionem, sed possum ejus esse quasi dominus, *d. l. 2. §. quædam, l. sunt personæ 43. de relig.* Idemque de sacello dici potest, quod habeo in fundo meo, vel capella, ut Græci vocant: Unde in idiotismo factum est *capellæ* nomen: nam si quis eo me uti prohibeat, simile interdictum mihi dabitur, quod erit & de possessione, & de jure quasi dominii, & de jure quasi dominii, id est, an sacellum sit quasi meum. Et ita sunt interpretanda hæc verba in *d. l. 2. §. quædam, ff. de locis sacr. vel religios.* Ejusdem conditionis est interdictum *de liberis, vel libertis exhibendis*, quoniam in eo non tantum quæritur, an sint exhibendi (quæ possess. quæstio est) sed etiam an sint mei liberi, vel liberti, id est, quasi mei, *l. talem, §. 1. de hered. instit.* dixi quasi mei: Nam liber homo proprie non potest esse in dominio alterius, *l. 1. §. per hanc, D. de rei vindic.* Et de hoc interdicto ita agitur in *d. §. quædam*. Et nota, ut aliarum rerum est possessio, aliarum quasi possessio, ita aliarum esse proprietatem, aliarum quasi proprietatem, sive quasi dominium, quod idem

A est. Et interdictis etiam hujus generis adjecit Accursius interdictum *de arboribus cædendis*. Male, quoniam in eo nil quæritur de jure proprietatis, sed de possessione tantum, ut an arbor tua, quæ impendet in meas ædes, possessioni ædium mearum impedimento sit, ut si fit, succidatur. Illud etiam Accursius, quod jam supra recitavi, haudquaquam recte opinatur, superiora interdicta, quæ dixi, & possessionis, & proprietatis causam habere, proprietatis duntaxat causam habere, quoniam nulla usquam invenies talia. Et his quidem interdictis, quæ retuli, exceptis, quæ totam rem finiunt, alia interdicta, quæ sunt innumera, non finiunt, sed præparant causam proprietatis: non finiunt igitur totam rem, sed eis datis, superest actio proprietatis, quam *lex 3. tit. sequ.* vocat *secundam actionem*, in foro vocant *secundum caput rei, qua de agi-* B *tur*. Et in hac re valde notandum est, prætorem reddito interdicto non dare judicem, qui de possessione cognoscat, de qua jam ipse interdicendo judicavit, sed qui de proprietate cognoscat. Et hæc est mens Theophili in Institutionibus: quo perperam utuntur, qui ex eo incaute colligunt, interdicto addici judicem, qui de possessione judicet, quod perinde est, ac si diceret rem judicatam retractari: Nam hoc vult Theophilus, prætorem interdicentem de possessione, instruere, sive ῥυθμίζειν judicem datum in causa proprietatis, ut sciat quo ordine judicium illud procedere debeat. Denique interdictum esse ordinem, sive ῥυθμὸν de proprietate futuri judicii, *un reglement*, quo prætor constituit, in causa proprietatis quis futurus sit actor, quis reus. Etiam illud notandum, prætorem inter eos, qui de possessione, & proprietate C contendunt, protinus operam suam interponere, datis interdictis, quæ & ob eam rem *momenta* dicuntur in jure, & *momentariæ possessiones*, quod protinus interponantur sine ulla cunctatione, quoniam, ut idem Theophilus scribit, ea sæpe controversia procedit ad cædes, vel ad vulnera, vel ad plagas, id est, verbera, seu percussiones: Sic enim illo loco *plagas* interpretari oportet, pro verberum quolibet genere sine sanguine, sine solutione continui. Et male Latinus interpres Theophili *plagas inferre*, illo loco πληγὰς ἐπιφέρεσθαι interpretatur *ad manus venire*: Nam & vulnera inferre, est ad manus venire: Et si hoc voluisse Theophilus dixisset, ut solent Græci omnes auctores, ἐκ χεῖρας ἰέναι, vel εἰς χεῖρας ἐλθεῖν. Prætoris autem est, non pati, ut ad arma, cædes, vulnera, plagas prosiliant, quos potest sua jurisdictione componere, nimirum reddito interdicto quam D primum, *l. æquissimum, ff. de usufr.* Nec est omittenda definitio interdictorum, quam Justinianus proposuit *in Instit.* ut interdicta sint formæ, atque conceptiones verborum, quibus prætor jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet: quod maxime fit, inquit, cum de possessione, vel quasi possessione, inter aliquos contenditur. Et ait *maxime*, quia sunt quædam interdicta jam a me supra exposita, quæ & de proprietate causam admittunt, simul ac de possessione, non de proprietate sola. Et ait, *Formæ, atque conceptiones verborum*, pro quo Theophilus dixit ὁμιλίαν: *interdictum esse ὁμιλίαν prætoris*. Jurisconsultus, ex quo eam definitionem Justinianus sumpsit, meo judicio scripserat, *Interdicta esse formulas, non formas, & conceptiones verbo-* E *rum*. Sed Tribonianus ubicunque veteres usi sunt verbo (*formulæ*) vel reposuit (*verborum conceptio*) ut illo loco, & in definitione stipulationis, quia inde sustulerat formulas stipulationis: vel reposuit verbum *actio*. Veteres fere semper dicebant formulam, non actionem: formulam fam. ercisc. communi dividundo, finium regund. formulam hypothecariam, formulam Fabianam, formulam ad exhibendum. Et in fragmentis Pauli de injuriis, *sicut formula de injuriis posita est: quod Auli Agerii pugno mala percussa est*. Item, *formula, quod Numerius Nigidius illum immisit Aulo Agerio infamandi causa*. At Tribonianus hic nomen *formula*, ubique sustulit, quia sublatæ erant formulæ actionum a Constantino, id est, solemnia verba pernumerata, & per-

ſcripta a Juriſperitis. Et ante Conſtantinum formulæ in extraordinariis judiciis non obſervabantur, *l. actio.47. de negot. geſt.* Quamobrem ea lex in eis judiciis extraordinariis, ait, non obſervari ſubtilem differentiam inter actionem directam & utilem, quæ ſola conſiſtebat in formulis: quod confirmat *l. quamvis*, *§. ſi mulieri*, *D. ad Senatuſc. Vellej.* Uno tantum per incuriam Tribonianus reliquit formulæ verbum in *l. ſi ſervus navem*, *de furt.* Qui tamen locus etiam abeſt a Baſil. Puto ob eandem cauſam, quod formulæ obſolevissent, & eſt ſententia ejus legis digna, quæ vobis exponatur. Servus ſine voluntate domini navem exercuit, & in ea aliquid a vectore aliquo ſervandum recepit, quod vector alius furto ſuſtulit: ait, vulgarem formulam dari in dominum ſervi, ſi ſervus ipſe furtum fecit, qui navem exercet, noxalem, ſi vector, de peculio duntaxat. Et vulgarem formulam vocat, non ut quidam advocatus regis ſcripſit, *actionem de peculio*, quæ etiam adjectio eſt variarum actionum, non actio ſpecialis: ſed vulgarem formulam vocat actionem de recepto, quæ competit ex edicto nautæ, caupones, ſtabularii, vel de peculio duntaxat, vel noxaliter. Poſtremo loco adnotemus, verbum *dicere*, quod eſt prætorium, modo generaliter accipi pro jus dicere, quod verbum latiſſime patet, modo ſpecialiter pro edicere, quod eſt legem ponere, in *l.3. quamvis*, *de admin. tutor. quamvis prætor dicat*, in edicto ſcilicet, id eſt, edicat: modo interdicere de poſſeſſione, ut in *l. ult. in fin. ff. de precario*, *l. videamus*, *§. in Fabiana*, *de uſur. l. cum prætor*, *de verb. ſign.* Igitur nihil intereſt *dictum* dicas, *an interdictum*, ſed interdictum uſitatius eſt, cujus nominis rationes varias Juriſconſulti adferunt, ut ſolent, more Stoicorum, a quibus imbuti ſunt, in effingendis etymologiis eſſe liberrimi. Alii interdicta dici, quod interdicere ſit denuntiare, & prohibere, & ea proprie interdicta dicantur, quæ prohibitoria ſunt, quæ exhibitoria, vel reſtitutoria, decreta, non interdicta, *§. ſunt tamen*, *Inſtit. eod. tit.* quæ tamen differentia nuſquam obſervatur. Alii, interdicta dici, quod inter duos dicantur, *in dict. §. ſunt tamen*, quod veriverbium ſcitum eſt magis, quam verum. Alii, quod interim dicantur, quod fortaſſe verius eſt, quia interdicta interim duntaxat valent, quoad de proprietate judicatum ſit. Et ita hodie Hiſpani, qui ut ex ſermone, ita ex jure Romano plura retinent, quam ullæ aliæ nationes, interdictum vocant, *entretento*, id eſt, interim dictum, ut veteres loquebantur. Iſidorus, & ipſe homo Hiſp.5. Etym. *Interdictum eſt*, inquit, *quod a judice non in perpetuum*, *ſed pro reformando momento ad tempus interim dicitur*, *ſalva propoſitione ejus*, id eſt, ſalva quæſtione proprietatis. Et Anianus ad Paul. in tit. de injuriis: *Interdicta dicuntur*, *quaſi non perpetua*, *ſed ad tempus interim dicta*. Sic noſtri JC. ludunt in reddenda Etymol. depoſiti. Ulpian. *quod ponatur*, *& de*, eſſe intenſivam particulam. Paulus, *quaſi diu poſitum*. Nam quod ad breve tempus datur cuſtodiendum, id ait, non eſſe depoſitum, ſed ſervandum datum. Hæc ſunt, quæ ad Rubricam ſpectant, ad quam quæ ſcripſit Accurſius, omnia rectiſſima ſunt.

Ad L.I. Cum proponas, *radicibus arborum in vicina Agathangeli area poſitis creſcentibus*, *fundamentis domus tuæ periculum afferri*, *præſes*, *ad exemplum interdictorum*, *quæ in albo propoſita habet* (*prætor*) Si arbor in alienas ædes impendebit: *Item*, ſi in alienum agrum impendebit: *quibus oſtenditur*, *nec per arboris quidem occaſionem vicino nocere oportere*: *rem ad ſuam æquitatem rediget*.

IN lege prima agitur de interdicto de arboribus cædendis, quæ vicino nocent, cujus duo genera proponuntur in *l.1. de arborib. cædend.* Unum de arboribus adimendis, cui eſt locus in urbe, vel oppido inter vicinos: alterum de arboribus coercendis, cui eſt locus in agris inter eos, qui affines agros habent: olim illud dicebatur *de arboribus collucandis*: hoc vero dicebatur *de arboribus ſublucandis*, Paul.5. Sententiarum, *arbor*, inquit, *quæ in vicini agrum imminet*, *niſi a domino ſublucari non poteſt*, *iſque conveniendus eſt*, *ut eam ſublucet*: *quod ſi conventus dominus facere noluerit*, *a vicino luxuries ramorum compeſcatur*, *idque qualiſcunque dominus facere non prohibetur*. Sublucare igitur eſt luxuriem ramorum compeſcere, & coercere, quod prætor fieri interdicit, uſque ad quindecim pedes, e terra ſcilicet, veluti ſubtus miſſa luce, ut Feſtus ait. Collucare autem, ut idem ait, eſt arboribus ſuccisis locum implere luce. Interlucare, quo verbo Plinius ſæpiſſime utitur, eſt in ſylva, vel arbuſto inter arbores ramorum denſos amplexus amputare. Porro in urbe arbor vicini, quæ impendet in meas ædes, atque ita luminibus meis, vel alias poſſeſſioni meæ officit, ex interdicto collucari debet a domino arboris, vel ſi id dominus arboris facere nolit, eam collucare, & ligna mihi habere poſſum. Et eſt *collucare*, ut iterum apertius dicam, non circumcidere ramos, ſed arborem fluentem in meas ædes, totam ſtirpitus ſuccidere, vel ut recentes loquuti ſunt, adimere, *l.1. §. ſi arbor*, *de arb. cæd.* Et competit interdictum non tantum domino ædium, in quas arbor vicini impendet, ſed etiam fructuario, quia intereſt etiam fructuarii arborem iſtam non impendere, *d. l.1. §. non ſolum*. Et hoc eſt, quod ſupra dixit Paulus, qualemcunque dominum, id eſt, ſive proprietarium, ſive fructuarium per interdictum obtinere poſſe, ut ceſſante domino arboris, ipſe non prohibeatur arborem ſuccidere, & ligna tollere. In agris autem arbor vicini, quæ impendet in fundum meum, & umbra ſua meæ poſſeſſioni nocet, ſublucanda tantum ramis ſupputatis, & coercenda eſt, quia non omnis arbor, non omnes rami mihi officiunt, ſed ii tantum, qui a terra ſubtus excreſcunt, uſque ad quindecim pedes, ut prætor definivit ex lege 12. tabul. *d. l.1. §. pen. & l.2. eod. tit.* Et eatenus duntaxat ſupputandi ſunt rami, non uſque ad ſummum cacumen arboris. Ad hæc quæritur in hac *l.1.* quid ſit dicendum, ſi non arboris vicini rami impendeant in meas ædes, ſed radices ejus arboris porrigantur in meas ædes, & ſubruant fundamenta ædium mearum, aut eis periculum afferant, an mihi interdictum competit, ut arbor ſuccidatur? Et hæc lex oſtendit competere interdictum ad exemplum ſuperioris interdicti, id eſt, utile interdictum de arboribus cæd. Nam in jure ſemper his verbis, *ad exemplum illius*, *vel illius actionis actionem dari*; ſignificatur illam actionem dari, non directam, ſed utilem. Ergo hoc etiam caſu, quoties radices arboris vicini officiunt ædibus meis, mihi competit utile interdictum, ut ſi vicinus nolit arborem ſuccidere, & collucare, ego non prohibear eam collucare, vel ſuccidere, ut ſicut per arboris e terra ſe ſuſtollentis, ita per radicum ejus cauſam nihil fiat, quod ædibus meis noceat, fundamentis forte ædium mearum concuſſis, & convulſis. Et hæc conſtitutio declarat, quemadmodum ſit accipiendum, quod ait *l. ſi plures*, *§. ſi arbor*, *D. arborum furt. cæſ.* Si arbor vicini in vicinum prædium radices porrexerit, recidere eas vicino non licere, ſi radices porrexerit in ædes meas, recidere eas mihi non licere, ſed me agere debere civili actione, jus non eſſe vicino radices arboris ſuæ in ædes meas immiſſas habere: & addendum, vel agere interdicto utili, ut arbor ſuccidatur ex hac Conſtitutione, & Accurſius nihil referre ait, an arbor fuerit ſata propius ædes meas intermiſſo ſpatio legitimo 5. pedum, quod debet intermitti, aut quod debet intermittere, qui ſerit arborem ex duodecim tabul. ut *l. ult. ff. fin. regund.* an non intermiſſum fuerit legitimum ſpatium; quæ adnotatio huic loco non convenit, quo agitur de arbore ſata in urbe propius ædes vicini. Illa autem lex 12. tabul. pertinet ad agros tantum, ut ſcilicet oleæ, & ficus, quæ ſeruntur, abſint a vicino 9. pedes, ceteræ arbores quinque pedes, majore ſpatio intermittendo in ſerenda olea, & fico, propterea quod harum arborum radices longius ſerpunt, & defrugant fundum vicini, ſi in eum ſe immittant, ſucco fundi, ſive alitura ei ſubrepta. Et copioſæ ſunt radi-

ces

ces in fico, in olea crassiores, & ramosæ: Quamobrem in serendis oleis etiam jubet intermitti 30. pedes, cum in aliis arboribus satis sit intermitti 9. pedes, & aliquanto plus in fico, ut disces ex Plinio 16. & 17. & Plutarcho in Solone. In urbe autem serendæ arbori nullum a vicino intervallum, quod servari oporteat scriptum invenitur, sed hoc tantum in hac *l.1.* ut si radices arboris tuæ periculum adferant fundamentis ædium mearum, sit mihi in te utile interdictum de arbore succidenda. Et in agris maxime notandum est, arborem, quæ ex fundo vicini quasdam, non omnes radices fundit in fundum meum, manere in dominio ejus, in cujus fundo oritur, nec communem fieri, licet utrinque alatur. At si omnes radices immiserit, & coaluerit penitus in fundo meo, mea fit: quia in fundo meo alitur tota, & dominio ejus abscedit, in cujus fundo oritur, non item alitur, quod ostendit *lex 5. §. de arbore, de rei vindic. l.7. §. ult. de adquir. rer. domin.* Et hanc esse veterem legem Theophilactus Rhetor scribit in epistola, cujus initium est, αι συκαι σῦ, &c. Et totius Epistolæ sententia hæc est: *Ficus in agrum meum radices omnes suas immiserunt, renuentes esse in dominio tuo, & a te transfugientes, ut mihi fructum largiantur paula adhibita mea cura, quæ est lex vetus agricolarum, cui te vetustum jam, & senem parere compellit: quod si non feceris, & legi nostræ veteri adversatus fueris, nos te tanquam novum legislatorem rerum rusticarum repudiabimus, & finibus nostris tanquam peregrinum extorrem faciemus.* Ergo vides arborem vicini, quæ fudit omnes radices suas in meum fundum, meam esse, & vicini esse desinere. Sed non est omittendum, vicino tamen in me dari utilem actionem in rem, vel potius in factum, ut ei præstem æstimationem arboris, argumento *legis si mulier, §. ult. D. de donat. int. vir. & uxor. & §. si quis in aliena, Instit. de rer. divis.* Et hæc quidem ita se habent, si arbor non sit posita in confinio: Nam si fit posita in confinio, vel prope confinium, quod idem est, cujus fundi succo alitur tota, ejus est dominii jure, sed si utrunque fundum altorem habet, communis est pro diviso, id est, pro regione cujusque fundi, *d. l.7. §. ult. & l. arbor. D. comm. divid.* Ad hæc notandum est ex his verbis legis primæ, *interdictorum, quæ in albo proposita sunt*: ut actiones, sic interdicta proponi, & promitti in albo prætoris, edicto scil. prætoris, ut apud Paul. 4. *Setent.* edicto perpetuo cavetur, ut interdicto reddito agi possit. Ex quo liquido apparet, quid distet edictum ab interdicto, id nimirum, quo distat ab actione, quo promissor a re promissa. Et priusquam finiam quæstionem *h. l.* monendi estis, cum ea esse conjungendam *l.3. de ædific. priv.* In qua etiam agitur de periculo ruinæ ædium, ut in ista, & est utriusque inscriptio & subscriptio eadem. Et vult illa, ut si corruerint ædes in civitate, an restitui debeant in pristinam faciem, necne, an converti possint in hortum, vel aream, hoc pertinere ad cognitionem præsidis provinciæ, cujus proprium est conspicere ædificia, & conservare ornatum urbium, ne deformetur urbium aspectus ruinis: & consuetudinem etiam civitatis spectandam esse, ac pro consuetudine, vel converti ædes collapsas in aliam speciem, vel in pristinam restitui, ut in *l. præses provinciæ, inspectis ædificiis, D. de offic. præsid.*

Ad L. II. Præses provinciæ *in eum, qui ejusdem provinciæ non est, nec ex interdicto potest cognoscere.*

CUM l.2. conjungenda est *l.1. sup. ubi de hered. agat.* Cujus etiam eadem est inscriptio & subscriptio, & in re coeunt hoc modo. Si sit controversia de hereditate inter heredem scriptum & legitimum, vel substitutum, heres scriptus recte desiderat se interim mitti in possessionem rerum hereditariarum, quas testator possedit mortis tempore ex edicto D. Adriani, vel hodie ex edicto Justin. ut est scriptum *sup. in tit. de edict. D. Adr. tollen.* quoad de hereditate judicatum sit. Et hoc quidem desiderat a præside ejus provinciæ, in qua sunt res hereditariæ, tum de hereditate ipsa litigat, id est,
A jure proprietatis apud eundem præsidem, si reus sit ejusdem provinciæ, id est, si subditus sit ejus præsidis jurisdictioni: Nam si reus sit alterius provinciæ, apud alterum præsidem est cum eo agendum petitione hereditatis, non apud præsidem, in cujus provincia sita sunt bona hereditaria. Ergo restat ex *d. l.1.* præsidem non posse cognoscere de proprietate in eum, qui non est ejusdem provinciæ. Nunc additur in hac lege secunda, etiam ex interdicto, id est, de possessione, eum non posse cognoscere in eum, qui non est ejusdem provinciæ, quamvis scilicet (& hæc est ratio dubitandi in hac lege) quæstio de possessione non sit tanti momenti, quia temporaria est possessio, quanti quæstio de proprietate, quæ totam rem finit. Igitur (*neque ex interdicto*) hoc loco, id est, de possessione: Nam nulla sunt interdicta,
B quæ possessionis causam non contineant, vel solam, vel mixtam cum causa proprietatis, quod heri ostendimus. Adversus hanc legem 2. videtur Accurs. opponere *l. non tantum, §. sed Articulejano, ff. de fideicomm. libert.* Species hæc est. Quidam testamentum faciens in provincia Lugdunensi, rogavit heredem, ut illum servum manumitteret, heredem, inquam, qui erat alterius provinciæ. Heres non manumittit, & abest a provincia Lugdunensi justa ex causa, dum consistit in suis sedibus, & domicilio suo, ut ait *l. si eum, in fi. eod.* Quid fiet? Servus poterit adire præsidem provinciæ Lugdunensis, ut quando heres rogatus abest justa ex causa, pronuntiet servum esse liberum. Et rata est libertatis datio, licet heres non sit ejusdem provinciæ: sed hoc ita constitutum est nominatim ex Senatusconsulto Articulejano, *d. l. non tantum,*
C *§. sed & Articulejano,* favore libertatis.

Ad L. III. Incerti juris non est, *orta proprietatis, & possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quæstionem competentibus actionibus, ut ex hoc, ordine facto, de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur. Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.*

Ad L. IV. Si quis quodlibet *interdictum efflagitet: ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere, ac suas allegationes jubeatur proponere.*

EX lege tertia inter cetera intelligimus hodie omnia judicia esse extraordinaria. Hoc enim proponitur
D in *Institut. eod. tit. §. ult.* & in *tit. de success. subl.* Et iis verbis (*omnia judicia esse extraordinaria*) significatur, in judiciis hodie non observari priscum & solemnem ordinem legum, non observari subtilitatem, non scrupulosam & nimiam diligentiam Jurisconsultorum, in judiciis exercendis non observari formulas juris, ut *l. actio, de negot. gest.* nullam observari solemnitatem, puta in vindicatione fundi, ut ex fundo litigantes in jus ad prætorem deferant unam glebam, unum cespitem, quod olim fieri solebat, & in ea gleba tanquam in toto fundo vindicent, quod exposuit A. Gellius *lib.20.* Non componi etiam verba prætoris, ut olim, ne quid ipse sua sponte loqueretur, non dici viam litigantibus, quam juberentur ire & redire in judicium, quem ritum M. Tull. exposuit in oratione pro L. Muræna: *Et priscis iisdemque*
E *barbaris*, etiam *ridiculum fuisse*, ait, *ut homines, cum recte in loco constitissent, juberentur abire, & mox unde abiissent, eodem reverti.* Sicut nos hodie Turcæ derident, cum cernunt deambulantes, & subinde eandem viam euntes & redeuntes. *Cur*, inquiunt, *in loco non consistunt, in quem pervenerunt, sed ex eo mox recedunt, ut & mox in eundem revertantur eadem via?* Et ita Volones populos quosdam Hispaniæ Strabo lib.3. scribit, cum primum vidissent milites Rom. ἀνακάμπτοντας, id est, reflectentes subinde eandem viam spatiandi gratia, vertigine agi, & insanire existimasse, & veluti pietate ductos, illis se viæ duces obtulisse. Sed hæc mittamus, quæ tamen in judiciis servabantur, antequam lis contestaretur, ut juberentur litigantes *viam ire & redire*, & quasi deambulare

re ante conflictum. Hoc cum agitur extra ordinem non fit. Et addamus, etiam in actionibus civilibus, quæ pœnæ persecutionem habent, cum extra ordinem agitur, non servari pœnam legitimam, ut in actione furti non observatur pœna dupli, vel quadrupli, quia judicia sunt extraordinaria, nec in judiciis attendimus pœnam legitimam, sed fur deducitur ad præfectum vigilum, vel præsidem, ut domino restituta re & pecunia furto sublata in simplum, corporali supplicio pœnam luat. Quam viam qui eligit, proculdubio amittit actionem furti in duplum, vel quadruplum. Et hanc utique viam hodie omnes eligunt, contenti restitutione rei sublatæ, & magis cupidi pœnæ corporalis, quæ infligatur furi, quam pœnæ pecuniariæ in duplum, vel quadruplum, quæ ad eos redeat, quibus furtum factum est, *l. interdictum*, §. *qui furem*, *de furt.* quæ est in eam rem elegantissima. Et ita in judiciis criminalibus ordo legum, quo olim ea judicia exercebantur solemniter, ritus eorum judiciorum exercendorum non observatur, *l. ordo*, *de publ. judic.* Denique judicia criminalia non peraguntur ex ordine, id est, rite & solemniter, ut in illo loco Virgilii: *Solvique ex ordine funes*, & illo loco, *Phrygiamque ex ordine matrem invocat*, sed peraguntur temere, tumultuose, extra ordinem, id est, non observato ordine rituque legitimo. Ordinarium, solemne, legitimum, idem est. Et his est adversum quod extraordinarium dicimus. Svetonius in Vespasiano, *Nil extra ordinem indulsit, & legitima præmia non nisi sero persolvit*. Opponit legitima præmia extraordinariis. Idem in Augusto: *Non legitimos atque ordinarios pugiles modo, sed & catervarios, pugnantes temere, & sine arte*. Tertullianus in libro de fuga in persecutione: *In legitima oratione*, inquit, *cum dicimus ad patrem: Ne nos inducas in tentationem*. In legitima oratione, quia ceteræ orationes extraordinariæ sunt. Una legitima, quam ore suo sanctissimo Dominus noster nobis edidit atque composuit. Addamus etiam pœnas criminum legitimas in usu esse desiisse, & indici pœnas extraordinarias judicum arbitrio, *l. 2. de prævaricator. l. lex*, §. *ult. D. ad leg. Jul. repetund. l. ult. D. ad leg. Fab. de plagiar. l. hodie*, *de pœn. l. in Senatusconsultum*, §. *an ad eos*, *D. ad Turpill.* Quamobrem hodie pœna appellari potest, cum tamen olim non posset appellari a pœna legitima, quia a lege non est appellatio, *l. si qua pœna*, *D. de verbor. signific.* Etiam addamus, quod est in *l. 2. ex quib. caus. major.* hodie majores 25. annis per absentiam suam, vel alterius læsos, in integrum non restitui a prætore ex edicto: sed ex Constitutionibus, vel Senatusconsultis extra ordinem in integrum restitui a principe solo, quod fit hodie, vel a senatu: Nam etiam minores quam 25. annis nati, non restituuntur in integrum a prætore ex edicto: sed ex Constitutionibus a Principe solo. Apud Cassiodorum lib. 4. epist. 35. *ex rescripto regis ad Actores Albini minoris 25. annis, Albinus restituitur in integrum*. Eleganter Tertullianus in Apologetico: *Veterem, & squallentem sylvam legum novis principalium edictorum, & rescriptorum securibus truncari, & cædi*, id est, *res agi extra ordinem pro libidine principis*, id est, *non jure directo, non ex præscripto legum*. Et similiter litis futuræ denuntiationes solemnes, quæ olim fiebant, & condictiones dicebantur, ut in jure Augurali. Servius in illum locum Virgil.

Tertia lux classem, Greteis sistet in oris.

Condictionem esse denuntiationem, cum denuntiabatur, ut ante tertium diem quis ad inaugurandum adesset. Hæ, inquam, condictiones, & denuntiationes solemnes futuræ litis hodie non sunt in usu, nec tempora, quæ post denuntiationem utrique parti dabantur ad causam agendam, §. *sic itaque*, *Instit. de action. l. 1. C. Th. de denunt. vel edit. rescript. &c.* Quia judicia sunt extraordinaria, non legitima. Et eadem ratione hodie interdictis proprie non utimur: sed statim agimus missis solemnibus, utili actione ad instar interdicti, quæ & extraordinaria actio dicitur in tit. *ff. de interdictis, sive extraordinariis actionibus, quæ pro his competunt*, quibus scilicet magis utimur: quia interdicta sunt juris ordinarii, quo non utimur. Post hanc actionem utilem, quæ continet causam possessionis, vel quasi possessionis, agimus rei vindicatione, vel petitione hereditatis apud eundem judicem, non apud alium, *l. ordinarii*, *sup. de rei vindic. l. nulli*, *sup. de jud. cap. 1. extra*, *de causa possess. & propriet.* Non ut olim, de possessione apud prætorem: de proprietate, id est, de jure dominii apud pedaneum judicem. Sed hodie, ut dixi, utraque quæstio vertitur finiturque apud eundem judicem, nec observantur illæ solemnes denuntiationes, quæ olim observabantur in interdictis, ut indicat *l. 6. C. Th. de denuntiat. & edit. rescripti.* quæ etiam abolentur in *l. 4. h. tit.* Nam *lex 4.* ambages vocat *denuntiationes* illas, & condictiones solemnes, ut patet ex *d. l. 6.* Et ait hæc *lex 4. ruptis veteribus ambagibus*, id est, prætermissis illis condictionibus solemnibus, inter ipsa cognitionum auspicia, id est, statim ab initio actionem exprimendam esse, id est, utilem actionem, qua agitur ex causa interdicti, puta exprimi debere causam interdicti, ex qua agitur utili actione, puta agi ex causa interdicti unde vi, vel ex causa interdicti quorum bonorum, vel quod vi aut clam, &c. Et ita *l. 3. h. tit.* ait, in extraordinariis judiciis, quibus utimur scilicet, non uti nos proprie interdictis, sed agere ad exemplum interdictorum: exemplum, umbram, imaginem sequimur, & effectum, non ordinem, & solemnia exercendorum interdictorum, ut in *l. 2. & 4. inf. unde vi*, *l. ult. inf. de lib. exhib. l. ult. sup. de act. emp.* Nam jus directum & ordinarium, quo per interdictum litigabatur, ut Frontinus & Urbicus libro de limitibus agrorum scribunt, *de possessione esse controversiam, cum de totius fundi statu per interdictum, hoc est, jure ordinario litigatur*. Et ad summam, hodie hic est exitus controversiæ de possessione & proprietate, ut de utroque simul agi possit, id est, ut utraque quæstio possit cumulari, cujuscunque interdicti causa fuerit, vel adipiscendæ, vel recuperandæ, vel retinendæ, ut in *l. naturaliter*, §. *nil commune*, *de adquir. possess. & l. cum fundum*, §. *ult. de vi & vi arm.* quod latius explicat *Observat. 7. cap. 38. & Observat. 9. cap. 36.* Et judex quoque, si velit, utramque quæstionem de possessione & proprietate connectet, & simul judicabit atque finiet. Quod ne quis laboret in hac re, in epistol. Symmachus etiam constitutum fuisse ait: vel etiam (quod est frequentius) si hoc malit judex, dividat causam possessionis, & causam proprietatis: ac facta divisione competentibus actionibus, ut ait *l. 3.* id est, utilibus actionibus ex causa interdictorum, prius quæstio de possessione decidenda est, ut ex hoc ordine facto, inquit, id est, ut deinde peracto ordine, vel, ut dicam explicatius, ordinato & præparato judicio proprietatis, & de possessione dicta sententia, tum quæratur de proprietate; & probationes dominii ab eo exigantur, qui succubuit in judicio possessorio: Nam ut interdictum, ita utilem actionem hodie, & extraordinariam recte dicemus esse ῥυθμὸν, & ordinationem futuri judicii petitorii: & hoc solum hodie retinemus ex jure ordinario, *d. l. ordinarii*, *sup. de rei vindic.* Monendi estis ad extremum male vulgo existimari, idem quod habetur in hac *l. 3.* ut divisis causis, prius disceptetur de causa possessionis, quam proprietatis, idem contineri in *l. 1. sup. de appellat.* & in *l. si de vi*, *D. de judic.* cum in dict. *l. 1.* hoc duntaxat decernat D. Severus, ut prius finiatur lis civilis, & de possessione & de proprietate, quam agatur de crimine vis illatæ possessori, de crimine interversæ possessionis, quod decretum pugnat cum rescripto Hadriani, quod præferebat causam criminalem de vi, causæ de possessione & de proprietate, in *d. l. si de vi*: sed decretum Divi Severi tanquam posterius magis sequendum est, quod etiam posteriores principes approbaverunt in *l. si quis*, *infra*, *ad legem Juliam de vi*.

AD

AD TITULUM II.

QUORUM BONORUM.

POST titulum generalem de interdictis, datur specialis hic, & is, qui sequitur de interdictis apiscendæ possessionis, ut est scriptum Flor. titulus 4. & 5. de interdictis reciperandæ possessionis: titulus 6. de interdictis retinendæ possessionis. Hæc enim est una divisio interdictorum, quod alia sint apiscendæ, alia reciperandæ, alia retinendæ possessionis, quam notavit etiam Ausonius in Grypho ternarii: *Interdictorum*, inquit, *trinum genus, unde repulsus vi fuero, aut utrubi fuerit, quorumque bonorum*. Apiscendæ possessionis interdicta sunt, quæ competunt iis, qui ante nacti non sunt possessionem: Et ex eo genere est interdictum quorum bonorum, de quo agitur hoc titulo, quod sic appellatur a primis verbis edicti, quo promittitur, ut in *l. 1. tit. super.* Interdictum, *si arbor in ædes alienas impenderit*: & in titul. seq. *Interdictum quorum legatorum, & interdictum quod vi aut clam, Interdictum uti possidetis, Interdictum unde vi*. Qualitates interdictorum per principia edictorum, quibus ea se daturum prætor pollicetur, ostenduntur, ut actiones quoque a primis verbis edictorum. Actio si certum petetur, quæ est de credita pecunia, actio si quadrup. pauperiem fecisse dicetur, quæ aliud nomen non habet, quam quod ita sumit ab initio edicti, & actio quod jussu, & actio quod metus causa, ut Hebræi libros sacros his verbis nominant, a quibus incipiunt, ut librum Geneseos, librum *In principio*: librum Exodi, librum *hæc sunt nomina*: librum Levit. lib. *vocavit*: librum Numerorum, vocant, librum *locutus est*: Deuteronomii, librum *hæc sunt verba*. Porro interdictum quorum bonorum competit ei, cui prætor dedit bonorum possessionem ex testamento, vel ab intestato. Hæc a prætore datur de plano, sine causæ cognitione cuilibet petenti, nulla ab eo exacta probatione cujusquam rei: *comme au Palais on baille des lettres de Chancellerie*: Ita etiam possessiones bonorum cuilibet dantur temere, & inexcusso jure petentis bonorum possessionem, & quæ data est, tribuit tantum jus agendi, jus instituendæ litis, jus persequendi patrimonii, quod cujusque cum moritur fuerit, non etiam tribuit corporalem possessionem rerum: Nec enim bonorum possessio sic accipitur, ut rerum possessio. Rerum possessio est facti & corporis, cum quis incumbit rebus, insidetque suo corpore: bonorum possessio est juris, id est, jus successionis, non detentio rerum, *l. 3. §. 1. de bonor. possess.* Ergo postquam agnovi bonorum possess. si velim rerum hereditariarum possessionem, quam alius tenet, adipisci, uti debeo adversus illum interdicto quorum bonorum *mihi possessio data est, &c.* ut scilicet confestim in me transferat possessionem, confestim, & ut ait *l. 3. h. tit. omnibus frustrationibus amputatis*, id est, quod maxime notandum, remota denuntiatione solemni, & observatione temporum: sic enim etiam accipienda esse hæc verba, *ruptis veteribus ambagibus* in *l. 4. sup. tit.* quæ est eorundem Imperatorum, heri evidenter ostendimus, & nunc dico eandem interpretationem esse adhibendam ad hæc verba *l. 3. h. tit. omnibus frustrationibus*, denunciationibus scilicet, quæ olim servabantur, & rem trahebant, amputatis. At notandum agentem interdicto quorum bonorum, non aliter adepturum possessionem rei, quam si judici probaverit se esse fratrem, si tanquam frater petierit bonorum possessionem unde legitimi, ut in *l. 3.* vel si probaverit, se esse filium defuncti, si tanquam filius præteritus ante petierit bonorum possessionem contra tabul. ut in specie *l. 1. h. tit.* Hoc etiam exigitur, ut probet se bonorum possessionem agnovisse, *qu'il montre son tiltre*, id est, causam agendi interdicto. Causa est bonorum possessio, quam agnovit. Ut probet etiam eam bonorum possessionem fuisse cum re, id est, cum

A effectu, quod est in *l. 2.* integrum esse negotium, id est, post agnitam bonorum possessionem neminem ei hereditatem jure civili evicisse: ideoque in principio *l. 1. hoc tit.* hereditatem petiturus, id est, de apiscenda possessione rerum hereditariarum acturus, judicibus, inquit, allega de fide intentionis, id est, proba te esse filium, proba te bonorum possessionem agnovisse. Unde notandum est, interdictum quorum bonorum dari tantum bonorum possessori, non heredi, qui jure civili extitit: nam prætor suos tantum successores tuetur: Et ideo in hac etiam *l. 1.* illo loco, *hereditatem, vel bonorum possessionem*, illud (*vel*) est adjectum ἐκ τοῦ παραλλήλου, *comme s'il vouloit dire*, id est, ut hereditatis nomine intelligeremus bonorum possessionem, ut *l. 139. D. de verb. signific.* ait, *bonorum possessionem etiam hereditatis appellatione* B *significari*, alioqui ex illo loco hujus legis primæ, sequeretur interdictum quorum bonorum etiam heredi dari, quod est falsum, cum ei tantum detur, qui vice heredis est, id est, bonorum possessori, sive heredi prætorio. Item notandum interdictum quorum bonorum dari tantum adversus eum, qui pro herede, vel pro possessore possidet rem hereditariam, vel dolo desiit possidere, ut in *l. 2. h. tit.* quia dolus pro possessione est. Et ob id Arrianus Jurisconsultus in lib. de interdictis exposuit, quis possideret pro herede, *l. 11. de petit. hered.* propter interdictum quorum bonorum scilicet, quod competit tantum adversus eum, qui possidet pro herede, vel pro possessore. Et is quidem possidet pro herede, qui putat se heredem esse, cum non sit, vel se bonorum possessorem esse, vel etiam, qui sciens se heredem non esse, agit se pro C herede, & interrogatus quo titulo possideat, respondet *pro herede*. Pro possessore autem possidet prædo, qui interrogatus quo titulo possideat, impudenter respondet, versa interrogatione in responsionem, quia possideo, nec aliam possessionis suæ causam adfert: Et ut petitio hereditatis, quam hoc interdictum ordinat, & præparat, ita etiam hoc interdictum, quod quorum bonorum appellatur, datur in eum tantum, qui pro herede, vel pro possessore possidet rem hereditariam, licet minimam, *§. adipiscendæ, Inst. de interd. l. hoc amplius, de furt. l. licet minimam, de pet. hered. l. cum enim, D. si quis omiss. caus. test.* Nam licet hæc judicia ad universitatem bonorum pertineant, & qui agit, universa bona persequatur, & sua esse petat, tamen id tantum consequitur, quod is, cum quo agit ex bonis hereditariis possidere D deprehenditur, quantumvis licet minimum sit. Denique, quod notandum, horum judiciorum instituendorum forma sumitur ex persona, id est, ex jure petitoris, quod habet in universa bona: condemnatio autem fit ex persona possessoris, id est, pro modo ejus, qui possidet, ut in id tantum restituendum petitori damnetur. At quæso videamus, cur hæc judicia petitionis hereditatis, & interdicti quorum bonorum non reddantur etiam in eos, qui alio titulo possident, veluti pro emptore, pro dote, pro donato, pro legato, cur adversus istos etiam non redduntur? Et vera ratio est, quia non est de hereditate, sive successione universorum bonorum par justaque contentio, *la partie n'est pas bien faicte*, nisi cum eo, qui etiam se heredem esse, vel successorem contendit, nisi uterque dicat, *se esse heredem*, & is, qui agit, & is, quo E cum agitur, ut si possideat pro herede. Qui autem possidet pro possessore, cum nullam aliam adferat causam possessionis suæ, ut heres possidere præsumitur, cum etiam paratus sit subire judicium de hereditate, aut possessione hereditatis. Qui autem alio titulo possidet, veluti pro emptore, mihi dicenti, *hereditatem, aut universitatem bonorum ad me pertinere*, non facit controversiam universitatis: nec enim *eam*, dicit, *ad se potius pertinere*, sed dicit, *se rei, quam possidet, dominium ex causa emptionis adquisisse*: quæ oratio non repugnat meæ. Ergo non est mihi justus adversarius. Et ita gloss. in *l. penult. sup. ex quibus caus. cess. longi temp. præscr.* & Græci Interp. ad *l. 9. D. de petit. hered.* quod qui possidet pro herede ἀπόνοιαν δίδωσι, &c. id est, *facit, cum nullam dicat causam suæ possessio-*

sessionis, qui pro possessore possidet, ut suspicemur eum possidere ut heredem, ut jure ineamus cum eo certamen de hereditate. Hæc ratio est valde notanda, propter quam comparatum est, ut petitio hereditatis, & interdictum quorum bonorum non detur, nisi adversus eum, qui rem hereditariam possidet pro herede, vel pro possessore, quoniam is solus facit controversiam hereditatis. Ceterum addamus, possessione bonorum in possessorem translata per interdictum quorum bonorum, eum, a quo translata est possessio, eum, qui possessione cecidit, si velit, posse agere petitione hereditatis, id est, petitorio judicio, probantem scilicet hereditatem ad se potius pertinere, quæ secunda actio dicitur *in l. 3. hujus tit.* quia sequitur judicium possessorium, id est, interdictum quorum bonorum. Et in *d. l.* hoc est valde singulare, quod ait, *legem naturæ ab intestato vocare fratrem ad successionem fratris*: Nam consanguinei in ea *l.* ut semper in jure sunt fratres, non omnes cognati, sed fratres tantum in jure, *consanguinei* dicuntur. Non igitur filium tantum natura vocat ad successionem patris, *l. cum ratio, in prin. de bon. damnat.* sed etiam fratrem ad fratris vel sororis successionem. Nihil aliud restat, quam quod ad hæc quæri potest, cur interdictum quorum bonorum, quod hactenus semper contulimus cum petitione hereditatis, non datur in debitorem hereditarium, id est, in quasi possessorem juris: Nam debitor hereditarius est quasi possessor juris: sed datur tantum in possessorem corporum hereditariorum, *l. 2. eod. tit.* cum tamen petitio hereditatis, quæ est etiam de universitate, detur in debitorem hereditarium, *l. regulariter, l. etiam, §. ult. de pet. hered.* Et ut breve faciam, ratio differentiæ est, quia petitio hereditatis persequitur jus omne, quod defunctus habuit: interdictum quorum bonorum possessionem tantum corporalem rerum, quas defunctus possedit mortis tempore; interdictum, possessionis causam continet: petitio hereditatis, causam juris.

AD TITULUM III.

QUOD LEGATORUM.

IN hoc titulo proponitur aliud interdictum, quod ipsum etiam est apiscendæ possessionis, & a primis verbis edicti appellatur, *Quod legatorum*, sic est emendandus titulus, non *quorum legatorum*. Hæc enim sunt fere verba edicti: *ut quod legatorum nomine, quis sine voluntate ejus, ad quem ea res pertinet, possidet, vel dolo malo fecit, quo magis desineret possidere, id illi restituat, si satisdatum sit legatorum nomine, vel s. per illum non stet, ut satisdetur*. Ergo a primis verbis, *ut in Pandect. Florent.* appellatur *interdictum quod legatorum*, non *quorum legatorum*. Dico *sine voluntate ejus, ad quem ea res pertinet*, puta heredis, aut bonorum possessoris, cui incumbit onus præstandorum legatorum, & interest heredis, ut ea ipse præstet, non etiam occupet legatarius sine sua voluntate. Non quidem semper qua de causa, nec semper heredi datur interdictum quod legatorum, sed ita demum (quæ est vis totius interdicti) si interveniat lex Falcidia, puta legatis onerata, vel exhausta hereditate, quia Falcidiam olim heres sibi servabat, non ipso jure per vindicationem, sed per retentionem tantum rei legatæ: hodie etiam per vindicationem, ex Constitutione Justin. *l. pen. sup. ad leg. Falcid.* Olim (ut dixi) heres tantum habuit retentionem Falcidiæ: & ideo legatario occupante possessionem rei legatæ vacuam non ex voluntate heredis, heredi necessarium erat interdictum quod legatorum, ut recepta re legata per ejus retentionem sibi servaret Falcidiam, quam sibi servare aliter non poterat, quod constitutio hujus tituli evidenter ostendit, & de fideicommissario idem statuit, qui rem per fideicommissum relictam occupavit, sine voluntate heredis. Unde, quod Ulpianus ait in vexata illa lege 1. *de leg.* 1. per omnia esse exæquata legata fideicom- **A** missis (quoniam ea lex tracta est ex *lib. 79. ad edictum*, Ulpianus tractavit de interdicto quod legatorum) dixi jamdiu, id tantum pertinere ad interdictum quod legatorum, & legem Falcidiam: nec enim dicit per omnia & in omnibus, ut *l. 2. §. furiosus, de jure codicill.* ait *furiosum per omnia & in omnibus absentis loco haberi*. Ergo in illa *l. 1. per omnia*, non *in omnibus*, sed in lege Falcidia tantum, & interdicto quod legatorum, quod Falcidiæ ex legatis, aut fideicommissis servandæ causa heredi, aut bonorum possessori, aut heredi heredis competit. Et hoc item aperte confirmat *l. 1. §. si quis ex mortis, D. quod legat.* quæ docet in donationibus causa mortis cessare interdictum quod legatorum, quamvis alias instar legatorum obtineant, & ex eis quoque placeat detrahi Falcidiam ex constitutione Severi. Sed cessat tamen in **B** eis interdictum quod legatorum, ut eo non possit heres rem donatam a possessore retrahere, & via retentionis mox detrahere Falcidiam. Et ratio hæc est, quia hoc interdictum datur tantum ei, cujus interest, *l. ult. §. ex hoc interdicto, D. eod. tit.* Et heredis nihil interest, ut ad se redeat possessio rei donatæ mortis causa, Falcidiæ deducendæ gratia, propterea quod idem D. Severus ex donationibus causa mortis ei dedit vindicationem Falcidiæ, *d. l. pen. sup. ad l. Falcid. & l. cum pater, §. mater, & §. Mævio, de leg. 2.* quia princeps ille videbat heredem non posse retinere id quod jam donando defunctus corporaliter transtulerat in donatarium. Igitur, quia hoc casu heres vindicationem habet Falcidiæ ipso jure, supervacuum ei est interdictum quod legatorum. Et eadem ratione si legatarius possessionem rei legatæ non **C** occupaverit post mortem testatoris, sed mortis tempore res legata apud eum fuerit, quia hoc etiam casu heredi competit vindicatio Falcidiæ, propterea quod retinendæ rei legatæ facultatem non habuit, cessat interdictum quod legatorum, id est, supervacuum heredi est, *l. lineam, ad leg. Falcid.* quamvis eo uti non prohibeatur, si malit retentione Falcidiæ, quam vindicatione uti. Unde consequens est, hodie supervacuum esse interdictum quod legatorum, quia a Justiniano, ut dixi, generaliter provisum est heredi ipso jure data vindicatione Falcidiæ, nec tamen ab eo interdicto, quamvis supervacuo heredem repellit, qui eo voluerit uti oblata satisdatione legatorum nomine: nec enim heres hoc interdicto legatario evincebat possessionem, nisi cavisset legatario de præstando quandoque legato, & cavisset datis fidejus- **D** soribus, id est, satisdato.

AD TITULUM IV.

UNDE VI.

IN hoc titulo proponitur interdictum, quod reciperandæ possessionis causa ei competit, qui de possessione fundi, vel ædium vi dejectus est, quod appellatur *unde vi*, nec omnino idem est, quod beneficium redintegrandæ possessionis, quo hodie utimur: nam huic locus est, etiamsi non vi, sed dolo, vel metu, vel alio modo aliena possessio occupata sit, ut titulo seq. & non tantum de re soli, id est, rei immobilis, sed etiam **E** de qualibet re mobili, cum tamen interdictum *unde vi* competat tantum de re soli, de re solo cohærente, nisi si forte res quædam mobiles fuerint in fundo, vel ædibus, unde quis vi dejectus est, quia tunc hæ res venient in interdictum unde vi, quod tamen principaliter non est de his rebus, aut de harum rerum possessione amissa recuperanda & redintegranda, sed principaliter est de fundo, vel ædibus, unde quis dejectus est, ut *l. 1. §. illud utique, & §. seq. de vi & vi arm.* Quod discrimen inter interdictum unde vi, & interdictum, aut quasi interdictum redintegrandæ possessionis, quo hodie utimur (Nam apiscendæ possessionis interdicta non sunt in usu, sed retinendæ tantum, & redintegrandæ, sive reciperandæ) Id, inquam, discrimen etiam optime notavit Imbertus

tus in *Instit. forensibus*, quo libro, quod ad trituram forensem attinet, nullus est melior. At duo sunt interdicta unde vi, sive de vi: unum *de vi quotidiana*, quod ipsum & quotidianum dicitur, de vi, quæ infertur sine armatis, aut multitudine. Alterum *de vi armata*, & inter ea multæ, & magnæ differentiæ. Interdictum quotidianum unde vi datur tantum ei, qui sibi possidebat prædium, unde per vim dejectus, aut (ut veteres loquebantur) detrusus est, quia dejici nemo potest, nisi qui possidet, *l. 1. §. interdictum autem, de vi & vi arm.* Interdictum autem de vi armata, datur etiam colono vi dejecto, aut creditori misso in possessionem rei servandæ causa, licet ii sibi non possideant. Marcus Tullius pro Cæcinna: *In illo*, inquit, *interdicto quotidiano, unde ille me dejecit, additur, cum ego possiderem; in hoc autem interdicto de hominibus armatis non additur si oportet quæri, possideret nec ne*. Facit enim differentiam inter ea duo interdicta, quæ de possessione vi erepta comparata sunt. Est etiam alia, quia interdictum de vi quotidiana, vel actio utilis, quæ pro eo hodie competit extra ordinem exemplo interdicti, est annalis, quod etiam sequimur hodie, id est, finitur anno utili, *l. 2. hoc t. l. 1. §. annus, de vi &. vi arm.* In heredem autem ejus, qui vim fecit, non est interdictum de vi, vel utilis actio ex causa hujus interdicti, sed in eum est actio in factum perpetua (quæ non est commiscenda cum illa actione utili, quæ successit interdicto) in id scilicet, quod ad heredem pervenit, *l. 1. ult. l. 3. §. 1. de vi & vi arm.* ut & in specie *l. prætor ait, §. plane si quæratur*, cui adjungi debent verba, quæ sequuntur *§. prox.* cum non sint separanda *nonnulli putant, &c. D. de novi oper. nunc.* Interdictum autem de vi armata est perpetuum, non annuum. Marcus Tullius 15. epist. *Postulabimus, inquit, ex qua hæresi vi hominibus armatis dejectus sis, in eam restituare*. Et subjicit, *in hoc interdicto* non solet addi, *in hoc anno*, id est, non est annuum, sed perpetuum interdictum. Et huc pertinet *l. 3. §. hoc interdictum, de vi & vi arm.* & interpolata est a Triboniano, ut docet *Observat. 5. cap. 20.* Sequitur alia differentia: interdictum de vi quotidiana datur ei tantum, qui recte, & sine vitio possidebat ab eo, qui eum dejecit, id est, qui neque vi, neque clam, neque precario possidebat ab eo, qui eum dejecit: Nam si ipse eum vi dejecerat, vel clam possessionem invaserat, vel precario ab eo possessionem acceperat, postea vi ab eo dejectus, a quo (ut dixi) vi, aut clam, aut precario possidebat, non potest adversus eum experiri interdicto unde vi: sed si procul iis vitiis abest; adversus eum habet interdictum unde vi. Paulus 5. *Sentent. tit. eod. Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario, ab eodem adversario impune dejicitur*, id est, sine metu interdicti quotidiani. Marcus Tullius pro Cæcinna: *In illa vi quotidiana*, inquit, *non satis est docere, se cum possideret, esse dejectum, nisi doceat, ita se possedisse, ut nec vi, nec clam, nec precario possederit*. Et hoc etiam ostendit *lex qui possessionem, de vi & vi arm.* Hæc est species: Si tu me vi dejeceris, illico ego te, deinde tu me, mihi dari interdictum unde vi, quod etsi in ipso conflictu, atque congressu vi te dejecerim, non tamen propterea a te videor vi possidere: Unde ex contrario colligitur, quod si vi a te possidere viderer, postea dejectus a te non haberem interdictum unde vi. Idem probat *lex eum fundum, eod. tit.* cujus sententia hæc est: Colonus, qui fundum a domino locaverat, *le Fermier*, eo fundo a domino vendito, emptorem fundi jussum a domino, sive locatore, eodemque venditore fundi venire in vacuam possessionem fundi, colonus intrare prohibuit, ac deinde ab emptore vi dejectus est: habet in emptorem interdictum unde vi, quia, inquit, quod eum prohibuit intrare, non ideo videtur ab eo vi possidere, sed a locatore potius. Unde etiam ex contrario colligitur, quod si ab emptore vi possideret, non haberet in eum interdictum unde vi. Idemque confirmat *lex 1. §. qui a me, D. eod. tit.* qui a me vi possidebat, id est, qui per vim mihi eripuerat possessionem meam, ab alio vi dejectus est: habet interdictum unde vi; etiam prædo habet interdi- A ctum unde vi adversus alium, non adversus eum, quem deprædatus est. Recte igitur illo loco, *si ab alio dejectus sit*: Nam si ab eo dejectus sit, a quo vi possidebat, proculdubio non habet interdictum unde vi. Quamobrem & ex lege Toria, quam Spurius Torius tulit, cujus fragmenta ex æneis tabulis edidit Petrus Bembus, vel ex lege Agraria, qui ex possessione vi ejectus est, quod vi is qui ejectus est, possederit, quod neque vi, neque clam, neque precario possederit ab eo, qui eum ea possessione vi ejecerit, de eo demum recuperando interdictum competit. Et hæc de interdicto quotidiano. Interdictum autem *de vi armata*, datur etiam adversus eum, a quo qui vi dejectus est, vi, aut clam, aut precario possidebat, quoniam hæc est vis atrocior, *l. sed si vi armata, de vi & vi arm.* Tria sunt vitia possessionum, vi, clam, precario, B quæ nec rescripta principum abolere possunt, ut quæ quis iis modis tenet, ea jure teneat invito domino, quæ est sententia *l. 3. hoc tit.* nec conveniatur interdictis, quibus singula vitia corriguntur, interdicto unde vi, interdicto de precario, interdicto de clandestina possessione: nam, & hujus interdicti fit mentio in *l. 7. §. Julianus, D. communi divid.* Donatus in Eunuchum: *his tribus modis*, inquit, *aliquid mala fide possidetur, nec rite res agitur, vi, clam, aut precario*. Et notandum (quod pertinet ad leg. 1. atque ita hodie explicabimus leg. 1. 2. & 3.) notandum, inquam, quod si a te nec vi, nec clam, nec precario possideo, vim, quam mihi sine vitio possidenti infers, ut me dejicias, propellere me, & propulsare posse, possessionis meæ tuendæ, & defendendæ causa, ex continenti scilicet: Nam ex intervallo vim inferre ad recuperandam C possessionem, jam non est propulsare vim, sed ulcisci: & ut propulsatio, sive defensio omni jure permissa est, ita etiam ultio prohibita omni jure, *l. scientiam, §. qui cum aliter, ad leg. Aquil.* Jus tuendi se, quod fit incontinenti, in ipso articulo, atque congressu, naturale esse: jus ulciscendi se, non esse naturale. Ultio est honor debitus soli Deo. Licet igitur, ut ait *lex 1.* unicuique vi lacessito vi defendere possessionem suam, adhibito, ut subjicit *l. 1.* moderamine inculpatæ tutelæ, id est, cum modo æquo, & pari, cum moderatione æquabili, & remota ab omni culpa, & ita, ut ne quid plus faciat, quam æquum bonumque est, puta ne occidat eum, qui satagebat hoc tantum, non ut me occideret, sed ut me possessione depelleret, alioquin punietur excessus, punietur tutela, quæ excessit modum. Et ita in *l. si adulterium cum incestu,* D *§. Imperator, ad leg. Jul. de adult.* maritum, qui deprehensum necavit, puniri, non quod se vindicare non debuerit, sed quod plus fecerit. Servato igitur modo civili inculpatæ tutelæ adversus eum, qui mihi vim infert, vi defendere possum possessionem meam: si recte, & sine vitio eam possideam, ut ait hæc *l. 1.* id est, si neque vi, neque clam, neque precario eam ab eo possideam, qui mihi vim fecit, quod ex contrario, ἐξ ἀντιδιαστολῆς nobis præbet argumentum, eum, qui vi, clam, aut precario a me possidet, sicut in me, si eum vi dejecerim, non habet interdictum quotidianum unde vi, ut docui supra, ita etiam eum non jure propulsare vim, quam ei infero, recuperandæ possessionis gratia, quam ipse mihi vi abstulit, maxime si vim inferam ex continenti, ut *l. 3. §. cum igitur, de vi & vi arm.* Nam si jure, & legibus adversus E vim, quam feci, non potest mecum experiri, nimirum interdicto unde vi, & multo minus potest mecum experiri manu, & viribus: quin potius æquo animo ferre debet, si mihi, quam per vim eripuit possessionem, mox vi mea restituo mihi in ipso congressu; æquissimum est, ut quod fecit, patiatur, ut ait *l. sed & partus, §. quæri, D. de eo, quod met. caus.* Quod fecit passus est, inquit, ut in lege Rhodia *cap. 6.* quod est tractum ex *d. l. sed & partus*, & idem exprimit, quod illa lex. Et nihil est præterea, quod fideliter tradi possit in hac lege 1.

Ad L. IV. Si de possessione *vi dejectus es: eum & lege Julia vis privatæ reum postulare, & ad instar interdicti*, unde vi, *convenire potes, quo reum causam omnem præstare oportet: in*

qua

qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non tantum quos prædo percepit, venire non ambigitur.

IN lege quarta proponitur eum, qui possessorem vi dejecit, non tantum teneri interdicto unde vi, vel utili actione, quæ pro interdicto competit, quod judicium civile est, nec pœnale: sed etiam criminaliter teneri legibus Juliis de vi privata, vel publica, & ex constitutionibus Principum, ut in *l.1. §.1. de vi & vi arm. l.1. inf. quand. civil. act. crimin. præjud.* & quod ait *d. l.1. §.1.* ex constitutionibus principum, id est, extra ordinem. Non ergo tantum pœna legis Juliæ, sed etiam extra ordinem ex constitutionibus puniri eum, qui vi alienam possessionem pervasit, ut *l.1. in fine, & l. penult. ad leg. Juliam, de vi privata*: & non tantum ex constitutionibus illo loco propositis, quæ sunt veteres Constitutiones, sed etiam ex novis constitutionibus hujus tituli, maxime ex *l.7. & l. pen.* Et additur in hac *l.4.* interdicto unde vi veteri possessori non tantum possessionem restitui, & reformari: sed etiam omnem causam ei præstari, puta, fructus, quos petitor honeste percipere potuit, etiamsi prædo eos non perceperit: quod generaliter cum de fructibus æstimandis quæritur, non inspicimus, an reus, unde petitur, fruitus sit, vel quantum fruitus sit, sed quantum frui potuisset petitor, si ei possidere licuisset, *l. si navis, §. ult. de rei vindic. l.2. sup. de fructibus, & lit. expens.* Verum interdicto unde vi is, quo cum agitur, non tantum fructus præstat perceptos, aut percipiendos, id est, quos actor honeste percipere potuit, sed & pleraque alia: quoniam nomen *causæ*, quam hæc lex præstandam esse ait omnimodo, non tantum fructus complectitur, sed etiam partus, & pensiones prædiorum, & adquisitiones servorum, qui erant in prædiis, unde quis vi dejectus est, omnem utilitatem: Denique omne id, quod interest, venit in interdictum unde vi, id est, omnia, quæ habiturus, vel adquisiturus erat, qui vi dejectus est, si vi dejectus non esset, vel æstimationem eorum, ut *l.1. §. non solum, D. de vi & vi arm.* Ad hæc quærit Accursius, quid sit dicendum, si villa, aut domus, unde quis vi dejectus est, postea sine dolo, aut culpa prædonis incendio combusta sit, quid si fundus voragine perierit, quid si homines, vel pecora, quæ ibi erant, suo fato demortua sint, an etiam prædo tenetur hoc interdicto eorum nomine, quæ perierunt sine dolo malo, & culpa ejus? Et recte respondet teneri, etiamsi is, qui vi dejectus est, parato adversario judicium accipere ex causa interdicti, moram fecerit in eo conveniendo, & interim res perierit, quia licet alias, qui litigare paratus est, non videatur moram facere, sed purgare potius moram, si quam ante fecerit, offerendo se aleæ judicii, *l. si quis solutioni, de usur.* tamen hoc tantum procedit in debitore rei, vel pecuniæ ex contractu, qui non solvit, ut moram non videatur facere si paratus sit judicio se defendere: nec idem procedit in prædone, vel fure, id est, in eo, qui vim, aut furtum fecerit, aut etiam qui metu illato aliquid extorsit malo more, malo exemplo: nam hic plus quam morator est, id est, in majori est culpa, & vitio, quam sit mora, nec purgat vitium, quod contraxit vim inferendo, aut extorquendo aliquid per metum, aut faciendo furtum, si se offerat judicio, non ideo purgat vitium, sive moram, aut verius plusquam moram. Et hæc est sententia *l. pen. D. de vi & vi arm.* quæ conjungenda est cum *l. ult. D. de condict. furt.* ejusdem auctoris, & libri. Et ex utraque est explicandum, quod ait *l. videamus §. item si vi, de usur.* nec mora mea mihi aliquid aufert, id est, mora petitoris in conveniendo eo, qui vim aut metum intulit, nihil ei aufert. Igitur secundum hæc prædo, id est, invasor possessionis alienæ, tenetur interdicto unde vi, etiamsi sine dolo malo, aut culpa, quod notandum, vi desierit possidere, quia prædo, aut fur semper pro possessore habetur; quoquo modo desierit possidere, prædo semper vim facere videtur: vis initio facta semper perseverat. Et hoc est, quod ait *l.1. §. huic consequens, de vi & vi arm.* ut Florent. scriptum est, interdicto unde vi teneri etiam eum, qui vi sine dolo malo desiit possidere, & *§. ex interdicto* ejusdem legis, ex interdicto unde vi, etiam eum, qui non possidet, restituere compelli. Neque his obstat, quæ tamen prima fronte videtur obstare *l.3. §. si quis, D. quod vi, aut cl.* quæ ait diserte; *eum, qui se judicio defendere paratus est, vim facere desinere*. Sed loquitur ea lex de eo, qui initio operis faciendi, cum prohiberetur ab eo, cujus intererat opus non fieri, ne opus faceret, satis obtulit in ipso initio judicio sisti, & dixit se judicio paratum esse contendere. Ea re hic vim facere desinit quam inchoavit, quia inter ipsa initia rem emendat, & a vi desistit, dum se judicio offert, si is, qui prohibet opus facere, agere velit. At post vim peractam, puta post dejectionem nihil agit, qui se judicio defendere paratus est, quia serius agnoscit bonam fidem, sed quidquid ex his rebus, quas per vim occupavit, intercidit, ad periculum ejus spectat, quod Accursius ait verum esse indistincte, sive id, quod perit, periturum æque erat apud petitorem, sive non, nimirum hac distinctione non observata; quoniam, qui his rationibus alienas res possident, plusquam moratores sunt, id est, debitores, qui tardi sunt in debitis exsolvendis, & ideo illi indistincte tenentur. Nec obstat huic sententiæ *lex si cum exceptione, §. quatenus, ff. quod metus causa*, quæ statuit hac in re idem esse jus interdicti unde vi, & actionis quod metus causa: nam ut ad eam legem respondeamus, cui Accursius strictim, & obscure hic respondet, scribens, satis esse, eum teneri in triplum: & ut hoc apertius intelligatur, quod dicimus, prædonem etiam ejus rei, quæ periit, teneri, sive ea res fuerit peritura apud actorem, sive non, ab hac sententia excipiendus est casus unus *d. §. quatenus*, puta si res perierit post condemnationem prædonis intra tempora judicati, id est, antequam judicato moram faceret: nam hoc casu, non aliter res ei perit interim, quam si non fuit æque peritura apud actorem: sed si fuit æque peritura apud actorem, quæ periit intra tempora judicati, tunc reus relaxatur a condemnatione præstandæ rei in actione quod metus causa, & in interdicto unde vi. Sed in eadem actione quod metus causa, non relaxatur etiam a condemnatione pœnæ in triplum. Et hoc est, quod Accurs. ait ibi in casu *§. quatenus*, satis esse prædonem teneri in triplum, absolvi autem a præstatione rei.

Ad L. V. Invasor locorum *pœna teneatur legitima, si tamen vi loca eadem invasisse constiterit: nam si per errorem, aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine pœna possessio restitui debet.*

IN *l.5. hujus tit.* idem proponitur, quod in *l.* quarta, puta prædonem, id est, eum, qui vi invasit possessionem alienam, non tantum teneri interdicto unde vi, ut restituat possessionem, & omnem causam, sed etiam pœna legitima, id est, legibus Juliis statuta: vel quia hæc lex est Constantini, qui pœnam capitis statuit in eos, qui per vim invadunt alienas possessiones, *l.2. C. Theod. ad l. Jul. de vi*: pœna legitima hoc loco, est pœna capitis. Et quod maxime notandum, conjungenda est hæc *l.5.* cum *l.1. C. Theod. finium regund.* cujus pars exstat in *l.3. sup. eod. tit.* & integra constitutio etiam extat apud Julium Frontinum libro de limitibus agrorum, & *d. l.3. & d. l.1.* Et hujus legis eadem est inscriptio ad Tertullianum virum perfectissimum, comitem Diœceseos Asianæ, & subscriptio eadem, quæ ubique sic restituenda, *data 14. Calend. Mart. &c.* Et omnium harum legum sententia hæc est, si vicinus in agris dicatur invasisse fines possessionis vicini, unde inter eos sit orta controversia de finibus, prius de possessione quæstionem esse finiendam, ut habuimus in *l.3. tit.1.* deinde agrimensorem esse mittendum ad loca, ut utraque parte præsente oculis suis subjectis locis, ut in *l. si irruptione, in fi. ff. reg. fin.* in re præsenti disterminet fines, & ita finiatur quæstio proprietatis; Nam (ut ait d. lex 3.) semper quæstioni de finibus cohæret

hæret

hæret quæstio proprietatis. Et ita Apulejus 6. Metamorph. *in causa finium contendi de proprietate, vel si altera pars se subtrahat, veluti is, qui pervasit loca; nec adesse velit mensore inspiciente loca, ut nihilominus agrimensor mittatur ad inspicienda, & consideranda loca*, & ut ait integra lex, *si fidelis inspectio probaverit loca esse tenentis; tum, ut petitor victus abscedat, atque ita res judicetur* μονομερῶς, id est, una tantum parte præsente: vel contra si inspectio probaverit loca esse petitoris, tum invasor pœna legitima teneatur, si tamen, ut ait *hæc lex* 5. quæ ex illa tracta est, vi loca eundem invasisse constiterit: Nam ut subjicit *hæc l.*5. si per errorem, aut incuriam domini loca ab aliis possessa sint, sine pœna possessori restitui debent. Hic observa apud Frontinum sic legi, *loca data ab aliis possessa sunt*, quod plurimum facere videtur ad clariorem legis intellectum. B Nam ponamus primum dominum ea loca possedisse, non possessionem eorum locorum fuisse vacantem, quo tamen casu primus Justinianus domino dedit interdictum restitutorium adversus eum, qui possessionem vacantem ingressus est, & tenet, *l. ult. h. tit.* secundum quam legem tibi etiam licet in specie hujus l. ponere, possessionem fuisse vacantem, ut Græci ponunt σχολάζουσαν. Sed secundum integram constitutionem Constantini, & secundum formam veteris juris, ponamus dominum ea loca possedisse, & per errorem domini, puta, dum alia loca pro aliis accipit, non admodum peritus possessionum suarum: vel per incuriam domini, dum non admodum curat possessiones suas, alios quosdam mihi bona fide ementi ea loca vendidisse pro suis, quæ dominus possidebat, & eorum C possessionem mihi tradidisse, hoc casu non teneor pœna ulla, quia non deliqui, sed, ut ait *hæc lex*, domino teneor in hoc tantum, ut ei possessionem restituam, quam amisit, me in eam ingresso per errorem suum, vel non *curantiam suam*, & teneor non interdicto unde vi, sed teneor beneficio momenti, id est, interdicto restitutorio, momentariæ possessionis interdicto, id est, quod generaliter competit de restituenda possessione alii quoquo modo interversa, & perturbata, vel adempta beneficio (ut hodie loquimur ex *can. redintegrandæ* 3. *quæst.*1.) redintegrandæ possessionis, quod compellit reum etiam possessionem alienam, quam sine vi adeptus est, domino restituere, ut puta, si per incuriam domini, ut ponit hic, vel errorem eam obtinuerit citra vim. Et ita apparet, quod notandum, beneficium illud generale D redintegrandæ possessionis duci ex hoc loco, *& l.8. hoc tit.* dum ait, *interdictum momentariæ possessionis non semper pertinere ad vim*, quia scilicet pertinet etiam ad possessionem alio modo, quam per vim perturbatam, vel interversam, quod etiam ostendit titulus sequens, *si per vim, aut alio modo, &c.*

Ad L.VI. Meminerint cuncti *sive vulgato rescripto mansuetudinis nostræ, sive sententia cujuslibet judicis utantur in causis conveniendos dominos locorum esse: aut si forte defuerint, eorum actiones ad insinuandas sententias, procuratoresque esse quærendos, ne inde injuriarum nascatur occasio, unde jura nascuntur. Quod si præcepta nostra implere neglexerint, omni negotio, de quo jurgare cœperant, privabuntur.*

Ad §. Sin autem *habito plerumque colludio, curatores, vel tutores minorum his rem debitam ea occasione pervadant,* E *ut pupillis, vel adultis jurgandi copia, & fructus adimatur: his eatenus subvenimus, ut eosdem non atterat damno culpa temeritatis alienæ: sed illico quidem possessio ei, a quo est ablata, reddatur: curatores autem, vel tutores æterna deportatione punitos, bonorum quoque publicatio persequatur.*

HÆC lex est de creditore, qui sub specie, & terrore rescripti principis, aut sententiæ, sive interlocutionis judicis occupat possessionem rei sibi debitæ, non insinuato rescripto, & sententia debitori. Sæpe lites inchoantur ex rescripto principis extra ordinem, vel ex sententia, & interlocutione, vel commonitione judicis jubentis (verbi gratia) *ut quam rem ex illo instrumento* A *apparet Lucium Titium debere Cajo Sejo, ejus rei mox possessio in Cajum Sejum transferatur.* Sed creditor, qui eo rescripto, eave sententia utitur, cavere admodum debet ne eo eave abutatur potius, quam utatur, quæ est cautio hujus l. puta ne temere fretus illo rescripto, illave sententia, sive commonitione judicis, irruat in possessionem rei sibi debitæ non convento debitore, non servato ordine juris: Nam ea rescripta, quæ impetrantur, & videntur desiderare præsentem promptamque executionem, aut præcepta judicum, nunquam intelliguntur remittere ordinem juris. Igitur qui eo rescripto, sive eo commonitorio utitur, prius debet convenire debitorem, eundemque dominum ejus rei, vel eo absente convenire debet actorem rerum ejus, sive dispensatorem, aut villicum, vel procuratorem, ut liti adsit nomine B domini instituendæ ex rescripto, vel præcepto judicis, ut sit ei copia defendendi: neque vero potest creditor nudo rescripto principis, aut nudo præcepto judicis fretus sua auctoritate rem debitam occupare, *ne*, inquit lex, *inde injuriarum nascatur occasio, unde jura nascuntur.* Jura nascuntur ex rescriptis principum, ex præceptis & jussionibus judicum. His ergo juris remediis non debemus abuti ad injuriam. Et hæc est sententia hujus legis: hoc addito, eum creditorem, qui secus fecerit, coerceri damno litis. id est, jus crediti amittere, & illico ablatæ rei possessionem per interdictum restituere debitori, qui nunc desiit esse debitor. Non loquitur hæc constitutio de interdicto unde vi, quia nullam vim facere videtur, qui nititur rescripto principis, aut præcepto judicis, & secundum illud venit in possessionem rei C debitæ: non ergo proprie loquitur de interdicto unde vi, sed de generali interdicto restitutorio momentariæ possessionis, quo etiam, quæ non vi, sed errore & incuria domini, ut *l. prox. sup.* aut rescripto, vel sententia judicis, ut *h. l.6. & l.2. t. seq.* quæ, inquam, etiam occupata est possessio, in integrum restituatur generali interdicto redintegrandæ possessionis, qua quis spoliatus est, etiam si citra vim, imo & hoc generali interdicto, quæ cum vacaret possessio occupata est, absente domino, in integrum restituitur ex *l. ult. h. t.* In hac autem l. agitur de eo, qui sub specie & terrore judicati, vel rescripti Principis, absenti & ignoranti debitori aufert possessionem rei debitæ. Igitur longe est alia species hujus constitutionis, quam decreti Divi Marci, de quo in *l. pen. D. ad leg. Jul. de vi priv. l. extat, D. quod met. causa*, quoniam decre- D tum D. Marci pertinet ad creditorem, qui vim fecit palam in reposcendo debito: Et utique vim facit creditor, qui sine judicis auctoritate, ut ponitur in ea specie, rem pecuniamve debitam occupat, non concedente domino, qui sibi jus dicit. Hæc autem constitutio pertinet ad eum, qui sub specie judicati, vel rescripti principis, sub specie juris & ordinis invasit rem sibi debitam. Non omnis invasor est violentus possessor, & cum quem dicimus invasisse, ut *l.5. sup.* distinguimus vi invaserit, an alio modo: Nam invadere non est rapere, sed pervadere rem alienam. Et ad speciem hujus constitutionis pertinet etiam *lex un. in fine, sup. de suffragio*. Quidam, cui erat negotium aliquod expediendum rei suæ, in aula principis promisit, se daturum aliquid cuidam aulico, si ei suffragium ferret in causa sua: ex eo promisso actio E est, id est, suffragii promissi petitio est, puta præmii promissi pro suffragio. Sed si is, qui suffragium alteri tulit in petenda pecunia promissa suffragii nomine, *solo commonitorio judicis fretus*, id est, mandato, quo jubetur, qui promisit confestim exolvere quod promisit, si hoc solo fretus sua auctoritate rem promissam occupet, causa cadit, quia ex commonitorio, sive mandato judicis, non debuit rem invadere, sed petere solemniter & rite. Igitur, quæ est species hujus legis sextæ, eadem est etiam *d. l. unicæ, §. ult.* At decreti D. Marci longe alia est species, atque hujus constitutionis: eadem tamen pœna in utraque specie, puta, ut creditor jus crediti amittat. Unde & eleganter Hegesippus *libro* 2. *de bello Judaico*: *Non petendo, sed usurpando, quæ in petitione consisterent,*

etiam in pecuniariis causis præjudicari solere, ut præposteri litigatores causa cadant. Et sane sunt præposteri, qui incipiunt ab executione, ab apprehensione rei debitæ: itaque causa cadunt, credito. In hoc igitur est in utraque specie pœna eadem, quod & in hac & in illa, creditor jus crediti amittat: sed gravius aliquanto punitur creditor, qui vim fecit, id est, qui nullo fretus præcepto judicis, sua auctoritate rem debitam occupavit, quia, ut est in *Nov.60.* non tantum creditum amittit, sed etiam alterum tantum præstat debitori; & hanc dupli pœnam Justinianus introduxit. Tenetur etiam criminaliter lege Julia de vi, ut ostendit *l. ult. ff. ad leg. Jul. de vi priv. & l. in possessionem, inf. eod. & l. sed & partus, in fine, D. quod metus causa.* Tenetur lege Julia criminaliter, id est, mulctatur tertia parte bonorum suorum redacta in fiscum, & fit infamis, quod etiam Justinianus *d. Novella 60.* ait supradicto decreto Divi Marci fuisse comprehensum, ut creditor teneretur pœna legis Juliæ. Et sane id satis est comprehensum decreto D. Marci, cum eo declaravit, vim fecisse creditorem: Nam si vim fecit, consequens est, eum teneri criminaliter legibus Juliis. Neque quod diximus de credito amittendo in utraque specie, ei quidquam objiciatur legatarius, qui non ex voluntate heredis occupavit rem legatam, qui tamen tenetur tantum interdicto quod legatorum, non etiam amittit legatum, quia scilicet hic casus pertinet ad rei legatæ possessionem vacantem, quam apprehendit legatarius, & quam heres nondum nactus est, cui etiam propterea datur interdictum quod legatorum, quod non est recuperandæ, sed adipiscendæ possessionis, quia ante nactus non erat possessionem, quam nunc nanciscitur interdicto quod legatorum. Ergo vacabat possessio: & etiam non utitur heres interdicto quod legatorum, nisi si interveniat lex Falcidia. Non objiciatur etiam, quod affertur ex *l. ait prætor, §. si debitorem, D. quæ in fraud. credit.* Ex qua lege colligitur, creditorem impune auferre pecuniam sibi debitam debitori fugienti, paranti fugam, veluti manu injecta in debitorem, & illata vi: nam hoc est ex veteri jure specialiter in debitore fugiente, quia debitor creditori non relinquit spatium agendi ex ordine juris, ideoque potest ipse manu injecta eum retinere in tanto periculo amittendæ rei suæ, nec jus crediti amittit, nec restituit pecuniam, quam abstulit; hoc est ex duodecim tabulis, *si calvitur, pedemve struit, manum endo jacito*: Est quidem hæc via incivilis fateor, & extraordinaria, sed incivile etiam est, auferre creditori suum, quod extorsit fugienti debitori. Incivile est, non probare, quod fecit creditor, quoniam excusat eum præsens periculum amittendæ rei suæ. Et eadem est ratio *legis ult. §. ult. D. quod metus causa.* Quidam creditor sine auctoritate judicis, sine cognitione, pecuniam sibi debitam extorsit debitori, præsente tamen apparitore, & interveniente, sine judice, non sine apparitore inciviliter extorsit, vim fecit: nam quod apparitor præsens fuit, non ideo minus vim fecit, sed tamen qualis qualis præsentia apparitoris eum excusat, ut non compellatur corrigere, quod fecit per vim sui servandi causa. Non omnis vis improbatur, etiamsi sit incivilis, non quæ infertur coacte magis, quam civiliter, ut Tit. Livius 38. ait, *vim factam pie magis, quam civiliter.* Ergo his casibus causa est excusandi creditoris, qui pecuniam sibi debitam debitori extorserit: At non in specie hujus legis, cum ad injuriam abusus est rescripto Principis, aut præcepto judicis. Et notandum est, ad hæc verba constitutionis, *memin. cuncti, sive vulg.* aliud esse vulgare rescriptum, aliud insinuatum, ut in *l.2. C. Theod. unde vi.* Insinuatur rescriptum, aut sententia judicis, cum intimatur adversæ parti, ut dispiciat cedere an contendere debeat cognita litis causa. Vulgatur autem rescriptum, cum quis passim ostentat rescriptum, quod obtinuit in rem suam a Principe. Non est autem satis vulgari rescriptum, sed etiam insinuari oportet adversario, alioquin abutimur rescripto Principis, cujus mens non est, ut qui id impetravit, negligat ordinem juris. Et postremo no-

A tandum est, quod additur *in hac l.* graviter puniri tutores, vel curatores, qui in fraudem pupillorum suorum, vel adolescentium, forte colludentes cum eorum debitoribus sub specie judicati, vel rescripti non insinuati debitoribus, rem pupillis debitam auferunt hoc animo, ut pupillos suos, vel adolescentes adficiant damno litis, damno crediti, quod facinus meretur gravissimam pœnam: ideoque constituitur, ut ii expoliatores pupillorum, non tutores, bonis omnibus publicatis ob eam causam deportentur in insulam, & ut eorum temeritas nil noceat, sed restituta possessione temere occupata in necem pupillorum suorum, ut sit pupillis jus crediti integrum, ut liceat agere, & persequi creditum ex rescripto principis, vel præcepto judicis. Et hoc generaliter servatur in causis minorum, ut factum, vel dolus tutorum, vel

B curatorum non eis noceat, perinde ac si ipsi fecissent, ut tutores in re pupillorum sint vice pupillorum, id est, dominorum, non si quid agant, quod minuat rem pupilli, ut *l. neque in interdicto, D. de divers. regulis juris.*

Ad L. VII. Si quis in tantam *furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit: dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori, & dominium ejusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum possessionem invasit: non solum eam possidentibus reddat, verum etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur.*

C LEX superior fuit de creditore, qui sub specie rescripti, vel præcepti, quo jubetur rem sibi debitam protinus accipere, eam rem occupat neglecto juris ordine, id est, non convento possessore, non insinuato rescripto, quem ob eam rem lex mulctat damno litis, & possessionem veteri possessori illico restituere jubet: nec enim impetrato eo rescripto existimare debuit, sibi remissum esse ordinem juris, sicut is, cui princeps dat liberam testamenti factionem, debet intelligere non ideo sibi esse remissa solemnia juris, *l. si quando, in princ. sup. de inoff. testam.* Ergo, & qui rescripto principis nititur, vel præcepto judicis, quo jubetur scilicet rem sibi debitam protinus exigere, arripere, accipere, non ideo tamen minus jure, & ex ordine experiri debet: quæ est præcipua vis & potestas legis superioris. Hæc autem lex est de eo, qui neglecto etiam ordine juris, rem suam, vel

D alienam, quam alius possidet, audacius impulsus suo furore, & audacia sola, per vim occupat ejecto possessore. Et fit hujus legis mentio, tanquam celebrioris in Institutionibus duobus locis, in tit. *de vi bon. raptor. & in tit. de interd.* Et in formulis Cassiodori *lib.9.* his verbis, *Sanctio*, inquit, *D. Valentiniani* (hanc legem intelligit) *adversus eos diu pessime neglecta consurgat, qui prædia rustica, vel urbana despecto juris ordine per se, suosque præsumpserint expulso possessore violenter intrare.* Pertinet ergo hæc lex ad prædia urbana, vel rustica, sed pertinet etiam ad quascunque res mobiles, quas quis temere per vim occupavit depulso possessore. Et sententia ejus hæc est, ut si quidem rei suæ, quam alius possidet, quis possessionem per vim invaserit ejecto possessore, dominio rei, quod habuit, cadat: sicut lex superior dixit, creditorem

E credito cadere, qui rem debitam invadit, etiamsi usus sit specie rescripti, aut sententia judicis: & ut is, qui rem suam ab alio possessam per vim invasit, confestim possessionem restituat veteri possessori conventus generali interdicto restitutorio ad redintegrandam possessionem. Sin autem quis rei alienæ possessionem per vim occupaverit ejecto possessore, ut protinus restituta possessione veteri possessori, eidem præstet æstimationem ejus rei, ut ait etiam *lex pen. h. tit.* vel etiam aliam rem ejusdem meriti, ejusdem pretii, ut ait idem Cassiod. *lib.3. in epist.* cujus initium, *Inter gloriosas, &c.* Et hoc quoque confirmat *l.4. sup. fin. regund.* quæ pertinet quidem duntaxat ad fines agrorum per vim atque injuriam vicini interversos, sed ex *h. l.* trahitur ad omnem rationem per vim

vim interversæ possessionis alienæ, ut scilicet, qui eam intervertit, illico restituat in integrum, & hoc amplius alterum tantum præstet, quanti ea res est, vel aliam rem ejusdem pretii, ut fundum alienum vi pervasum mox restituat, & æstimationem fundi, aut alium fundum ejusdem æstimationis, ejusdem meriti. Ergo extra causam criminis, quo tenetur, qui alium vi de possessione dejecit, civiliter etiam tenetur in duplum, id est, in rem, quam invasit, & ejus rei æstimationem: sicut creditorem, qui rem debitoris temere possidet, Justinianus vult teneri in duplum civili judicio, extra criminale judicium, in *Nov.60.* Sic igitur statuamus: Is, qui rei alienæ possessionem per vim invasit, tenetur in duplum ei, quem dejecit per vim de possessione (in quo duplo inest res ipsa, nec enim totum pœna est) & tenetur in duplum, sive dolo malo, sive per errorem, puta existimans rem esse suam, eam per vim occupavit ex hac constitutione. Et ita, si res fuit immobilis, res soli: nam si res fuerit mobilis & aliena, non sua, quam rapuit, & expressit possessori, ita distinguimus: aut per errorem id fecit, dum existimat rem esse suam, & tunc etiam tenetur in duplum, ne quis hoc prætextu erroris se defendere unquam possit, id est, rem debet restituere, quam diripuit, & rei æstimationem, etiamsi obtendat causam erroris, quia nec eo modo ad rei suæ possess. pervenire debuit. Et hoc casu tenetur actione vi bonorum raptorum in quadruplum, in quo inest res, quæ erepta est: pœna autem est tripli, quia mixta est actio, quæ & rem & pœnam persequitur. Hoc loco quæres non immerito, cur si res sit mobilis, quæ vi erepta est dolo malo, raptor teneatur in quadruplum, in quo inest res: sin autem fuerit immobilis, etiamsi dolo malo eam rapuerit, indistincte teneatur in duplum tantum, in quo etiam inest res, sive rei persecutio? Et dicam simplicem æstimationem rei immobilis plerumque majorem & graviorem esse, quam triplicem æstimationem rei mobilis, quia plerumque longe majus est pretium rei immobilis, puta fundi, vel ædium, quam rei mobilis, puta vestis, aut animalis: & si qua sit res magni pretii, veluti gemma, aut monile aliquod preciosissimum, ea res mobilis eodem jure censetur, quo res immobilis, *l. emptori*, §. 1. *de evict.* ut Plinius scribit, *Margaritas in mancipatum venisse, ut prædium aliquod*, *lib. 9. cap. 35.* Et hodie usu receptum est, ut beneficium *l. 2. C. de rescind. vendit.* quod est proprie de rebus immobilibus, porrigatur etiam ad res mobiles, quæ sunt admodum pretiosæ. Rursum quæres, cur raptor rei mobilis, extra rem teneatur actione vi bonorum raptorum in triplum pœnæ nomine: fur manifestus, qui minus deliquit, quam raptor, quia nil egit per vim, teneatur pœnæ nomine in quadruplum extra rem furto subreptam, actione nimirum furti manifesti, & raptor in triplum intra annum tantum, quia annua est actio, fur manifestus in quadruplum perpetuo, etiam post annum? Et dicam raptorem, aut esse manifestum, aut non manifestum, sicut fur aut est manifestus, aut non manifestus. Non omnem raptorem esse manifestum, facessat, sed alium raptorem esse manifestum, quem dominus videt, aut deprehendit rem suam invadentem, alium esse raptorem nec manifestum, ut puta eum, qui coactis hominibus effringit fores domus alienæ, in qua nemo est, & ex ea rapit aliquid, nemine vidente, nemine reclamante, ut in *l. si quis uxori*, §. *ult. ff. de furt.* Et actio vi bonorum raptorum non pertinet proprie ad raptorem manifestum, cum teneatur actione furti manifesti in quadruplum, & perpetuo, qua utique actione sanus quisque persequetur potius raptorem manifestum, quam actione de bonis raptis in triplum. Et ideo proprie actio vi bonorum raptorum non est comparata in hunc casum, si raptor deprehendatur, quia in eum tunc suppetit gravis actio, nempe furti manifesti in quadruplum, *l. si vendidero*, §. *cum raptor, ff. de furt.* At actio vi bonorum raptorum proprie pertinet ad raptorem nec manifestum, & per eam actionem raptoris nec manifesti deterior, quam furis nec manifesti conditio constituitur, quia fur nec manifestus tenetur in duplum tantum pœnæ nomine, raptor nec manifestus in triplum: & concurrunt quidem in hunc casum ambæ actiones, furti nec manifesti, & vi bonorum raptorum, adeo ut sit in arbitrio ejus, qui vim passus est, utra actione uti malit, & si primum egerit furti nec manifesti in duplum, deinde agere potest vi bonorum raptorum in id quod amplius in ea est. Et in libris nostris concursus, puta actionis vi bonorum raptorum cum actione furti nec manifesti fit mentio sæpissime, *l. 1. ff. de vi bonor. rapt. d. l. si quis uxori*, §. *ult. & l. si quis egerit*, *ff. de fur.* quia scilicet ad hunc casum proprie pertinet actio vi bonorum raptorum, cum furtum, sive raptus non est manifestus. At nusquam fit mentio concurrentis actionis furti manifesti cum actione vi bonorum raptorum, quia scilicet ad hunc casum proprie non pertinet actio vi bonorum raptor. sed ad casum furti nec manifesti; ex quo sane apparet graviorem esse actionem vi bonor. raptorum, quam furti nec manifesti, & electa actione furti nec manifesti, superesse vi bon. raptor. actionem in id, quod gravior est actio, vel etiam si quis intra annum nulla actione egerit in raptorem, neque furti nec manifesti, neque vi bonor. rapt. post annum vim passo semper est integra actio furti nec manifesti in duplum, quia perpetua est actio, §. 1. *Institut. de perpet. & tempor. act.* At quæres, cur in specie *legis Cristianis 6. sup. de paganis*, *& sacrif.* videatur dari in perpetuum actio vi bonorum raptorum in duplum tantum, in quo insit res, ut puta si res mobiles Judæorum, aut paganorum Christiani temere diripiant, tenentur Judæis aut Paganis, non in quadruplum mixta actione vi bonor. raptor. sed in duplum tantum, æque mixta actione? Et observandum in *C. Theod. l. pen. eod.* in ea specie secundum jus ordinarium, edictumque prætorium fuisse scriptum, *Christianos teneri in triplum, vel quadruplum*: in triplum, actione vi bonor. raptor. in quadruplum, actione furti manifesti, cum deprehensi sunt, & palam reclamantibus Judæis bona eorum diripuerunt. Sed Tribonianus triplum, vel quadruplum mutavit in duplum, tanquam scilicet minus delinquant Christiani, qui quid Judæo aut pagano, quam qui Christiano aliquid diripiunt, & tanquam Christiano plus liceat in Judæum aut paganum, quam in Christianum: Quod an sit æquum, cogitandum relinquo: & ideo non ordinaria actione, sive pœna tripli, aut quadrupli vult teneri Christianos, qui eorum bona diripiunt, sed pœna tantum dupli. Et recte Accurs. dixit esse specialem causam, cujus rationem aperui satis. Verum notandum est, quod addit Cassiodorus in supradictis locis, *Eum, qui rem alienam per vim invasit, si non sit par solvendo æstimationi ejus rei, in quam tenetur ex hac lege, corporali supplicio afficiendum*, quod in jure legimus frequenter, ut qui non habet in ære, pœnam luat in corpore, *l. ult. inf. de sepulc. viol. l. ult. ff. de in jus voc.* Cassiod. *ut pœna satisfaciat, cujus facultas facinoris non satisfacit ultioni*. Et alio loco, *ut reddat debitum pœnis, qui non potest compensare pecuniis*. Et D. Ambros. serm. 78. *ut*, inquit, *qui redhibitione substantiæ satisfacere non potest, satisfaciat vel corporis ultione*. Et notandum etiam, quod ait h. l. *Eum, qui rem suam, quam alius tenet, per vim occupat, rei suæ dominium amittere*, eo abrogari *l. 3. in fine, C. Th. ad l. Jul. de vi*, cui consentit etiam *l. 11. & 14. C. Th. quor. app. non recip.* quæ leges mediam tantum partem ejus rei redigunt in fiscum, ut scil. mediæ tantum partis dominium amittat: at ex hac constitutione integrum dominium amittit. Et illæ constitutiones C.Th. faciunt, ut existimemus, dominium, quod hæc lex ait invasorem amittere, & totius rei dominium hodie redigi in fiscum: quod non observant communes interpretes, non etiam cedere vim passo, qui nec ejus rei dominus fuit, sed possessor tantum. Et hoc procedit, ut ait lex, non tantum si possessio ejus rei, quæ interversa est, per vim fuerit constituta apud fiscum, sed etiam apud privatum hominem, ut totius rei dominium cadat in fiscum, possessio nuda restituatur veteri possessori beneficio interdicti, & momenti. Et postremo etiam notandum in hac lege illo loco, *ante adventum judicialis arbitrii*, esse legendum *ante eventum*, quia de eo loquitur, qui per vim occupat possessionem alie-

alienam ante rem judicatam, id eſt, ante judicialis arbitrii eventum, qui non expectat ſententiam, ſed ipſe ſibi ſententiam dicit temere & inconſulto. Sic omnes veteres libri, *ante eventum*, non *adventum*: ſic *l. pen. h. t. eventu cognitionis judiciariæ*. Sic *l. 3. C. Th. unde vi, Nov. 1. Th. de invaſor.* Id ſic effertur, non expectata, vel adverſus præſentem, vel in contumacem definitiva ſententia, hoc eſt, ante eventum judicialis arbitrii.

Ad L. VIII. Momentariæ poſſeſſionis *interdictum, quod non ſemper ad vim publicam pertinet, vel privatam, mox audiri, interdum etiam ſine inſcriptione, meretur.*

LEx octava eſt de generali interdicto redintegrandæ poſſeſſionis, quod momentum, & momentariæ poſſeſſionis interdictum appellatur, quod mox audiri (ut ait hac l.) mox dari, mox expediri debet, ſine ulla procraſtinatione, & inde ei nomen. Et in *l. ult. hoc tit. generali juriſdictione*, id eſt, generali interdicto illo reſtitutorio, ut in Baſilicis γενικῷ παραγγέλματι, *generali interdicto*: & quia generale eſt, ideo hæc lex octava id non ſemper pertinere ait ad vim publicam, vel privatam, id eſt, non ſemper pertinere ad poſſeſſionem uſurpatam vi armata, aut vi non armata, ſed etiam ad poſſeſſionem uſurpatam alio modo, puta errore, vel incuria domini, ut *l. 5. hoc tit.* vel obtentu reſcripti, aut decreti judicis, *l. 6. hoc tit. l. 2. tit. ſeq.* Denique momentariæ poſſeſſionis interdictum non ſemper comprehendit cauſam interdicti unde vi, quod eſt ſpeciale, ſed & aliam cauſam perturbatæ, aut motæ poſſeſſionis alienæ, in qua licet videatur exiſtere crimen aliquod, quod mota ſit poſſeſſio aliena, non tamen ſemper tanti eſt, ut exigat inſcriptionem actoris, qua ſe ſubjiciat pœnæ talionis: hæc enim eſt vis inſcriptionis: ſicut cum agitur de vi, vel de alio crimine publico, vel extraordinario, actorem ſubſcribere in crimen oportet, & ſubjicere ſe talioni, niſi reum convicerit, & peregerit. At in cauſa motæ poſſeſſionis, quia moveri poteſt ſine vi aliena poſſeſſio, non ſemper exigimus, ut actor ſubſcribat in crimen. Denique cauſa momentaria non ſemper adnumeratur gravioribus cauſis, aut criminibus, quæ exigunt inſcriptionem actoris, & cognitionem præſidis provinciæ, ſed diſceptari etiam poteſt a magiſtratibus municipalibus, vel defenſoribus civitatis, & ſine inſcriptione actoris, ut ſi nulla ſit vis illata poſſeſſori. Et hæc eſt ſententia h. l. Et hæc ſunt reponenda in vicem gloſſarum Accurſii, quas damnamus una litura. Ita vero crimen, aut cauſa abacti animalis, nonnunquam proponitur ſine inſcriptione, ut in *l. unica, inf. de abigeis*, ut puta ſi agatur de uno tantum pecore abacto, de una tantum capra abacta, quo caſu abactor, ut fur tenetur civili act. in duplum, vel in quadruplum, non abigeatus crimine extraordinario, quod accuſatoris inſcriptionem exigit. His ſimiles ſunt cauſæ de ſervulo quodam fugitivo, quem quis forte recepit, vel celavit, vel de modica re direpta, aut furto ſublata, vel de invaſis finibus parvulæ terræ, ut ait *l. cauſas, C. Theod. de juriſdict.* ex qua ducta eſt *h. l. 8. & dicta lex unica, de abigeis, & l. pen. inf. de accuſatio.* Et eſt in *d. l. cauſas*, legendum hoc modo, *parvulæ etiam terræ finiunt*, quam cauſam finium plerunque dirimunt agrimenſores, vel arbitri, aut pedanei judices, nec deſiderat cognitionem præſidis, ut oſtenditur apud Julium Frontinum de limit. agrorum, *l. ſi finalis, & l. cunctis*, ut nec de interverſis, aut invaſis finibus modicæ terræ neceſſe ſit inſcribere in crimen modicæ rei, nec adire præſidem provinciæ. Injuria eſt de parvis & minimis rebus præſidem provinciæ judicare, *ut l. ult. ſup. de pedan. judic.* Et ex *d. l. cauſas*, adnotandum eſt, *ad leg. ult. ff. de privatis delictis, & l. ult. ff. de furt.* quæ dicunt furti agi poſſe extra ordinem criminaliter, cum inſcriptione tamen actoris, id verum non eſſe, ſi res modica furto ſublata ſit, quia quæſtio rei modicæ inſcriptionem non exigit actoris, ſicut nec quæſtio abacti unius pecoris, quæſtio celati viliſſimi mancipii, quod erat in fuga, quæſtio momenti, ſi vis abſit. Et ſi quæras, cur de re modica ſit

A actio furti, non item actio de dolo, ut ait *l. 9. §. ult. ff. de dolo*, dicam quodammodo plecti ſtultitiam ejus, qui patitur dolo malo ſe circumſcribi, qui non novit fallaciam alienam, qui patitur ſibi obliniri os, ut de eo non poſſit queri, ſi res ſit modica. Et licet furtum, quod nobis fit, imputetur noſtræ culpæ, noſtræ negligentiæ, quod non ſimus vigilantes in ſervandis rebus noſtris, tamen major eſt ſtultitia ejus, cui videnti & conſentienti fallaciis quibuſdam res ſua eripitur, quam cui invito & ignoranti furtum: qua ratione etiam actio de dolo eſt temporaria, at actio furti eſt perpetua. Præterea notandum eſt ad hanc l. momenti beneficium, aut momentariæ poſſeſſionis interdictum latius patere, quam ut contineat tantum cauſam recuperandæ poſſeſſionis: nam continet etiam hoc generale interdictum cauſam apiſcendæ poſſeſſionis, B ut interdictum quorum bonorum, & cauſam retinendæ poſſeſſionis, ut interdictum uti poſſidetis, vel utrubi: & non tantum interdicta reſtitutoria, ſed etiam exhibitoria, quia & exhibitioni reſtitutio ineſt, quod memini me docere in *l. ſi colonus, inf. de agric. & cenſ. lib. 11.* Et ſecundum hanc generalem ſignificationem Iſidorus, *momentum*, inquit, *dictum eſt a temporis brevitate, ut quam cito, quam ſtatim ſalvo negotio principali poſſeſſio reformetur, nec in ullam moram perduci poſſit, quod repetitur.* Denique poſſeſſionis cauſa quælibet, dicitur cauſa momenti, *ut in cap. 1. extra de cauſſ. poſſeſſ. & propriet. legali proviſione eſſe decretum, ut unus idemque judex judicet, tam de momenti, quam de proprietatis cauſa: legali proviſione*, inquit, *& intelligit leg. ordinarii, ſup. de rei vind. & l. nulli, ſup. de Jud.*

C

Ad L. IX. Si quando vis in judicio *fuerit patefacta, deinde ſuper rebus abreptis, vel invaſis, vel damno dato tempore impetus quæſtio proponatur. ſi non potuerit. qui vim ſuſtinuit, quæ perdidit. ſingula comprobare: taxatione a judice facta pro perſonarum, atque negotii qualitate ſacramento æſtimationem rerum, quas perdidit, manifeſtet: nec liceat ei ultra taxationem a judice factam jurare, & quod hujuſmodi jurejurando dato fuerit declaratum, judicem condemnare oportet.*

IN *l. 9.* hoc definitur, ut ſi is, cui vis facta eſt, non poſſit probare quæ res ei direptæ ſint, quod plerumque etiam eſt difficile probare, quod vis fiat tumultuarie: Si igitur non poſſit probare quæ res ei direptæ ſint tempore datæ impreſſionis, & conſtet tamen de vi & impreſſione, D judex ei nequeunti probare quot qualeſque res ſibi arreptæ ſint, deferat jusjurandum in litem, quo ſcilicet æſtimet damnum rerum, quod fecit, videlicet taxatione, ut ait, a judice facta certæ ſummæ, ad quam uſque juret, *ſe tanti ſcilicet æſtimare quod perdidit*: Nam judicis eſt, jurijurando in litem certum modum præfinire, ultra quem actori jurare non liceat, ut in *l. 4. §. jurare, & l. 5. D. de in litem jur. l. arbitrio, D. de dolo*, vel etiam judicis eſt moderari jusjurandum, poſtquam juratum eſt, & minuere ſummam, in quam juravit, litemque æſtimavit actor, *ut l. ſancimus, ſup. de judic.* Et judex in condemnatione omnino ſequetur jusjurandum, quod ipſe prætaxavit, non etiam quod ipſe non prætaxavit. Ergo *ex hac lege* intelligitur in interdicto unde vi jurari in litem, deficientibus actori probationibus. Et ait, *tempore impetus*, id eſt, tempore impreſſionis factæ, aut vis ἐφόδου. E Et videtur ſignificare Zeno tempus tyrannidis Baſilici, qui rebellavit adverſus Zenonem, & occidentis imperium pervaſit, & ſingulorum facultates. De qua tyrannide ad eundem Sebaſtianum Præfectum prætorio, ad quem eſt hæc lex ſcripta, eſt etiam intelligenda *l. decernimus, ſup. de Sacroſ. Eccl.* Et ita hanc quoque *l. 9.* ſi referas ad tempus illius tyrannidis, ſive civilis ſeditionis, ex eo etiam dices, bello civili rapta, pacatis rebus, apud aliquem agnoſcantur, repeti poſſe, quod etiam probat *l. 5. & l. ult. C. Theod. de infirmandis eis, quæ ſub tyrannide facta ſunt.* Sueton. in Veſpaſ. *Sorte elegit recuperatores, per quos civili bello rapta reſtituerentur.* Et ſimiliter Cornelius Tacitus 4. Hiſt. *Sorte ducti, per quos redhiberentur bello rapta.*

Ad

Ad L.X. Non ab re eſt, *quemadmodum poſſeſſionis alienæ invaſores, tam vetus, quam præſens ſacra conſtitutio cenſuit eſſe puniendos: ita nec conductoribus, & poſſeſſionis alienæ detentoribus impune procedere, ſi locatoribus forte, vel poſſeſſionem rerum ſuarum, quam apud alios precario modo eſſe conceſſerant, recuperare ſecundum leges volentibus, cum nulla ſibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerint reſiſtendum: & non protinus, id eſt, non expectato judiciorum ordine, alienam poſſeſſionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namque jubemus pro tanta ſuæ iniquitatis impudentia, ſi cognitionis judiciariæ eventu fuerint condemnati: rei, cujus poſſeſſionem ſponte reſtituere uſque ad definitivam ſententiam minime paſſi ſunt, æſtimationem victrici parti una cum ipſa re præbere compelli*

LEX pen. eſt ampliatio, ſive extenſio *l. ſi quis in tantam*: Namque pœnam ejus legis hæc lex pertrahit ad conductores, & ad eos, qui res alienas precario poſſident, ſi dominis eas recte, & ſuo tempore repetentibus, reſtituere nolint, ut ſcilicet condemnentur in duplum, id eſt, in rem ipſam, & ejus æſtimationem, licet non ideo perfecte dominum interverterint poſſeſſione rerum ſuarum, conſtituentes ſibi poſſidere, quod ante poſſidebant domino, ut conductores ſcilicet, vel precarii poſſeſſores, quia nemo ſibi ipſe mutare cauſam poſſeſſionis poteſt, *l. cum nemo, ſup. de adquirend. poſſeſſ.* & tamen perinde atque invaſores, & interverſores poſſeſſionis alienæ tenentur in duplum, propter impudentiam ſuam, & contumaciam.

Ad L.ult. Cum quærebatur *inter Illyricianam advocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam poſſeſſionem abſentium ſine judiciali ſententia detinuerunt, quia veteres leges, nec* unde vi *interdictum, nec* quod vi aut clam, *vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem poſſeſſionem definiebant, violentia in ablatam poſſeſſionem minime præcedente, niſi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res, vel poſſeſſiones, per ſuam auctoritatem uſurpare, ſancimus talem poſſeſſorem, ut prædonem intelligi, & generali juriſdictione ea teneri, quæ pro reſtituenda poſſeſſione contra hujuſmodi perſonas veteribus declarata ſunt legibus: Ridiculum enim eſt dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quaſi propriam occupaverit. Omnes autem ſcire debent, quod ſuum non eſt, hoc ad alios modis omnibus pertinere: cum talis depoſitio in furti actione jamdudum veteribus legibus definita eſt, dicentibus, ſi quis alienam rem adverſus domini voluntatem attigerit, furti actione teneatur: his videlicet, quæ ſuper recipienda poſſeſſione a nobis diſpoſita ſunt, locum habentibus, ſi non ex die, ex quo poſſeſſio detenta eſt, triginta annorum exceſſerint curricula.*

LEX ultima hujus tituli dat interdictum reſtitutorium dominis, quibus abſentibus, & non conſentientibus, ab aliis rerum, quæ ad eos pertinent, poſſeſſio occupata eſt, cum vacaret, id eſt, cum a nemine poſſideretur, cum nec animo domini retineretur, ut poteſt, neglecta nimirum ab eo, & derelicta, *ut in §. quod autem, Inſtit. de uſucap.* ſi occupata ſit ſine judicis auctoritate. Hæc omnia deſiderantur, ut abſentes fuerint domini, & vacans poſſeſſio apprehenſa ſit, ſine judicis auctoritate, & ut ab eo, qui non ignorabat rem eſſe alienam, cujus poſſeſſio vacabat. Olim hoc caſu non dabatur ullum interdictum reſtitutorium, quia poſſeſſio, quæ vacabat, id eſt, quæ a nemine poſſidebatur, non poteſt videri eſſe erepta, aut perturbata, aut interpellata, ut reſtitui debeat, ſed domino competebat tantum rei vindicatio, id eſt, actio proprietatis, non etiam interdictum momentariæ poſſeſſionis, ſive reſtituendæ poſſeſſionis, quam non habuit dominus. At ex hac conſtitutione, hoc caſu etiam domino datur interdictum reſtitutorium: & cenſet Juſtinianus pro prædone habendum eſſe eum, qui abſente domino ſine

A judice rem ejus ingreditur, relicta, & vacante poſſeſſione, quam ſcit non eſſe ſuam, nec ſibi debitam, aut obligatam. Ne quis hic objiciat caſum interdicti *quod legatorum*, quo legatarius rem legatam, cujus poſſeſſio vacat, occupat impune rem ſibi debitam, cujus poſſeſſio vacat, ut nec aliter heredi teneatur interdicto *quod legatorum*, quam ſi interſit heredis interveniente lege Falcidia. At non occupat impune ex hac conſtitutione rem alienam quis non ſibi debitam abſente domino, & ſine judicis auctoritate quinimo punitur ut prædo, etiam ſecundum ſententiam *l. ſi quis in tantam*, quia non poteſt excuſare ſe prætextu ignorantiæ. Nam *ut heic ait Juſt.* omnes ſcire debent, id quod ſuum non eſt, ad alium pertinere, ut in *l. ult. §. nemo, ſup. comm. de legat.* Plautus in Aulularia: *Tu illam ſcibas non tuam eſſe, non abactam oportuit.*
B Et eleganter Demoſthenes apud Stobæum λόγῳ 13: ad furem dicentem, *neſciebam rem tuam eſſe: at tu ſciebas & tuam non eſſe.* Et inde lex illa vetus apud Ælianum 3. Hiſtor. & Platonem 11. de legibus: ὃ μὴ κατέθου, μὴ λάμβανε: *quod non depoſuiſti, ne tollas*: Et apud Joſeph. 2. adverſus Appionem ὃ μὴ καθέτηκέ τις, οὐκ ἀναφερέτω. Illud notandum ex hac l. ult. in hac ſpecie, quod Juſtin. dat interdictum reſtitutorium, ac ſi in prædonem, eſſe perpetuum, ut evidenter exprimit in fine legis, cum tamen alias dari tantum ſoleat intra annum utilem: ſed hoc ideo, quia res geritur inter abſentes, ut in *l. 1. tit. ſeq.* magis ſubvenitur abſenti, & ignoranti, quam præſenti, nimirum dato interdicto reſtitutorio perpetuo, id eſt, uſque ad tricennium.

C

AD TITULUM V.

SI PER VIM, VEL ALIO MODO ABSENTIS PERTURB. POSS. SIT.

Ad L. I. Judices abſentium *qui cujuslibet rei poſſeſſione privati ſunt, ſuſcipiant in jure perſonas, & auctoritatis ſuæ formidabile miniſterium objiciant: atque ita tueantur abſentes, ut id ſolum diligenter inquirant, an ejus, qui quolibet modo peregrinatur, poſſeſſio oblata ſit, quam propinquus, vel parens, vel proximus, vel amicus, vel colonus, vel libertus, ſeu ſervus quolibet titulo retinebat: nec eos, qui*
D *dejecti ſunt abſentium nomine poſſidentes, quia minime ipſis deciſio cauſæ mandata ſit, ab expetunda re ſecludant: nec ſi ſervi ſint, eorum rejiciant in jure perſonas, quia hujuſmodi conditionis hominibus cauſas perorare fas non ſit, ſed poſt elapſa quoque ſpatia recuperandæ poſſeſſionis legibus præſtituta, litigium eis inferentibus largiri convenit: ut eos momentariæ perinde poſſeſſioni (ſine ulla cunctatione) reſtituant, ac ſi reverſus dominus litigaſſet. Cui tamen domino, quolibet tempore reverſo, actionem poſſeſſionis recuperandæ indulgemus, quia fieri poteſt, ut reſtitutio propter ſervos infideles, vel negligentes propinquos, vel parentes, vel proximos, vel amicos, vel colonos, vel libertos, interea differatur: Abſentibus enim officere non debet tempus emenſum, quod recuperandæ poſſeſſioni legibus præſtitutum eſt: ſed reformato ſtatu, qui per injuriam ſublatus eſt, omnia, quæ ſupererunt*
E *ad diſceptationem litigii, immutilata permaneant: judicio ſervato juſtis, legitimiſque abſentibus perſonis: cum valde ſufficiat poſſeſſ. tenentibus abſentium nomine, contra præſentium violentiam ſubveniri.*

HIC tit. pars eſt ſuperioris, & proprie pertinet ad poſſeſſ. alienam, quam quis per vim, vel alio modo occupavit, abſtulit, interpolavit abſenti poſſeſſori, & quodammodo cohæret cum *l. ult. t. ſup.* hac ratione, quoniam *& illa l. ult. & conſt. hujus tit.* ſunt de poſſeſſione occupata abſente domino: ſed illa de poſſeſſ. vacante; hæ conſtitutiones de poſſeſſione, quam abſens retinebat per alium, puta per ſervum, aut colonum, aut amicum ſuum, aut libertum, aut propin-

pinquum; alius autem occupavit per vim expulsis hominibus possessoris, servo, vel colono, vel liberto, vel amico, vel etiam qui eam occupavit alio modo, ut puta sub specie rescripti, aut judicati, ut in *l. 2. h. tit.* Et interdictum recuperandæ possessionis, quod in hac specie competit, tria potissimum singularia habet. Primum, ut expulsis hominibus, qui absentis nomine possidebant, statim operam dante judice interdictum detur, etiamsi causæ dictio, ut ait, eis mandata non sit. Regulariter nemo agit alieno nomine sine mandato, *l. si pupilli, §. ult. de negot. gest.* M. Tul. *pro Roscio Comœdo. Alteri nemo petere potest, nisi qui cognitor est factus*, id est, quasi procurator: Sed ex causa momenti etiam sine mandato de redintegranda possessione recte agit, qui absentis nomine possidebat, ex *l. 1. h. t.* & ut *l. ult. sup. tit. prox.* ab actione furti, qua tenetur etiam is qui rem alienam attrectat, quam dominus non possidet, cum id se domino non invito facere judicare debeat, argumentatur ad actionem momenti, sive interdictum, ut etiam hoc teneatur, qui absente, & ignorante domino vacantem possessionem occupavit: ita quod ait hæc *lex* 1. de actione momenti, ut possit perturbata possessione, qui alieno nomine possidebat absente, nec mandante domino, eam intendere, sive instituere, confirmari potest exemplo actionis furti, qua ex lege Hostilia licebat sine mandato cuilibet experiri nomine ejus, qui erat apud hostes, vel qui Reipublicæ causa aberat, & nomine ejus, qui in tutela erat, capti ab hostibus, vel absentis reipublicæ causa, ut in §. 1. *Inst. de his, per quos agere poss.* Et hoc est primum, quod singulare est in hac causa, absenti interpellata possessione, quam per alium possidebat. Item in hac causa singulare hoc est, ut servis, qui nomine domini possidebant, & expulsi sunt, postulantibus detur interdictum momentariæ possessionis, quo experiantur adversus eum, qui expulit, ut in *l. ult. sup. qui legit. person.* & *l. 1. & 4. C. Theod. unde vi.* Regulariter servum causas orare fas non est, sic loquitur *l. 1. h. t.* forte respiciens ad illud Comici, *servum hominem causam orare leges non sinunt*: orare est agere, quod & adorare in 12. *tab.* illo loco: *si adorat furti, quod nec manifestum escit.* Et in servis hoc est regulariter verum, ut probat *l. tutelas, §. 1. ff. de capite min. l. 3. ff. ne quis eum, qui in jus vocat. est vi exim. l. 3. §. si servus, ff. de pecul. l. ult. sup. de nox. act. l. 6. 7. sup. de judic. l. 4. sup. de obsequiis patrono præstan. Valentinianus Nov. de competitoribus, servos*, inquit, *nec ab initio, quasi nec personam habentes, in judicium admitti volumus.* Imo & servi precum quoque offerendarum principi, libelli offerendi principi incapaces sunt, *l. 1. sup. de precib. Imper. offer.* Sed ab hac regula juris excipitur casus ablatæ possessionis alienæ, quam dominus per servum suum possidebat: Nam hoc casu servus interdicto momentariæ possessionis agere potest, non etiam de proprietate, id est, secunda actione principali, quæ est de proprietate, quia secunda actio, sive principalis, quæ est de proprietate omnino desiderat justas & legitimas personas, id est, liberos homines: judices etiam jubentur hac in re diligenter navare operam, & quasi suscipere personas absentium, ut scilicet sine ulla cunctatione possessionem interpolatam in integrum restitui jubeant, atque procurent. Accurs. hoc loco alium casum adjicit, quo existimat etiam servum in judicium civile admitti, quem sumit ex *lege ult. sup. ubi causæ fisc.* Perperam: Nam illa *lex ult.* non tantum loquitur de servo, sed etiam de inquilino, vel colono domorum principis, quos sive agant, sive conveniantur super criminali, vel civili negotio, statuit, non alium observare judicem, quam præpositum sacri cubiculi, ad quem pertinebat præcipue cura domorum Principis, adjuncto comite domorum. Et quatenus l. loquitur de civili judicio, id tantum accommodari debet ad inquilinum, vel colonum, non servum, quoniam cum servo nulla est actio civilis, nec ex contractu, nec ex delicto: quatenus autem lex illa loquitur de criminali negotio, id solum potest accommodari etiam ad servum, quia plerumque cum servo potest esse criminale judicium: servus omnibus pene legibus publicorum judiciorum reus fieri potest, *l. hos accusare, §. omnibus, ff. de accusat.* Maxime iis legibus, quibus non adjicitur, cujus conditionis homo fecerit, veluti, ut disputat M. Tullius pro Cluentio, *si in lege ita sit scriptum: quicunque civis Rom. erit, hac lege non tenetur servus: At si ita sit scriptum*, non expressa conditione hominis: *Quicumque venenum malum fecerit, hominem occiderit: hac lege etiam servus tenetur*: & fere omnes leges publicorum judiciorum ita scriptæ sunt, non notata conditione ejus, qui in eam incidit. Itaque recte dicimus, *omnibus pene legib. publicorum judiciorum servum fieri posse reum.* Et contra servus quoque ex quibusdam legibus accusationem instituere potest adversus liberum hominem, veluti de majestate, aut de annona, *l. mulieri, in fi. eod. tit. l. famosi, ff. ad leg. Jul. maj.* At civili actione nil refert, nati sit ex contractu, an ex delicto, veluti furti actione, quæ est civilis, aut vi bonorum raptorum, aut l. Aquiliæ, aut injuriarum, servus nec agere, nec conveniri potest, excepta actione momenti ex hac *l. 1.* cujus exemplo, quoniam & supra jam bis contulimus actionem furti cum actione momenti, fortiter defendi potest, re domini absentis furto sublata, servum furti agere posse, servum furti agentem a judice non pati repulsam. Tertium, quod est singulare in specie hujus legis, hoc est: ut ex hac causa, interversæ scilicet possessionis absentis, non vacantis, interdictum recuperandæ possessionis, sive actio momenti perpetuo competat, quod idem & in possessione vacante domino statuit *lex ult. tit. sup.* Ergo etiam domino reverso, si interim, qui expulsi sunt possessione, in qua erant nomine absentis, interdicto non egerint, etiam post annum hoc interdictum datur. Sic videmus magis subveniri absenti, cujus possessio interversa, vel occupata est, nimirum dato momento perpetuo, quam præsenti, cui datur tantum annale momentum, sive interdictum pro redintegranda possessione. Et hanc rationem (ut opinor) Cassiodorus, qui fuit magnus Jurisconsultus, & quæstor principis, ait 7. *variar. in formul. præfecti vigil. vigilibus momenti tempora dilatata esse*, id est, non esse coarctata anno utili, quia scilicet vigiles, etiamsi in urbe præsentes sint, vice absentium habentur, *l. si maritus 2. §. legis, ff. ad leg. Jul. de adult.* Et hoc est, quod ait *l. 4. C. Theod. unde vi, ex hac causa, de qua agimus, & absentibus, & in militia constitutis subveniri.* Vigiles autem constat esse milites.

Ad L. II. Nec imperiale responsum, *quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris ex quacunque parte innovare possessionis statum, eo, qui rem tenet, absente, permittit, quia negotiorum merita, partium adsertione panduntur.*

Lex 2. docet, nec sub specie sola rescripti, aut interlocutionis judicis absentis possessionem esse perturbandam, quia, inquit eleganter, quod in proverbium cessit, *causarum merita partium adsertione panduntur*, id est, quia conveniri prius, & audiri possessorem oportet ex ordine juris, & stato condictoque die adversus eum disceptari de causæ meritis, præsente utraque parte, non temere statim transferri possessionem, aut haberi statim pro jure translatam possessionem, quam quis arripuit, inconvento adversario, nixus solo rescripto principis, aut præcepto judicis, quo forte jubetur possessionem eam sibi vindicare: Nam hæc verba, *principis, aut judicis*, non intelliguntur abolere ordinem juris. Et hæc *l. 2.* est conjungenda cum *l. penult. sup. de adquir. possess.* quæ ait, *vitium hujus possessionis*, arreptæ scilicet non convento adversario, *etiam heredem ejus sequi, qui rescripto abusus est, etiam si heres ejus bona fide possideat, ignarus vitiosi initii possessionis*, quia heres est successor jurium omnium defuncti, id est, virtutum, & vitiorum; commodorum, & incommodorum omnium, ideoque eam rem non poterit usucapere, si defunctus eam vi occupaverit, & tenebitur heres ejus, ad quem hæc possessio pervenit per defunctum, interdicto momentariæ possessionis, ut in *l. ult. hujus tituli.*

AD TITULUM VI.

UTI POSSIDETIS.

Ad L. unic. Uti possidetis fundum, *de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector provinciæ vim fieri prohibebit: ac satisdationis vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet.*

CONSTITUTIONIS hujus tituli duas facio partes, quarum secunda est de judicio petitorio, id est, de causa proprietatis. Prima pars est de judicio possessorio, id est, de interdicto retinendæ possessionis, quod vulgo appellatur *uti possidetis*, a primis verbis interdicti, quæ constitutio hujus tituli proponit statim ab initio, & in idiotismo appellatur *complainte en cas de saisine, & de novvellete, ou plainte de Haro*: & est in usu frequentissimum interdictum, quod de omni re, omnique jure competit, & sacro & profano, & est (ut dixi) interdictum retinendæ possessionis, quia prætor eo vetat vim fieri ei, qui possidet: pertinet autem hoc interdictum ad res immobiles. Aliud est interdictum retinendæ possessionis rerum mobilium, quod etiam a primis verbis appellatur *utrubi*, de quo omnino est intelligenda *l. coloni, inf. de agricol. & cens. lib.* 11. quoniam ea l. in Codice Theodos. ponitur sub *tit. utrubi.* Ergo, quæ in ea lege appellatur *celeris reformatio possessionis*, quod est momentum, est interdictum utrubi. Et inter ea interdicta uti possidetis, & utrubi olim hæc fuit differentia: interdicto uti possidetis vincebat, qui tempore redditi interdicti, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat: Nam qui possessionem habet ab adversario vi, aut clam, aut qui eam ab adversario precario accepit, nunquam in causa possessionis vincit, quia manifestum est vitium possessionis. Itaque adversus illum, a quo habet possessionem malo more, id est, vi aut clam, aut precario, ea possessio nihil ei proficere potest: non potest retinere ab eo adversus illum: nam adversus alium, a quo non habeo possessionem, possessio mihi proficit, etsi eam adeptus sim cum vitio. At (ut dixi) interdicto uti possidetis vincebat is, qui tempore redditi interdicti, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat: Nam hæc verba interdicti, *uti possidetis*, referuntur ad præsens tempus, id est, quo redditur interdictum, *l.* 1. §. *interdictorum, ff. de interdict.* quæ talia esse prodidit Ælius Gallus JC. apud Festum, *uti nunc possidetis*: & in *l.* 3. §. *Labeo, ff. uti possid. Sicut nunc possidetis.* Articulus (*nunc*) præsens tempus significat. Denique interdictum uti possidetis concipitur in præsens tempus, & in eo præsentis temporis possessio spectatur. Interdicto autem utrubi vincebat is, qui majore parte anni retrorsum numerati, ut ait Paulus 5. *Sentent. tit. de interdict.* εἰς τὸ ὑπίσω ἀνακλωμένα, ut ait Theophilus *eod. ti.* qui, inquam, majore parte anni retrorsum numerati, non prorsum, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possederat, *l.* 1. *ff. utrubi.* Et ideo ad interdictum utrubi omnino referri debet *lex majore, ff. de verb. signific.* postea vero sublata est illa differentia, cœpitque utroque interdicto vincere, non qui tempore redditi interdicti, non qui majore parte anni, sed qui tempore litis contestatæ ex causa interdicti nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat, §. *hodie tamen, Instit. de interdict. l.* 1. *ff. utrubi.* Ait. *Qui possidebat eo tempore, quo super hoc, id est, possessione ab adversario inquietabatur.* Quæ verba sunt Triboniani, & significant tempus litis contestatæ. Ex quo apparet verum esse, quod fertur in foro, *qu'en defendant par contraire possession l'on trouble*, id est eum, cum quo actor litem contestatur ex causa interdicti ad retinendam possessionem, si rem defendat, inquietare actorem, eundemque possessorem videri, nimirum quia facit litem possessionis, qui judicium de possessione accipit, nec cedit actori. Hodie vero

A longe alio jure utimur, quam quod exposuimus: Nam hoc, vel illo interdicto, uti possidetis, vel utrubi, neque vincit is, qui tempore redditi interdicti, nec is, qui tempore litis contestatæ, nec is, qui majore parte anni, sed is, qui toto superiore anno, ipse auctorve ejus, nec vi nec clam, nec precario ab adversario possedit: & ne vis fiat, res plerunque sequestro deponi solet, quam tamen sequestrationem recte recusat is, qui toto superiore anno recte possedit. Et hoc est, quod dicimus, *que celuy là a raison d'ententer complainte en cas de saisine, & nouvellete, qui est possesseur d'an & iour, contre celuy qui le trouble & empesche en sa possession, concluant à ce qu'il soit maintenu & gardé en sa dite possession, laquelle son adversaire luy trouble induement: & de nouvel, & en cas de debat s'il pense qu'il n'en puisse iouyr paisiblement, concluant*

B *que le bien soit saisi, & sequestré.* Quod inferius genus sequestrationis esse ex jure civili comprobabimus. Sed ad hæc prius notandum hac in re, quomodo distet actio ab interdicto: Nam possessori, cui datur interdictum uti possidetis, vel utrubi, possessori, inquam, rei corporalis, ultro nulla datur actio, neque qua dominium vindicet, quia sufficit ei possessio, & rei vindicatio non comparatur sine dispendio possessionis, *l.* 1. §. *interdictum autem, ff. uti possidet.* neque qua vindicet possessionem ejus rei, quia jure civili nulla est prodita vindicatio possessionis. Ælius Gallus apud Festum (ut memini me recte emendare) *possessio*, inquit, *non est iis de rebus, quæ tangi possunt: neque qui dicit se possidere is, hanc ego rem, potest dicere* (quod est initium formulæ vindicationis) *Itaque*, inquit, *in legitimis actionibus, nemo ex jure Quiritum*

C *possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut prætor his verbis utatur, uti nunc possidetis.* Et sententia Galli hæc est, possessionem esse rem incorporalem, quæ solo intellectu percipitur, & abstrahitur, non sub sensus cadit nostros. Et quia formula vindicationis hæc est: *hanc ego rem ex jure Quiritum meam esse ajo*, non convenit possessioni: nam hoc provocabulum (*hanc*) est demonstrativum, & possessio, cum sit res incorporalis, demonstrari non potest: itaque nemo ex jure Quiritum lege agendo possessionem suam vocat, id est, nemo vindicat, sicut Cornificius ad Herennium: *suam hereditatem vocat lege agnationis*, id est, vindicat hereditatem, tanquam agnatus, sed is, qui dicit se possidere, agit interdicto uti possidetis, vel utrubi, eoque magis se, quam adversarium possidere affirmat, & postulat, ut se potius

D prætor tueatur, ne amittat possessionem. Et quod dicitur in *l.* 3. §. *sed & usumfruct.* §. *si mecum*, & §. *Pomponius, ff. ad exhib.* interdicturo dari actionem ad exhibendum, quod glossæ non intelligunt: non potest referri ad aliud interdictum, quam ad interdictum utrubi: Nam interdictum uti possidetis, non pertinet ad res mobiles, de quibus est tantum actio ad exhibendum. Et aliis interdictis non dicimus nos possidere, nimirum, quia omnia alia interdicta non possessori dantur; proinde non vindicatur, aut quasi vindicatur aliis interdictis possessio; & actio ad exhibendum competit tantum vindicaturo, aut quasi vindicaturo: non igitur interdicturo, nisi interdicturo utrubi, videlicet si in præsenti non possideat, sed possederit majore parte anni, vel ut hodie utimur, toto superiore anno. Et de prima parte hujus constitutionis

E hactenus. Secunda pars, quæ incipit ab his verbis, *ac satisdationis*, est de causa proprietatis, in qua, ut statim videbitur, & perspicue exponam sententiam hujus partis, quam communes interpp. non assequuntur: & qui magna cum laude tenuit has scholas Franciscus, longe ab ea recessit: Nec in Accursio habeo, quod probem, præter hæc verba, *forma servata*, inquit, *satisdando, vel de transferenda possessione*: Sententia hæc est, ut qui est reus in judicio petitorio, id est, qui vicit interdicto uti possidetis, in illo judicio petitorio satisdet actori de re conservanda, & restituenda, si vincatur in judicio petitorio: aut eo non satisdante, & actore offerente satisdationem, ut possessio transferatur in actorem, & ille ex reo fiat actor, & fungatur onere petitoris, solusque probandæ causæ pro-

prie-

prietatis oneri subjiciatur, quod fit sæpe, ut quis veluti pœnæ causa ex reo fiat actor, possessione ab eo translata in petitorem, atque ita petitore facto reo, commutatisque personis, ut in *l. ædificatum, de dam. inf. & l. si priusquam de novi oper. nunt.* Neutro autem satisdante, quid fiet? Sane possessor, qui interdicto vicit, tanquam in pari causa erit potior, aut sane ea res arbitrio judicis sequestro deponetur neutro satisdante. Et hic est ordo edicti perpetui, & forma, de qua hæc lex loquitur, quæ servatur & in multis aliis casibus; ut in petitione hereditatis, is, a quo petitur hereditas, id est, possessio hereditatis, satisdare debet actori de servanda re, & restituenda ni vicerit: aut eo non satisdante, possessio transfertur in petitorem satisdantem. Neutro autem satisdante, possessor potior habetur, aut bona sequestrantur, *l. de bonis, §. ult. ff. de Carbon. edic. & Paulus 1. Sentent. tit. de satisd.* Idem ordo servatur in hac specie: Filius emancipatus præteritus, si petat bonorum possessionem contra tabulas, suo, id est, filio defuncti, qui non fuit emancipatus satisdare debet, *se bona propria collaturum in commune, qu'il rapportera ce qui luy est propre.* Si non satisdat, possessio portionis contingentis filio emancipato transfertur in suum satisdantem de ea restituenda emancipato, cum emancipatus reipsa bona propria contulerit. Neutro satisdante, portio emancipati sequestratur. Et hæc est sententia *l. 1. §. si frater, & l. 2. §. ult. ff. de collat. bon.* Postremo idem etiam ordo juris servatur in hac specie: heres condemnatus fideicommissario, appellavit, debet satisdare fideicommissario nomine fideicommissi, vel si non satisdet, transferenda est possessio rei per fideicommissum relictæ in fideicommissarium satisdantem: neutro autem satisdante, res per fideicommissum relicta sequestratur, *l. postquam, §. Imper. D. ut legat. nom. cav.* Et hunc ordinem etiam Imperator in secunda parte hujus legis finito judicio possessorio de retinenda possessione, vult servari in judicio petitorio, ut qui vicit interdicto satisdet, aut in satisdantem actorem transferat possessionem.

AD TITULUM VII.

DE TABULIS EXHIBENDIS.

Ad L. Unicam. Si in potestate patris *fuerint impuberes filii, & vos eis estis substituti; atque ita ad vos intra pubertatem illis decedentibus cœpit hereditas pertinere: de exhibendis testamenti tabulis interdicto uti potestis.*

INTERDICTA, quæ sunt proposita superius, vel *restitutoria* sunt, ut quorum bonorum, quod legatorum, unde vi: *vel probibitoria*, ut interdictum uti possidetis. Sequuntur postea interdicta *exhibitoria*, quæ licet figura verborum sint exhibitoria, vi tamen ipsa τῇ δυνάμει restitutoria sunt: Nam ut in actione exhibitoria verbum (*exhibere*) restituendi vim, effectumque in se continet, *l. Julianus, §. quantum, ff. ad exhibend.* sic & in interdictis exhibitoriis, ut actori scilicet restituatur, quod exhiberi desiderat, *l. 1. §. in hoc interdicto*, illo loco, *sed omnino restituendum, ff. de liber. exhib.* & in *l. pacto 26. sup. de pactis, de chirographis exhibendis*, id est, *restituendis, & l. ult. sup. de ædilit. act. servum exhibere*, id est, restituere. Et hic si quæras, quid actio exhibitoria, quæ & ad exhibendum appellatur, distet ab interdicto exhibitorio: dicam hoc tantum, quod actione exhibitoria petantur res, quæ nostræ sunt, *l. 3. §. si ipse, D. de tab. exhib.* & quas mox nostras esse dicturi, id est, vindicaturi sumus: *interdicto* autem exhibitorio petantur res, quæ nostræ non sunt, ut tabulæ testamenti, in quibus nobis aliquid relictum est, quæ non sunt singulorum, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est, *l. 2. in princip. D. quemad. testam. aper.* nec eas postquam exhibitæ fuerint vindicaturi sumus; vel etiam petantur interdicto exhibitorio liberi homines, qui nullius dominio subjecti sunt, nec vindicari possunt, aut peti actione ad exhibendum, *l. si liber, D. ad exhib.* vel etiam petantur liberi nostri, id est, filii, vel nepotes, quos in potestate habemus, qui æque nostri, id est, in dominio nostro non sunt. (Aliud enim est dominium, longe aliud potestas) nec a nobis vindicari possunt, *l. 1. §. 1. ff. de rei vindicat.* Et ex his quidem interdictis exhibitoriis, primum hac lege proponitur interdictum de exhibendis, sive proferendis tabulis testamenti, quod & momenti beneficium vocat Anianus *l. 1. C. Theod. victum civil. criminal. ag. non posse*, & competit primis heredibus, vel etiam secundis, existente casu substitutionis, ut in specie legis positæ sub hoc titulo, vel legatariis, aut fideicommissariis, quorum interest tabulas testamenti inspicere, & describere: & generaliter omnibus, quibus quid in eis adscriptum est, *l. 3. §. solent, D. de tabul. exhibend.* Et rursus competit hoc interdictum adversus eum, penes quem sunt tabulæ, si negat eas se exhibere posse, vel oportere, *l. 1. §. 1. eod.* Nam si non negat, hoc interdicto frustra convenietur, sed extra ordinem compellendus est eas exhibere *l. 2. §. ult. D. quemad. testam. aper.* Dixi, hoc interdictum dari heredibus, quibus tamen etiam vindicatio tabularum competit, & actio ad exhibendum, *l. 3. eod.* Sed hoc ita distingui volo, ut competat heredibus vindicatio tabularum tanquam suarum: nam tabularum testamenti, quis justius sibi adserat dominium, quam heres? Et ob id ad exhibendum quoque actio, ut heredibus competat: hoc vero interdictum de tabulis exhibendis, ut heredibus detur, non tanquam de instrumento proprio suo, sed tanquam de instrumento publico, quod non est solius heredis, sed universorum, quibus quid testamento adscriptum est, ut ait *l. 2. in pr. eod.* Ceteris autem extra heredes, quibus legatum, aut fideicommissum relictum est, hoc tantum interdictum competit de tabulis exhibendis, non vindicatio tabularum, non actio ad exhib. *l. 3. §. si quis extra, D. de exhib.* Et ex his facile cognosces, quemadmodum sit separanda actio exhibitoria ab interdicto exhibitorio.

AD TITULUM VIII.

DE LIBERIS EXHIBENDIS, SEU DE DUCENDIS, ET DE LIBERO HOMINE EXHIBENDO.

SEQUUNTUR in hoc titulo alia duo interdicta exhibitoria, & unum prohibitorium, quod est *de ducendis liberis.* Primum autem interdictum exhibitorium est de *liberis exhibendis*, quod competit parentibus, qui eos in potestate habent, adversus eum, apud quem sunt non sua sponte. Dico, *qui liberos in potestate habent*, quæ quasi proprietatis quæstio est, & in hoc interdicto vertitur, ut docui, *sup. tit. 1. h. libri.* Dixi, *adversus eum, apud quem sunt*, quoniam hæc sunt verba prætoris, qui tamen in superiore interdicto de tabul. exhibendis maluit dicere, *penes quem tabulæ testamenti sunt.* Et ratio hæc est, quia liberi homines apud nos esse possunt, non etiam penes nos, tabulæ etiam penes nos, quo pertinet *l. penes, de verb. signif. Apud* significat personam, & locum: *penes*, personam, & dominium, aut possessionem. Eleganter Seneca in epistol. *quidquid est, cui dominus inscriberis, apud te est, tuum non est.* Ergo interdictum de tabulis exhibendis datur adversus eum, *penes quem sunt*, id est, qui earum dominium, vel possessionem habet. Interdictum autem de liberis exhibendis, adversus eum, *apud quem sunt*, id est, qui quoquo modo retinet, sive dominii, sive possessionis jure: quia & liberi hominis dominium, aut possessio non est adversus liberos ipsos, qui sunt in potestate nostra, & apud se, non apud alios, non datur interdictum de liberis exhibendis, quo simul quæratur in potestate sint, necne: & hoc ostenditur in *l. 3. §. hoc autem, & §. seq. D. de liber. exhib.* & utique adversus liberos ipsos non datur principaliter, & unice. Sed si principaliter agatur de hereditate, quam contradicente filio jure potestatis pater sibi per filium quæsitam dicat, in hanc quæstionem

recte

recte cadit, vel incidit interdictum de filio ducendo, ut *l. pen. D. de lib. exhib. & l. 1. hoc tit.* & utriusque quæstionis idem erit disceptator, & judex. Porro post interdictum de liberis exhibendis, subsequitur interdictum de liberis exhibitis ducendis, quod est prohibitorium, *id est*, vetat vim fieri ducenti liberos suos. Et de eo accipio *l. 1. hoc tit. ex d. l. pen.* Et in Rubrica hic lego *divisim*, seu *de ducendis*, quia in interdicto prætor *ducendi*, non *deducendi* verbo utitur, & nobis non licet mutare verba legum, aut interdictorum: quin & si vel tantillum mutaverimus, deteriora fecerimus. *Deducere*, est prosequi ducentem, *ducere*, præire deducenti. Secundum autem interdictum exhibitorium, quod in hoc titulo proponitur, est de libero homine exhibendo, quod patri datur de exhibendo filio emancipato: matri etiam de exhibendo filio, vel filia, ut in *l. 2. hoc tit.* quæ est scripta ad matrem, & marito plerunque adversus socerum de exhibenda, ac ducenda uxore, ut *l. 2. ff. de liber. exhibend.* & *l. 3. hoc tit.* quæ est scripta ad Evodium maritum, quod animadvertendum est. Et generaliter hoc interdictum datur cuilibet extraneo studioso tuendæ libertatis, si quis liber homo dolo malo ab alio retineatur, ut patri de filio emancipato, vel matri, quem alius retinet dolo malo. Est igitur quasi publicum interdictum, quia patet omnibus, *l. 3. §. hoc interdict. ff. de liber. hom. exhib.* Quod ita verum est, si ut Ulpian. ait in *d. l. 3. §. plane si dubitat.* si is qui exhiberi desideratur, pro certo liber sit: sic loquitur Ulpianus, ut Sallust. *pro certo constat*. Nam si quæratur de statu, si controvertatur de statu hominis, puta liber sit, an servus, sicut *interdicto de tab. vel liber. exhib.* non oportet præjudicium fieri quæstioni hereditatis, *l. ult. D. de tabul. exhib. l. pen. D. de lib. exhib.* secundum regulam *legis per minorem, D. de judic.* Et ut Quintilianus ait declam. 319. *de vita cogitari, de majori re prius quæri oportere*. Ita Ulpianus in *d. §. plane si dubitatur*, ait, *interdicto de libero homine exhibendo, cum de statu quæritur, non oportere præjudicium fieri alienæ cognitioni*. Et satis apparet eum vocare *alienam cognitionem*, cognitionem de statu hominis, sive cognitionem de liberali causa: quamobrem semper existimavi eo loci illud *Alienæ*, esse proprium nomen legis de cognitione liberalis causæ. Nam & auctores limitum mentionem faciunt legis Alienæ, & apud Dionem in Vespasiano mentio fit *Alieni Vespasiano amicissimi*. Et in M. Tullii Divin. illo loco, *deinde, ut opinor, habet Alienum, Cæcilius scilicet*. Asconius Pedianus, *quosdam Alienum velle intelligi proprium nomen esse*, quod est verissimum: *quosdam non esse proprium nomen, sed significari alienum*, id est, *alterius judicii, non ex auditorio prætoris hominem*, quod nemo ullus unquam probavit, sicut ne nos in *d. §. plane si dub.* ut *alienæ*, sit alteri cognitioni: nec enim alteri cognitioni per alienam unquam simpliciter vetatur præjudicium fieri, sed per minorem tantum majori, veluti de hereditate, de statu, de capite, de causa fiscali. Neque vero cum eo, quod ait ille *§. plane si dubitat* (*si de statu agatur, cessare interdictum de libero homine exhibendo*) quidquam pugnat *§. exhib. Instit. de interd.* qui prætorem ait, per interdictum jubere exhiberi eum, cujus de libertate agitur: quoniam hoc sic intelligi potest, cujus de libertate tuenda agitur, ne invitus ab alio retineatur, quem pro certo constat esse liberum, nec negat, qui retinet, quia non facit ei controversiam status, vel etiamsi illa ejus §. verba, ut Theophilus, accipias de controversia status, quam facit is qui tenet eum, quem in libertatem vindicare volo, hic erit sensus minime contrarius *§. plane si dubitat.* ut hujus judicii de liberali causa præparandi gratia absque præjudicio possim desiderare eum hominem exhiberi, vel actione ad exhibendum, ut probat *l. de eo, D. ad exhib.* vel hoc interdicto.

Finem huic operæ dabit quæstio hæc, *cur creditori non detur interdictum de exhibendo debitore, qui latitat apud aliquem, illo conscio?* Nam creditori denegatur hoc interdictum, *ex l. ult. §. ult. ff. de lib. hom. exhib.* Et vera ratio, ut opinor, hæc est, quia creditori adversus debitorem latitantem alia suppetunt remedia ex edicto prætoris, puta ut mittatur in possessionem bonorum debitoris latitantis, quo nihil potest esse gravius, & quia creditoris pecuniariter interest, id est, agitur de ære ejus. At interdictum de libero homine exhibendo non datur ei, cujus pecuniariter interest, *l. si liber, ff. ad exhibend.* datur cuilibet fautori libertatis civium, etiamsi quod homo liber ab alio retineatur, propterea nihil ei absit, atque adeo nihil ejus intersit, quod ad rem familiarem attinet non retineri eum hominem tanquam suum, quia non multum a servis distant, qui inviti retinentur. Denique hoc interdictum de libero homine exhibendo non juris sui, aut rei familiaris, vel pecuniæ tuendæ, sed officii tantum causa datur, *pour faire plaisir*, ut ait *l. 2. §. officii, ff. de interd.* non datur, quod pecuniariter intersit, sed quod hominis cujusque intersit, hominem beneficio affici, & mutua officia commeare inter homines, *l. servus, ff. de servis export.*

AD TITULUM IX.

DE PRECARIO, ET SALVIANO INTERDICTO.

IN hoc titulo proponuntur duo interdicta restitutoria, Precarium, & Salvianum. *Precarium* est de re precario concessa restituenda ei, qui concessit. Precarium autem, licet sit gratuitum, sicut donatio, & commodatum, non tamen idem est omnino, quod donatio, quoniam donatio non revocatur, precarium revocatur. Eademque ratione non est idem, quod quæ *precariæ* dicuntur in jure Canonico, quæ non revocantur, *c. ult. ex. de prec.* Non est etiam idem, quod commodatum: Nam commodatum revocari importune non potest: Nec recte agis commodati, nisi tempore agas, ut si equum tibi commodavi, ut Romam ires, antequam eo Romam vectus fueris, eum tibi auferre non possum. At precarium quandocunque revocari potest, etiam importune & intempestive: atque etiamsi concessum sit ad certum tempus, revocari ante illud tempus potest, *l. cum precario, ff. eod.* quoniam totum hoc, quod precario rogatur conceditur que, descendit ex liberalitate, & bona volentia, seu libidine ejus, qui precario concessit, *l. quæsitum, §. eum quoque, eod.* Itaque ex pœnitentia precarii repetitio est, sicut donati mortis causa, vel donati ob rem, alioquin non esset precarium, sed commodatum, a quo non licet pœnitere, a precario licet pœnitere, etiam statim. Et recte Decius in *l. in omnibus obligation. & l. contractus, de regul. jur.* reprehendit Panormitanum, qui in *d. cap. ult. de precar.* scribit, precarium ex pœnitentia illico revocari non posse, id est, statim atque concessum est, hoc est falsum & alienum a natura precarii, qua liberalitate nulla est imbecillior, aut inconstantior. Revocatur autem precarium interdicto, quod precarium dicitur, quo tenetur etiam heres ejus, qui precario rogavit, & accepit, *l. 2. h. tit. d. l. quæsitum, §. ult.* Neque huic sententiæ obstat *l. cum precario, §. ult. ff. eod. tit. vel l. cum heres, ff. de diversf. & temp. præscr.* quæ negant heredem ejus, qui precario rogavit, teneri interdicto precario: nam brevis distinctio rem expediet in hunc modum: heres ejus tenetur interdicto precario ex persona defuncti, ex sua persona, puta si in possessione permaneat, non tenetur interdicto precario, quia nullas ipse preces adhibuit, & precarium finitur morte ejus, qui precario rogavit, *d. l. cum precario, §. ult.* atque etiam morte ejus, qui precario concessit, *l. certæ, in pr. ff. eod. tit.* Sed heres precarii possessoris, si post mortem ejus in possessione permaneat, tenetur interdicto de clandestina possessione: quoniam (ut ait eleganter Paulus 1. *Sentent. tit. de interd.*) non precario, sed clam possidere videtur. Commodatum autem morte finiri commodatarii, vel commodantis non invenies, imo heredem commodatarii ex

ex sua persona, & ex suo facto teneri actione commodati, *l. pen. sup. de commod. l. in commodato, §. si ex facto, ff. eod.* Et præterea ex commodato nascitur ultro citroque actio civilis commodati, directa, & contraria, *d. l. in commodato, §. sicut.* Ex precario autem nulla nascitur civilis actio, ut patet ex *l. eum qui §. is qui precario, ff. de furt. l. interdict. ff. de prec.* Hac ratione, quoniam precarium magis accedit ad donationem, quæ non est contractus, nec obligationem constituit, quam ad commodatum, vel alium contractum: accedit ad utrumque, ideoque modo donatio, sive liberalitas, modo contractus dicitur in jure nostro, sed magis est donatio, revocabilis scilicet, non irrevocabilis, non directa, non simplex. Itaque deficiente actione civili ex precarii causa, & nulla interveniente stipulatione de re restituenda precario concessa, ex qua nascitur ex stipulatu actio civilis, necessarium fuit dari interdictum de precario, quod tamen non datur ultro citroque, id est, mutuo: sed ei soli, qui precario concessit: existente actione civili, veluti ex stipulatu, qua sibi caverit is qui precario dedit, non est necessarium interdictum precarium, *l. & habet, §. cum quis, ff. de pre.* Neque huic sententiæ obstant *l. 2. §. pen.* vel *l. duo, §. ult. eod.* quæ de interdicto etiam dant actionem præscriptis verbis, quam concedo esse civilem. Et his legibus ita respondeo: initio jure civili nullam fuisse actionem proditam de precario, propterea quod est magis simile donationi: sed postea ex constitutionibus cœpit etiam de precario dari civilis actio præscriptis verbis, hoc colore, quia ad aliquid est simile commodato, & civilis actio præscriptis verbis datur ex omnibus negotiis (quod notandum) quæ civilibus negotiis, in civitate nimirum receptis, & usitatis, & proprium nomen habentibus adsimilia sunt, ut ex permutatione, quæ est similis emptioni, & quando res æstimata vendenda datur, quod negotium est etiam simile emptioni, & ex negotio do ut facias, quod simile locationi, & ex negotio facio ut facias, quod est simile mandato: quas similitudines non abs re notat semper, & observat, ut nos eodem exemplo observemus eas, ex eisque ducamus rationem dandæ civilis actionis præscriptis verbis, *l. naturalis, ff. de præscript. verb.* quoniam hæc actio non datur ex negotiis, quæ civilibus negotiis proprium nomen habentibus minime adsimilia sunt, ut non datur ex negotio facio ut des, quoniam nulli negotio civili nomine prædito negotium illud adsimilari potest: & datur tamen actio civilis præscriptis verbis ex negotio, de quo in *l. si gratuitam initio, ff. de præscript. verb.* agitur, eadem ratione, quia constitutiones eam actionem dedisse diximus, ex precario nimirum, quoniam simile est commodato. Et species *legis si gratuitam*, quæ maxime pertinet ad hanc rem hæc est: Si tibi gratuitam habitationem dedero, quod negotium Vivianus Jurisconsultus dicebat esse commodatum, & ex eo dari commodati actionem, ut refert *d. l.* atque etiam *l. 1. §. 1. ff. commod.* Alii dicebant esse donationem, aut precarium: nam sicut precarium, ut ante dixi, ita etiam gratuitæ habitationis concessio finitur morte ejus, qui concessit, & ejus, cui concessa est, *l. pen. ff. de cap. minut. l. Lucius, ff. de donat.* Itaque in re controversa dubitationis tollendæ gratia, *l. si gratuitam*, ait, ex ea causa, neque dandam esse actionem commodati, ut Vivianus voluit, neque interdictum de precario, ut *l. & habet, §. 1. ff. de prec.* Sed tanquam ex proprio quodam, & novo negotio, simili tamen commodato, actionem præscriptis verbis. Et quod dixi ex constitutionibus, non jure civili proditam esse de precario civilem actionem præscriptis verbis, ut hæc dicerem movit me *l. 2. ff. de precar.* quæ ait, *illam actionem præscriptis verbis de precario ex bona fide oriri*: quibus verbis, ne cavillemur, proculdubio significatur, eam actionem esse bonæ fidei actionem, ut in *l. pen. sup. depos.* iisdem verbis idem significatur. Et palam id quoque edicunt Basilica ad *leg. 2.* in quibus ita est ἔχει δὲ, &c. id est, *habet etiam, qui precario dedit, actionem præscriptis*

A *verbis, quæ est bonæ fidei*: Constitutionum autem est actiones facere bonæ fidei, ut constitutio Justiniani definivit, petitionem hereditatis esse bonæ fidei, constitutio Justiniani actionem ex stipulatu de dote fecit bonæ fidei actionem. Ergo tres sunt actiones præscriptis verbis, quæ sunt bonæ fidei, ceteræ strictæ. Quæ competit ex permutatione, & quæ de æstimato proponitur, ut est scriptum in *§. actionum, Institu. de actionib.* & tertia, quæ de precario competit. Sed non additur hæc tertia in *§. actionum*, quia minus frequentabatur, ut infrequens ejus mentio in titulo de precario indicat, cum totus sit de interdicto, duo tantum loci de ista actione. Denique de precario agebatur interdicto jure ordinario, jure veteri, vel instar interdicti actione utili extra ordinem, non ex constitutionibus actione præscri-
B ptis verbis: quia & revera magis spectare debemus cui rei precarium sit similius: Et similius est donationi, ex qua non est civilis actio, quam commodato. His addam etiam aliud discrimen commodati a precario, quod usus introduxit, & opinio Doctorum tradit. Si rem meam, quam tibi per epistolam donavi, constituam me a te precario possidere ea res a me tibi tradita intelligitur. Et hoc jure utimur. *Constiution de precaire vaut deliurance, argum. leg. quisquis, inf. de donat.* At si constituam eam rem habere, tanquam mihi a te commodatam, non utimur eo jure, ut intelligatur a me tibi tradita esse. Et tamen eadem intervenit ratio in commodato, quæ in precario, quoniam utroque genere ego desino mihi possidere, & incipio possidere tibi. Nec alia ratio differentiæ occurrit, quam quod *d. l. quisquis*, quæ reten-
C tionem usufructus pro traditione habet in donatione, quæ tamen ipso jure non perficitur, nisi traditione naturali, seu corporali, vel mancipatione, vel cessione in jure, *l. 45. C. Theod. de donat.* quod, inquam, *l.* illa *quisquis* non sit temere porrigenda ad alios similes casus: nam illud non semper obtinuit, ut retentio usufructus haberetur pro traditione, ut ostendit *l. 8. Cod. Theod. eod. tit.* Et quod porrecta est ad constitutionem precarii, ad precariam possessionem, hoc usus induxit, & opinio hominum, quæ non est ausa idem trahere ad ullum alium casum. Et hoc in donationibus tantum: nam in venditionibus, vel permutationibus, vel similibus contractibus indistincte verum est, non tantum retentionem usufructus, sed & retentionem rei, tanquam commodatæ, vel depositæ, vel locatæ, vel
D precario concessæ, pro traditione esse, *l. quod meo, ff. de adquir. poss. l. quædam mulier, ff. de rei vind.* Denique in donatione, vel dote: nam & dos inter donationes numeratur, *l. ult. §. 1. sup. de donat. ante nupt.* in donatione, inquam, & dote, ut ait *d. l. quisquis*, non quælibet ficta traditio sufficit perficiundæ donationi: Sed retentio usufructus tantum, quæ propius imitatur corporalem traditionem rei donatæ. At in alio contractu quælibet ficta traditio sufficit. Strictius semper acceptæ sunt donationes, quæ etiam plerumque fiunt imprudenter & dissolute, ut non inscite Doctores nostri dixerint, *titulos de donation. & fidejussoribus*, esse fatuorum hominum. Nam & donationes insinuationem exigunt apud acta, quod alia negotia non exigebant. Et fuit certus donandi modus ex lege Cincia, & non po-
E tuerunt donari omnia bona generaliter, imo nec portio bonorum, veluti tertia, aut quarta generaliter, sed singulæ res nominandæ erant, quod est prudenter constitutum in *l. 1. & 2. C. Gregor. de donat.* Nam & plerunque, qui uno verbo dicit: *Dono illi omnia bona mea*, vel, *dono partem tertiam bonorum meorum*, est stultus & imperitus rerum suarum, & si forte rogetur, quæ bona habeat, nesciet expedire: denique nescit, quanti sint ponderis illa verba paucula, *Dono omnia bona*, vel *dono tertiam partem bonorum meorum*. Itaque sermone illo nihil agitur, nisi singulæ res nominatim exprimantur. Et præterea donatio non perficiebatur quolibet modo, sed traditione corporali, aut mancipatione solemni, quæ fiebat certis verbis in jure, libripende, & quinque testibus

præ-

præsentibus, vel cessione in jure, quæ erant traditiones civiles, & legitimæ. Et tandem placuit post aliquot controversias, ut perficeretur donatio, etsi donator retineret sibi usumfructum rerum donatarum, & ut retentio usufructus cederet in vicem traditionis naturalis, neque alius fuit modus perficiendæ donationis ante Justinianum, qui sicut emptionem, etiam donationem voluit perfici nudo consensu, impleri traditione: sicut emptio perficitur nudo consensu, impletur rei traditione, & numeratione pretii: nuptiæ perficiuntur solo consensu, implentur concubitu. Alterum interdictum restitutorium, quod proponitur hoc tit. *Salvianum* appellatur, a Salvio Juliano forte auctore ejus, quod quid sit, breviter perstringam. Interdictum *Salvianum* est, quod locatori competit ad persequendam possessionem rerum conductoris pignori obligatarum tacite, vel specialiter, pro pensione prædii, *pour le louage de la ferme*. Est etiam quoddam *quasi Salvianum* interdictum, quod cuilibet creditori competit ad persequendam possessionem rerum sui debitoris pignori obligatarum. Est igitur interdictum Salvianum, & quasi Salvianum, sicut est actio Serviana de rebus conductoris pignori nexis, & actio quasi Serviana, quæ & hypothecaria dicitur de rebus cujuscumque debitoris pignori nexis. Et inter has actiones, & illa interdicta hæc differentia proponitur in *l.* 1. *hoc tit.* quod Salvianum, vel quasi Salvianum interdictum detur tantum adversus conductorem, vel debitorem, quia scilicet omnia interdicta vi ipsa personalia sunt, *l.* 1. §. *pen. ff. de interdict.* Serviana autem, vel quasi Serviana actio datur adversus quemlibet possessorem pignoris, quoniam in rem actiones sunt. Et huic legi primæ nihil obstat *l.* 1. *ff. de Salviano interdict.* & quod Theoph. scribit in §. *interdict. quoque, Inst. de interd.* interdictum Salvianum dari etiam adversus extraneos possessores, adversus eum, qui emit pignora a conductore, vel debitore, quoniam *hæc lex* 1. intelligenda est de directo interdicto Salviano, quod datur tantum in personam. Illa autem *lex* 1. loquitur de utili interdicto Salviano, id est, concepto in factum & in rem, quod non perperam intenditur eo modo etiam adversus extraneum possessorem. Et ita recte respondet Accursius hoc loco: Alias differentias inter hæc interdicta, & Servianam, vel quasi Servianam actionem explicabit *caput* 24. *Observat. quinta*.

AD TITULUM X.

DE ÆDIFICIIS PRIVATIS.

QUONIAM multa sunt interdicta de privatis ædificiis, ut interdictum quod vi aut clam, quod est restitutorium, & tria interdicta de novi operis nuntiatione, quorum unum est restitutorium, alia duo redhibitoria, ut suo titulo ostenditur, & in *tit. de damno infec.* interdictum de tollendis ruderibus ædium collapsarum in alias ædes, *l.* 7. §. *ult.* Et interdictum de tollendis iis, quæ vi fluminis in aliena ædificia importata sunt, *l.* 9. §. *de his*. Propterea superioribus interdictis subjicitur titulus *de ædificiis privatis*, in quo potissimum agitur de statu, forma, & modo ædificiorum privatorum, & de refectione, & demolitione eorum, quæ bene intelligere profecto multum refert. Et statim quidem agitur in *l.* 1. de balneo privato, quod & privatum dicitur simpliciter in *l.* 13. *C. Th. de metatis*, & a Juliano Ascalonita apud Harmenopulum *titulo περὶ βαλανείου*, ut in Idiotismo, *le privé, ou les privez*, parti balnei attributo nomine totius: an scilicet is, qui balneum construit, ei possit ædificium superinstruere, qua de re dubitabatur, propterea quod Reipub. interest, ne quis male ædificet in civitate, ne quis re sua male utatur, §. *sed & major, Instit. de iis, qui sunt sui, vel alieni jur.* & ut in urbe ædificiis, quibus decoratur, sua constet firmitas & virtus, quæ sine vitio permaneat ad

A vetustatem. Nec sane balneo aliter ædificium superponi potest, quam si servetur forma, & altitudo legitima ædificiorum, ut ait *l.* 1. Forma in balneo extruendo hæc est, quod etiam lex notat, ut sit balneum concameratum, atque etiam ædificium, quod balneo superponitur. Concamerationes sunt firmiores, & diuturniores, quam contignationes, aut coaxationes, quæ plano pede fiunt, & operis suspensione ipsa. Concamerationes superiores minus onerant inferiora ædificia, & inferiores oneri ferendo aptiores sunt, maxime si uti oportet inferiores firmiores sint superiorib. ut Vitruvius præcipit libro VI. cap. ult. Cum hypogea, & concamerationes instituuntur, fundationes eorum fieri crassiores, quam in superioribus ædificiis futuræ sint structuræ. Et Galenus VIII. *de usu partium*, scribit de ea parte, quæ in nobis
B medium cerebri ventrem sustinet, concamerationis speciem *testudines, sive concamerationes*, quas ψαλίδας vocat, *omnibus aliis ædificiorum formis longe multumque præstare in ferendis oneribus*. Altitudinem autem ædificiorum legitimam constat in urbe fuisse ex lege Julia 70. pedum, auctore Strabone in V. & ex constitutione Trajani 60. pedum, auctore Sexto Aurelio Victore in Trajano, quod recte Brissonius adnotavit. Atque etiam non tantum crassitudinibus (ut scribit Vitruvius V. cap. 1.) sed etiam altitudinibus superiora ædificia inferioribus fieri contractiora. Et hæc de quæstione legis primæ, cui similis est quæstio *l. statuas, sup. de religios. & sumpt. fun.* an sepulchro, vel monumento liceat imponere statuas, vel alia ornamenta, veluti *coronas*, quas architecti vocant, aut tectoria: propterea quod hæc videntur esse aliena a structu-
C ra lugubri. Et Athenis quoque, ut Cicero scribit 2. *de legibus*, non licebat sepulchrum opere tectorio exornatum habere, nec hermas, quo verbo significantur statuæ, ei imponere. Sed aliter constituitur in *d. l. statuas*.

Ad L. II. Negotiandi causa *ædificia demoliri, & marmora detrahere, edicto divi Vespasiani, & Senatusconsulto vetitum est. Ceterum de alia domo in aliam transferre quædam licere, exceptum est: sed nec dominus ita transferre licet, ut integris ædificiis depositis, publicus deformetur aspectus.*

Ad L. VI. Si quis post hanc legem *civitate spoliata, ornatum, hoc est, marmora, vel columnas ad rura transtulerit: privetur ea possessione, quam ita ornaverit. Si quis*
D *autem ex alia in aliam civitatem labentium parietum marmora, vel columnas de propriis domibus in proprias transferre voluerit: quoniam utrobique hæc esse, publicum decus est: licenter hoc faciat. Data similiter facultate etiam de possessione ornatum hujusmodi ad possessionem aliam transferendi, quamvis per muros, vel etiam per mediam civitatem ea transferri necesse sit: ita ut ea solummodo, quæ illata fuerint civitatibus, exportentur.*

Ad L. VII. Nemini columnas, *vel statuas cujuscunque materiæ ex alia, eademque provincia, vel auferre liceat, vel movere.*

EX *l.* 2. hujus tit. cum qua explicabimus *l.* 6. & 7. notandum est, Senatusconsultum, & edictum D. Vespasiani, ne quis ædificia, vel partem ædificiorum suorum, quod addere licet ex *l. ult. ff. de dam. infect.* vel vil-
E lam ex *l. senatus, ff. de contr. empt.* demoliri possit promercii causa, id est, ut vendat marmora, columnas, statuas, tegulas, ostia, tigna, & aliam materiam per partes, quo genere plerumque plus acquiritur, quam si veneat solida domus. Sed senatusconsulto omnino prohibetur, alioquin eam rem fisco nuntiari, *l.* 1. *ff. de jur. fisc.* & fisco eo nomine inferri pœnam dupli, quod conficitur emptore, quanti emit materiam dirutarum ædium, ex toto, vel ex parte, & venditore similiter, quanti vendidit, tantundem inferente fisco, vel alterutro inferente totum, & ab altero repetente partem, ut *d. l. ult. & d. l. Senatus*. Videtur autem in *h. l.* 2. hoc jus tribui senatusconsulto facto secundum edictum, & auctoritatem D. Vespasiani; Nam edicta Principum plerumque sub-

sequebantur senatusconsulta, quæ idem decernebant, A vel confirmabant, ut in *l.1. ff. in quibus caus. pign. vel hypot. tac. cont.* conjuncta *l. si ventri*, §.1. *ff. de reb. auct. jud. possid.* At Spartianus hoc jus tribuit Adriano, atque etiam *l. cetera, de legat.1.* quatenus consulum, qui in ea nominantur, nomina demonstrant, qui fuerunt sub Adriano. Et nihil vetat, ubi antiquioris constitutionis auctoritas contemni cœpit, idem jus in novam constitutionem transire. Et Spartianus quidem hoc Adrianum constituisse scribit, ne domus antiquæ diruerentur, transferendæ in aliam urbem ullius materiæ causa. Et tamen hæc *l.2.* simul ac *d. l. cetera*, §. *item quæri*, ex eodem SC. probat, ex alia domo in aliam quædam transferri posse. At bene quædam, veluti ornatus unius domus, hoc est, marmora, statuas, columnas, non etiam domum demoliri, aut partem domus totius, materiæ, B aut partis in aliam domum transferendæ causa. Et rursus quædam transferri probat, non tantum intra eandem urbem, sed etiam ex urbe in aliam urbem, maxime labentium parietum, ut ait *l.6. hoc tit.* Ornatus transferri possunt de domo nostra in aliam domum, æque nostram, non in domum alienam, vel ex rure & villa nostra in rus villamque aliam nostram, quod aperte proponitur in *l.6.* Sed ei vehementer obstat *l.7.* quæ vetat ex alia, vel ex eadem provincia columnas, vel statuas, quæ sunt ornatus & cultus ædificiorum auferri, vel moveri: Dicere possis, translationem tantum ornatus labentium parietum permitti in *l.6.* quoniam ita lex scripta est: Sed quæso animum advertite: quamvis *l.6.* ita scripta sit, videtur etiam non labentium parietum ornatus ex mente legis transferri posse, quoniam labentium C parietum, quod ait, exemplum unum est causæ, quæ nos impellat ad transferendum ornatum unius domus in aliam. Quo exemplo non excluduntur aliæ causæ, quæ nos ad idem compellere possunt. Exempla non finiunt rem. Alii dicunt, in *l.7.* translationem columnarum, & statuarum eam tantum prohiberi, quæ fit promercii, non ornandarum aliarum ædium causa. Hoc alii dicunt, id est, vaticinantur, & divinant: Nam in *l.7.* hac de re nullum verbum. Ac præterea ait lex, *auferre, vel movere.* Auferuntur, quæ detrahuntur, ut tranferantur ex alio ædificio in aliud. Moventur columnæ, vel statuæ, quæ eruuntur ex officinis. Quæ vero est ratio, quæso, ne quas emi columnas, vel statuas a fabro, vel sculptore, loco moveam? sed tantum hoc, vel illo modo, quia non suppetit alius, hæc legum pugna utcunque nobis eludenda D est, qui non laboraremus, si lex 7. esset integra: At non esse integram apparet ex *l.1. C. Th. de indulg. debit. & l.2. eod. C. de itinere muniend. & l.15. eod. C. de cursu pub.* quæ habent eandem inscriptionem & subscriptionem, eundem diem & consulem. Et ex illis in inscriptione legis 7. est scribendum ad Avicianum, non ad Vicianum. Et invenio nominatim translationem marmorum, quam privati faciunt (quorum marmorum nomine, nemo negavit, significari non tantum rudem & infectam materiam, sed etiam factam, puta columnas, vel statuas marmoreas) Eam, inquam, translationem nominatim permitti in *d. l.15.* Et hoc tantum ea *l.* prohiberi, ne ad transferenda marmora privatorum in civitatibus, vehicula, vel jumenta provincialium (quæ vocant parangarias, & paraveredos, *chariots ou bestes, qui portent charge*) Ne igitur ad transferenda marmora privatorum vehicula, aut jumenta provincialium in civitatibus *ad canalem*, commoveantur, addita ratione, quod non sit æquum, otiosis ædium cultibus (quibus verbis notat columnas, & statuas) provincialium patrimonia lacerari. Ut igitur privatus sua marmora transvehat suis vehiculis. Et *Canalem* vocat ea lex viam publicam, ut *l.2. C. Theod. de curios.* & in Synodi Sardic. *can.21.* ἐν ταῖς παρόδοις, ἢ τοι καναλίῳ, *in viis*, inquit, id est, *in canali.* Apulejus 6. Metamorph. *Jam canalem directo perges ad ipsam Orgi regiam*, & lib.9. *Propellor ad incurva spacia flexuosi canalis.* Verum, ut reliqua exponam, quæ sunt in *l.6. hoc tit.* per eam legem non licet ex urbe ad rura

A transferre cultus, sive ornatus ædium, alioquin villa, quæ ruri spoliis urbis exornata est, publicatur ex *l.6.* Ex rure ad rus transferre licet: ex urbe ad rus non licet. Quid ergo (nam & hæc quæstio definitur in *l.6.*) si dum ornatus quidam ædificiorum ex rure transferuntur in rus, transeant per urbem aliquam, utrum dicemus ex urbe illa, illos ornatus, an ex rure transferri? quod multum refert: Nam ex urbe non licet, ex rure licet. Quod merito lex ita definit, ut non spectetur locus, qua transeunt, sed locus, quo primum moti sint. Cavendum tamen esse ait (sed obscure) ne in transitu urbis iis, quæ vehuntur ex rure, sumpta ex urbe, qua transitur, ornamenta quædam ædium admisceantur in fraudem legis. Et hæc est sententia legis sextæ. At quod Spartianus scribit generaliter Adrianum statuisse, *ne ædes aliquæ diruerentur* B *transferendæ in aliam urbem ullius materiæ causa*, verum est, sive demolitis ædibus transferre quis eam velit in aliam urbem negotiandi, sive ædificandi gratia, & non tantum, si in aliam urbem, sed etsi in eadem, ne urbs ruinis deformetur, quæ est præcipua ratio SC. & frequens in jure, *l. prætor*, §. *hoc interdict. ff. de novi oper. nunt. l.2. si quis nemine, l. ult. ff. ne quid in loco publ.* Nec alia ratione ex urbe in urbem ornatus ædium transferri possunt, quam quod (ut ait *l.6.*) utrobique hos ornatus esse publicum decus sit, sive in hac, sive in illa urbe sint. Denique, ut nos leges præmiis hortantur ad extruenda ædificia in civitatibus, veluti Latinis libertis dato jure Quiritium, si in urbe domum ædificaverint, ut Ulpianus scribit *libro Regularum, titulo de Latinis*: ita pœnis propositis deterrent nos a demolitione ædificio- C rum, quia ad decus urbis pertinet, & conservari vetera ædificia, & non everti, & construi nova.

Ad L. III. An in totum *ex ruina domus licuerit, non eandem faciem in civitate restituere, sed in hortum convertere, & an hoc consensu tunc magistratuum non prohibentium, item vicinorum factum sit: præses probatis his, quæ in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet.*

Ad L. V. Si is, contra quem *præses fundis, sciens, prudensque soli partem ad te pertinere, non quasi socius, vel collega communis operis solicitudini, solidam balneorum extructionem ea mente, uti sumptus pro portione tua non reciperet, aggressus est, sed ut totius loci dominium usurparet, & collapsum balneum refabricare enisus est: cum edificia,* D *quæ alieno loco imponuntur, solo cedant, nec impensæ his, qui improbe id fecerint, restitui debeant: antiquo D. Adriani edicto, præses provinciæ memor juris publici in diri menda disceptatione legum placita custodiet* (†).

Ad L. X. Per Provincias *Mesopotamiam, Osdroenam, Euphratensem, Syriam secundam, Phæniciam, Libanensem, Ciliciam secundam, utramque Armeniam, utramque Cappadociam, Pontum Polemoniacum, atque Hellespontum, ubi hoc magis desideratur, ceterasque provincias cunctis volentibus, permittatur murali ambitu fundos proprios, seu loca sui dominii constituta vallare.*

DIXI nudius tertius de edicto D. Adriani, quod & Vespasiano tribuitur, & SC. confirmatum est, de non destruendis ædificiis promercii causa. Dicam hodie de alio edicto D. Adr. juxta legem 5. *hujus tit.* quod E etiam D. Marco tribuitur in *l. cum duobus*, §. *idem respondit, ff. pro soc.* & S. C. etiam confirmatum fuit de ædificiis ruina collapsis, vel incendio consumptis, quæ domini restituere, & reficere negligunt, ubi primum hæc occurrit distinctio ædificiorum: Aut ædificium unius proprium fuit, aut commune duorum, vel plurium. At utroque casu domino, vel dominis non reficientibus ædificium, jus commune hoc est, ut si Resp. publico sumptu, vel privatus id reficiat suo sumptu, domino, vel dominis dentur 4. menses ad sumptum restituendum instauratori cum usuris legitimis, ut *l. ad curatoris*, §.1. *ff. de damno infec.* quoniam eo nomine eum, vel eos

Resp.

(†) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.2. cap.1.*

Reſp. vel privatus obligatos habet ad reſtitutionem ſumptuum, quaſi ex negotio geſto, & quidem cum privilegio exactionis, & tacita hypotheca ædificii in integrum reſtituit: Namque oratio D. Marci in *d. §. idem reſpondit*, dicitur, præfiniſſe illos 4. menſes ſumptibus inſtauratori reſtituendis: eadem quoque (ut opinor) ſimul ac S. C. quod eam conſequutum eſt, dedit inſtauratori tacitam hypothec. Et duobus caſibus ex eodem SC. facto auctore D. Marco, proditis in *l. 1. ff. in quibus cauſ. pig. vel hypoth. tac. cont.* hic eſt primus caſus, ſi quis pecuniam ob reſtitutionem ædificii extruendi domino mutuam dederit: & ſi quis, hic eſt ſecundus, domino mandante redemptori, *celuy qui a pris a baſtir*, id eſt, qui conduxit ædificium exſtruendum, nummos ſubminiſtravit: iis, inquam, duobus caſibus addam tertium, ſi quis ceſſante domino, ultro ſuis ſumptibus ædificium reſtituerit: Nam invenio hunc etiam habere privilegium exigendi, id eſt, privilegium in repetitione ſumptus, *d. §. idem reſpondit*: ſicut & illi habent privilegium exigendi, qui pecuniam crediderunt, vel ſubminiſtraverunt, *l. ſi ventri, §. 1. ff. de reb. auct. jud. poſſid. l. creditor 2. ff. de reb. cred. l. 1. ff. de ceſſione bonor.* Cum igitur ob cauſam refectionis ædium ii tres habeant privilegium in exigenda impenſa refectionis, veriſimile eſt etiam, non illis duobus tantum, ſed & huic tertio datam tacitam hypothecam ex eadem oratione, & ſenatuſconſ. quoniam in his omnibus par utilitas, & ratio ſubpar intervenit. At ſi intra illos 4. menſes dominus inſtauratori non reſtituat ſumptus numerandos a conſummatione ædificii novi, dominium ædificii ipſo jure transfertur in Rempublicam, vel in eum, qui id ſuo ſumptu reſtituit, ut & ab eo vendi poſſit, *d. l. ad curatoris*, §. 1. Et hoc caſu, qui eſt maxime notandus, dominium rei alienæ ipſo jure mutatur, & transfertur in alium ſine facto domini, id eſt ex oratione illa, quæ dominium dedit, & ſenatuſcon. hoc eſt jus commune orationis, ſive edicti D. Marci, & Adriani, imo & Veſpaſiani, his omnibus principibus auxilia quærentib. deformitati urbium, quam creant labes ædificiorum, & ruinæ, ſicut & priore illo edicto hoc quæſierunt de non diruendis ædificiis negotiandi cauſa. Et hoc quidem de Veſpaſiano ita ſcripſit Svetonius, *Deformis*, inquit, *urbs veteribus incendiis, & ruinis erat; vacuas areas occupare, & ædificare, ſi poſſeſſores ceſſarent, cuicunque permiſit*. Et Sextus Aurelius Victor: *Romam*, inquit, *deformem incendiis veteribus, ac ruinis reparavit, permiſſa, ſi domini deeſſent, volentibus ædificandi copia*. Dixi hoc jus eſſe commune, quia poſſunt eſſe aliæ leges municipiorum quorundam, aut conſuetudines propriæ, ut cujus fit mentio in *l. 3. hoc tit.* cum qua eſt conjungenda *l. 1. ſup. de interdictis*, ut ibi dixi, & (quod nondum dixi) vel maxime *l. 1. inf. quæ ſit longa conſuetudo*, quæ incipit ab extremis verbis *h. leg.* Ideoque ex hac *l. 3.* & ex *l. 1. ſup. de interdictis*, inſcribenda eſt illa *l. 1. inf. quæ ſit longa conſuet.* non Apro, ut vulgo, ſed Evocato. Hæc autem eſt ſententia *l. 3.* utrum is, cujus domus in municipio corruit, cogatur eam in eadem ſpecie, & qualitate reponere, ut vult *l. 8. hoc tit.* an quandoque poſſit eam in aliam ſpeciem, vel faciem commutare, veluti in hortum, aut viridarium, aut ſtabulum. Et ait, *hoc æſtimare præſidem provinciæ ex conſuetudine municipii*, id eſt, conſenſu magiſtratuum municipalium, qui fortaſſe non impedirent, quo minus eam in aliam faciem commutet, ex vicinorum etiam conſenſu forte, quoniam domus ruina collapſa eorum ædibus debuit ſervitutem oneris ferundi: quo jure vicini eum cogere poſſunt, ut domum reſtituat in priſtinum ſtatum, quæ ferat onera ædium vicinarum, *l. etſi forte, §. etiam, ff. ſi ſervitus vind. l. eum debere, ff. de ſervit. urb. præd.* Et hac in re (ut demonſtrat *l. 3.*) taciturnitas conſenſum imitatur, id eſt, qui non prohibet, conſentire videtur: ſilentium pro conſenſu eſt. Alia eſt lex municipalis, cujus fit mentio in *l. ult. inf. de jur. Reip. lib. 11.* quæ eſt proxima juri communi, ut ſcilicet nemine reficiente in municipio, vel oppido ædes ruina convulſas, reſpub. poſſit ſuo jure aream diſtrahere, ut interpretor, reficere volenti, atque ita ut areæ dominio cadat, qui in eadem ſpecie, & qualitate ædificium non reponit. At ut de jure communi aliquid amplius dicamus, videamus quid ſit dicendum, ſi ædes communes inter me & te corruerint, vel deflagrarint, & ego velim eas reficere, tu nolis, aut rem trahas nimium: poſſum quidem extra ordinem te cogere, ut ad refectionem pro tua parte ſumptum conferas: Sed non eſt neceſſe, ut ait *l. 4. hoc tit.* quoniam ſcilicet ſuppetunt mihi multa alia remedia ordinaria, & illud in primis, quod eſt præſtantius, & utilius mihi ex oratione, ſive edicto D. Marci, vel Adriani, ut ego ſolus meis ſumptibus ædes reſtituam, & poſt reſtitutionem, ſumptus a te repetam pro portione tua cum uſuris centeſimis, ut ait *l. 4. hoc tit.* intra menſes 4. intra quos ſi non ſolvas ſumptus refectionis pro portione tua, poſt quatuor menſes, ut ædes mihi habeam proprio & ſolido jure, tanquam proprias, extincta communione. Atque ita idem juris eſt in parte, quod in toto, ut ſive ceſſaris interpellatus in parte reficienda, quæ tua eſt, ſive in toto ædificio, quod tuum fuit, & cujus area tota tua eſt, a te dominium in eum transferatur, qui refecit, poſt quatuor menſes, *d. §. idem reſpondit*. Et quod ait lex 4. cum uſuris centeſimis, id ſane eſt ex oratione D. Marci, quo tempore centeſimæ uſuræ in omnibus caſibus erant legitimæ uſuræ. Sed & hoc caſu propoſito, ut admittamus hodie, centeſimas uſuras conſtitutio Juſtin. non patitur, id eſt *l. eos, ſup. de uſur.* ex qua paucis admodum caſibus uſuræ centeſimæ legitimæ ſunt, non iſto caſu, de quo agitur. Qua de cauſa etiam Tribon. in *d. §. idem reſpondit*, maluit ſcribere, *certis uſuris*, & in *d. l. ad curatoris*, uſuris ſimpliciter, puta trientibus, aut ſemiſſibus ſecundum Juſt. conſtitutionem: ſed in *hac leg. 4.* Tribon. veſtigium illius juris antiqui reliquit improvidus. Verum ad hæc notandum eſt, hoc remedio orationis D. Marci, uti ſocium, qui ſolus ædificavit communi nomine ſocio interpellato, & ceſſante. Item hoc remedio etiam uti eum, qui non in communi, ſed in alieno ſolo reædificavit, domino ſcilicet interpellato, & ceſſante, nec curante decus urbis, ex permiſſu juris communis. Hos, inquam, hoc remedio uti, ut recipiant impenſas, quas fecerunt pro portione ſocii, & in reædificando, vel in ſolidum ſi reædificaverunt, non in communi, ſed in alieno ſolo ſecundum orationis formam, quoniam ii recte, & jure ædificaverunt: at qui ſciens ſolum eſſe commune inter eum, & alium, in eo mala fide ædificavit tanquam dominus in ſolidum, non utitur beneficio orationis, ut recipiat impenſas pro portione ſocii ſecundum formam orationis, ſed tamen habet retentionem ædificii, quoad ſolverit ſocius id, quod ob eam rem, id eſt, ob ædificium reſtitutum locupletior factus eſt, vel condictionem habet retentionis, condictionem incerti, ſi per errorem retentionem omiſerit. Ergo, ut magis probem hoc eſſe verum, idem etiam eſt dicendum in eo, qui non in communi, ſed in alieno ſolo tanquam ſuo mala fide ædificavit, non convento domino, nec ceſſante: nam is non utitur beneficio orationis, non ſuperat dominum ædificii, domino non reddente ſumptus intra quatuor menſes, ſed tantum per retentionem, aut condictionem retentionis, ut dixi ante, impenſas ſervare poteſt, quibus dominum locupletiorem fecit, ſi dominus ſolvendo ſit. Et ita accipienda eſt *l. 6. §. ſed & ſi quis, in fine, ff. de negot. geſt.* vel ſi dominus ſolvendo non ſit, tollere poteſt ædificium, quod poſuit in alieno ſolo, ut ait Julianus, *ff. de rei vindic. l. domum, C. eod.* quod, ne fallamur, non eſt concedendum indiſtincte, ut poſſit deponere ædificium, quod poſuit, & ſecum aſportare materiam, niſi cum in agro ædificium poſuit: nam ſi in civitate, vix patietur Reſp. deponi, quod inædificatum eſt, quia hoc pertinet ad decus urbis. Et hoc maxime velim vos adnotare ad *d. l. Julianus*. Et modo ſuperioribus hoc addamus tantum, præter beneficium illud orationis D. Adriani, ei, qui bona fide, & jure ædificat in ſolo communi, cui initio dixi ſuppetere multa remedia ordinaria,

ria, dari etiam actionem pro socio ad hoc, ut consequatur quanti intereſt sua, *d. §. idem respondit*, & actionem communi dividundo, *l. si ædibus, ff. de dam. infect.* & interdictum uti posſidetis, *l. si ædes, ff. comm. divid.* Et nihil vetat quin is, qui plures actiones habet, leviore confligat. Gravior in hac cauſa eſt actio ex oratione D. Adriani, propterea quod dominium ædificii transfertur: levior actio pro ſocio, vel communi dividundo, vel uti posſidetis. Licet cuilibet leviore judicio confligere, ſi velit, omiſſo graviore, ut is, qui in raptorem manifeſtum habet actionem furti manifeſti, quæ eſt gravior, poteſt, ſi velit, eligere actionem bonorum raptorum, quæ eſt levior. Et ſimiliter creditor, qui poteſt bona creditoris latitantis diſtrahere, quod debitori irrogat infamiam, non vetatur conſervandæ famæ illius gratia ea diſtrahere per curatorem, non per ſe, quoniam diſtractio, quæ fit per curatorem bonis vendendis, videtur fieri honeſte per ipſum debitorem, *l. cujus, ff. de cur. furioſ.* Idemque is, qui agit in rem ſi velit, deſiderabit reum condemnari duntaxat quanti res eſt, non quanti ipſe in litem juravit, *l. quod ſi poſſeſſor, C. de rei vind.* Nec omittam, quod eſt in *l.* 10. id eſt, quod ex ea colligi poteſt, non paſſim omnibus permitti fundos ſuos cingere muris, uno verbo, *munire*: quoniam ea *l.* hoc permittit tantum in provinciis quibuſdam, quas enumerat magna ex parte, quæ ſunt Provinciæ Orientis, & Ponticæ Diœceſeos, ubi magis hoc deſideratur, ut ſcilic. fundi muris cingantur, videlicet propter prædonum, aut hoſtium incurſiones crebras: διὰ τὴν τῶν βαρβάρων ἐπιδρομήν. Et quod ait *l.* 10. ceteras provincias, intellige provincias, non orbis Romani, ſed Orientis Diœceſeos, vel Ponticæ. Nam & alias plures, quam enumeret fuiſſe harum diœceſeon provincias demonſtrat notitia Rom. Imperii.

Ad L. IX. Si cui loci proprietas *ædificandi juxta publicas ædes animum dederit: is quindecim pedum ſpatio interiecto inter publica, ac privata ædificia, ita ſibi noverit fabricandum, ut tali intervallo, &c. publicæ ædes a periculo vindicentur, & privatus ædificator velut perperam fabricato loco, deſtructionis quandoque futuræ non timeat detrimentum.*

QUæſtio hodierna, quæ dabit finem huic titulo, eſt *de legitimis intervallis ponendorum ædificiorum*. Et primum is, qui in ſuo ſolo ædificat propius ædes, ædificiave publica ex *l. 9. hujus tit.* debet intermittere intervallum 15. pedum ex omni latere, ex quatuor lateribus, ut ait *l. 38. C. Th. de oper. publ.* alioquin ſi non intermiſerit tot pedes, ædificium, quod poſuit, deponitur, & dejicitur ſolo tenus, quia illicite ædificavit: illicite ædificata, dirui conſtitutiones jubent, *l. 11. §. ſi quis illicite, de legat. 3.* Et ratio hujus l. 9. non eſt alia, quam ut ab ædificiis publicis abſit periculum incendii, quod plerunque originem capit a vicino ædificio. Et hæc etiam ratio in conſiderationem venit in *l. 4. C. Theod. de oper. pub.* Et ita legem 12. tab. quæ vetat rogum, buſtumve novum propius 60. pedes adjici ad ædes alienas invito domino, hoc voluiſſe propter metum incendii M. Tull. ſcribit 2. *de ll.* Et de illo legitimo intervallo 60. pedum, ut opinor, eſt intelligenda *l. 3. §. 1. de mortuo infer.* Ex qua etiam intelligimus in 12. tab. invitum dominum dici, qui prohibet, & palam contradicit. Nam is, qui ſcit & tacet, conſentire videtur.

Ad L. XI. Mæniana, quæ Græco *vocabulo* ἐξώστας, *appellant, ſive olim conſtructa, ſive in poſterum in provinciis conſtruenda: niſi ſpatium inter ſe per* 10. *pedes liberi aeris habuerint, modis omnibus detruncentur. In his vero locis, in quibus ædificia privatorum horreis publ. videntur objecta obſtructione Mæniana,* 15. *pedum intervalla ſerventur. Quem intercapedinis modum ædificaturis quoque proponimus, ita ut ſi quis intra definitum ſpatium, id eſt,* 10. *pedum menſuram ædificare, vel intra* 15. *pedum Mæniana poſſidere tentaverit, ſciat non ſolum fabricata demolienda, ſed etiam ipſam domum fiſco noſtro adſcribendam.*

EX l. 11. Mæniana, & alia ædificia, quæ in civitatibus conſtruuntur a privatis hominibus, quærunt inter ſe intervalla 10. pedum, ut ſint alia ab aliorum viciſſim ruina, & fortuito incendio tutiora, & ne etiam officiant domino apricanti in ſole, vel ſpectanti e Mæniano, quod plerunque etiam porrigitur extra ædes ſpectandi tantum cauſa. Item ſi quis propius horrea publica Mæniana adjiciat, ut intermittat ſpatium 15. pedum, alioquin Mænianum, quod exædificavit, diruitur, & domus, ex qua Mænianum projectum eſt, non intermiſſo legitimo ſpatio, publicatur. Et obſervandum eſt l. 11. non tantum inter Mæniana, ſed etiam inter ædificia quælibet privata velle relinqui vacuum ſpatium 10. pedum, quod & Leon. Phil. Nov. ult. probat, & lex Burgund. ex hac ipſa l. 11. his verb. *De ſervitute luminis, vel aeris ſimiliter conſtitutum, & inter privatorum fabricas* 10. *pedes, inter publ.* 15. *intermittantur ſecundum legem Theodoſii*, id eſt, ſecundum hanc leg. 11. & *inter publicas*, ſic exaudire oportet, inter publicas & privatas fabricas. L. 12. tab. inter ædificia privata auctore Feſto intermitti ſatis habuit ſpatium 2. pedum, & ſem. quod vocavit ſeſtertium pedem, ut ſcrib. Metian. JC. *in libr. de Aſſe*. Et ita proculdubio legitimum ſpatium accipitur in *l. Impp. de ſerv. urb. præd.* dum ait, *dominum, vel alium voluntate domini poſſe ædificare in area, quæ luminum ſervitutem debet*, ut emendavi, *intermiſſo legitimo ſpatio, a vicina inſula*, id eſt, *ſeſtertio pede*: Nam multum intereſt prædium debeat vicino *ſervitutem luminum*: an ſervitutem *ne luminibus officiatur*: Nam ſi debeat area, vel domus ſervitutem ne luminibus officiatur, dominus non poteſt in ea ædificare, aut ſuperædificare invito vicino, cui debetur ſervitus ne luminibus officiatur. At cum debetur vicino ſervitus luminum, id eſt, ut poſſit intromittere feneſtram ſuarum ædium in meas ædes, ut ego excipiam lumina a feneſtris vicini, non ideo ego prohibeor ædificare in meo, *l. 3. de ſer. urb. præd.* Et ita *d. l.* Impp. ait, etiam in area, quæ luminum ſervitutem debet (quod faciebat dubitationem) dominum ædificare poſſe, dummodo intermittat legitimum ſpatium a vicina inſula, quod (ut dixi ex 12. tab.) eſt duorum pedum, & ſemis. At ex h. l. 11. eſt 10. pedum. Et pertinet hæc intervallorum definitio non ad domos contiguas, quales hodie videmus eſſe in civitatibus, nullis diſtinctas intervallis, ſed pertinet ad inſulas, id eſt, habitationes variis locis ſparſas, nec junctas cum vicinis. Et ſpargi pluribus locis eſt tutius propter incendia. Et talia olim in urbe, & in aliis civitatibus erant ædificia fere omnia publ. & privata, & non tantum, quæ dicebantur inſulæ, ſed etiam, quæ dicebantur domus, quod maxime notandum eſt: Nam differentiam eſſe inter inſulas, & domos, manifeſto conſtat ex Publii Victor. *lib. de region. urbis, & ex deſcr. urb. facta ſub Arcad. & Honorio*, quæ præpoſita eſt incerto auctore Notitiæ Rom. Imp. in qua numerantur per totam urbem inſularum quadraginta ſex millia, & ſexcentæ duæ, domus autem 1708. Id etiam liquet ex *lib.* Sexti Rufi *de reg. urbis*: in quo multo plures numerantur inſulæ, quam domus: quamobrem & in *ff.* forte crebrior mentio inſularum, quam domuum. Et videntur inſulæ fuiſſe vulgaria, & gregaria domicilia, domus, ædes nobiliores, & magnificentius extructæ, ut in region. urb. Exquilinæ, S. Rufus & Publ. Victor ponunt, domum Aquilii JC. quem etiam Plin. *lib.* 17. ait, *illa domo propter pulchritudinem, quam juris ſcientia fuiſſe clariorem*. Quot ſunt etiam hodie Lutetiæ advocati, qui domo, quam juris ſcientia clariores ſunt, imo affectant habere pulcherrimas ædes, ut pelliciant clientes. In eadem regione ponunt iidem auctores domum M. Craſſi, & Q. Catulli, ut idem Plin. ſup. dicto loco, *Marci Craſſi fuiſſe magnificam, Q. Catulli aliquanto præſtantiorem, ſed multo pulcherrimam Aquilii juriſconſ.* Domus igitur non ſunt, quod poſſet quis prima ſpecie exiſtimare, quæ

ſunt

ſunt contiguæ ad differentiam inſularum, quæ non erant continguæ ad differentiam inſularum, quæ non erant ſplendidiſſima palatia principum civitatis. Obſervandum autem eſt l.11. tantum loqui de Mænianis conſtructis in provinciis, nimirum quia priſcis legibus in urbe Mæniana fabricari prohibitum fuit: ſicut & Rex Franciſcus edicto juſſit in claris civitatibus ſui regni dirui Mæniana. Et hoc ita ſcriptum reliquit Ammian. Marcellin. *lib.27. Priſcis legibus, Mæniana in urbe fabricari non licuiſſe, & ſub Valent. Prætextatum præfectum urbi ſubſtuliſſe omnia*. Neminem autem ignorare arbitror *Mæniana* eſſe projectiones ædium in publicum ita protenſas, ut nuſquam requieſcant, quam etiam l.12. hoc tit. quæ conſtitutio Zenonis Græca, vetat uſquam requieſcere, ne ſcilicet imponantur parietibus, aut columnis, atque ita impediant libertatem aeris publici. Qua in parte l.12. non eſt legendum, ut legunt omnes, κατά κάθετον, id eſt, *ad perpendiculum*, ſed ex Harmenopulo legendum eſt, κατῶθεν. Et ait *d. l.12.* Mæniana Græce appellari ἐξώστας, quod ego Græcum verbum reſtitui primus, & reſtitui etiam volo apud D. Hieronym. in Ezechielem capit.41. ἔκθετα, inquit, *Romæ appellant ſolaria de cænaculorum parietibus eminentia, ſive Mæniana ab eo, qui primus invenit, quæ nonnulli Græcorum* ἐξώστας *vocant, deſideratur verbum Græcum in vulg. editione*. Eſt elegans locus Varronis apud Nonium: *Ad focum*, inquit, *hyeme, ac frigoribus cœnitabant, æſtivo tempore in propatulo, rure in corte, in urbe in tabulino*. Et ſequitur, quod perperam quidam etiam arbitrantur eſſe Varronis, cum ſit interpretatio Nonii ab verb. (*tabulino*) *quod Mænianum intelligere poſſumus tabulis fabricatum*, quæ eſt prava interpretatio: Nam rectiſſime Feſtus, *Tabulinum, vel tablinum locum eſſe proximum atrio, in quo antiqui magiſtratus in ſuo imperio tabulas rationum ſuarum conficiebant*. Quod & Vitruv. confirmat lib.6. *ca.4.* Sed ut paucis dicamus ſententiam de illa conſtitutione Zenonis, id eſt, de l.12. hujus tit. eſt ea conſtitutio de ſervitutibus, ut Juſtinian. ait in *l. pen.* quam vulgo male faciunt l. ultimam, quod notandum, & deinde ſubiiciunt *tit. de novi operis nuntiatione*, qui circumſcribendus eſt: Nam conſtitutio poſita ſub ficto illo titulo, eſt lex ultima noſtri tituli, cujus inſcriptio hæc eſſe debet, *Idem Auguſtus*, ut intelligatur alia eſſe conſtitutio Juſtiniani, denique duas eſſe, legem penultimam & ultimam. Et in *l. pen.* conſtitutionem Zenonis, quæ pertinebat tantum ad Conſtantinopolim, Juſtinianus porrigit ad provincias omnes, ut in omnibus provinciis ſervetur is modus ædificiorum, quem Zeno conſtituit in urbe Conſtantinopol. & ait eam conſtitutionem Zenonis eſſe de ſervitutibus, luminis ſcilicet, & proſpectus, & de omnibus ſervitutibus: Nam brevis, aut præcipua ſententia legis hæc eſt, ut qui domum reſtituere volet, & luminibus vel proſpectui vicini officere, aut ex pacto, vel ex ſtipulatione, vel uſu longo conſtitutam habeat ſervitutem luminibus vel proſpectui vicini officiendi, aut ut ſervet formam & ſtatum ædificiorum antiquorum, ut in *l. qui luminibus, D. de ſervitut. urb. præd.* puta ut non excedat modum uſitatum, modum legitimum altitudinis, nec mutet formam, vel uſum ſtructuræ, aut feneſtrarum, e quibus proſpicitur, vel lumen admittitur: vel etiam, ut intermittat a vicina inſula, vel domo ſpatium 12. pedum. Zeno in hac *l.12.* in Mænianorum poſitione contentus eſt 10. pedibus, ut *l.21.* in poſitione ædificiorum, quæ obſtruent luminibus vicini, vel officient proſpectui, exigit 12. pedes, aut ſi vicino auferatur proſpectus maris, quo nullus eſt pretioſior, exigit centum pedes, quod a Juſtiniano confirmatur in *Nov.63. & 165.* Et obſervanda eſt differentia, quam Zeno facit inter *feneſtras*, quæ fiunt *luminis*, & eas, quæ fiunt *proſpectus cauſa*: Nam in jure facimus differentiam inter lumen & proſpectum: lumen ingreditur, proſpectus egreditur: lumen eſt, ut cœlum videamus, proſpectus, ut terram, maria, nemora, flumina, *l. lumen, de ſervit. urb. præd.* Et ita jus feneſtræ habendæ, vel eſt ſervitus luminis, vel ſervitus proſpectus: habendæ, inquam, adverſus vicinum. Hoc autem vult l. ultima, ut ſi vicinus vicino ædificanti nuntiet novum opus, ut fit etiam hodie frequenter, quæ nuntiatio inhibet opus, quoad probaverit ſibi jus eſſe ædificandi, aut nuntiator, jus ſibi eſſe prohibendi, vel is, qui cœpit ædificare, ſatiſdederit de ædificio diruendo, ſi judicatum contra eum fuerit. Denique res hoc ordine procedit ex *l. ult. hoc tit.* confirmato *c. pen. & ult. extra, de novi operis nunt.* ut is, qui nuntiat novum opus vicino ædificanti, aut molienti ædificationem, ſi offerat cognitionem, id eſt, ſi litigare paratus ſit, & adire prætorem cogniturum ea de re: ſi dicat *veto, ne ædifices, & hodie conſtet an poſſis ædificare, hodie agamus, & eamus in jus*: tum deſiſtere debet ab opere, & ſequi forum, ſequi litem inſtitutam a nuntiatore, quæ tamen celeriter definienda erit, nimirum intra tres menſes, id eſt, intra tres menſes prætor ſtatuet, nuntiator habuerit jus nuntiandi, necne: & intra illos tres menſes, is, cui facta eſt nuntiatio, impune non ædificabit. Sed ſi ea cognitio aliqua ex cauſa protrahatur ultra tres menſes, ſtatim poteſt ædificare præſtita ſatiſdatione de opere demoliendo, ſi judicatum fuerit, ſibi non eſſe jus ædificandi. Et ita ſi exponatur *lex ult.* non obſtabunt pleræque leges, de quibus hic Accurſius tractat *tit. D. de novi operis nunt.* quæ ſatiſdanti de opere reſtituendo mox ædificare permittunt: Nam hoc ita verum eſt, ſi nuntiator non offerat cognitionem: Nam ſi offerat, expectandi ſunt tres menſes, antequam poſſit oblata ſatiſdatione continuare ædificium, quod inſtituit.

AD TITULUM XI.
DE OPERIBUS PUBLICIS.

HODIE explicabimus titulum 11. & 12. nam & duodecimus eſt pars undecimi, & conſtat tantum una lege. Eſt autem undecimus *de operibus publicis*. Sunt etiam de operibus, & locis publicis interdicta quædam, *l.1. §. quæ ſunt, de interdict. l. 1. §. nuntiatio, de novi operis nunt.* & in *tit. de loco publ. fruen.* Et nominatim in *l.3. hoc tit.* prætoria, in quibus ſcilicet, judices habitant, vel jus dicunt, & domus publicæ: & in *l.19.* porticus, & angiportus jubentur a privatis poſſeſſoribus, qui ea loca uſurparunt, juri, & poſſeſſioni, ſive uſui publico vindicari: quod utique fiet per generale interdictum de reſtituenda poſſeſſione non jure occupata. Et illo loco (quod neſcio an literatores ſciant) *angiportus* vocat vicos urbis, ſive vias publicas, quas etiam στενώπυς in *l. 12. tit. prox. ſup.* & aggeres publicos, & canales publicos. Et Dio 58. cum Veſpaſiano, qui poſtea fuit Imperator, cum erat Ædilis plebis, tribuit ἐπιμέλειαν τῶν στενώπων, nihil aliud intelligit, quam curam verrendarum viarum, quæ ædili incumbit, *ut conſtat ex titulo D. de via publica, & ſi quid in ea factum erit*. Et nominatim Svetonius *de eodem Veſpaſiano* idem, quod Dio ſcribit: *cum*, inquit, *Veſpaſianum Ædilem Cajus Cæſar ſuccenſens propter curam verrendis viis non adhibitam, luto oppleri juſſiſſet*. Ergo viæ publicæ, & στενώποι, ſive angiportus, idem ſunt: quod ego ante hunc diem neſciebam. Præterea ex *l.5. hujus tit.* recte dicam dari poſſe interdictum de opere reſtituendo, id eſt, demoliendo, quod illicite ædificatum eſt in foro, vel in palatio: ut in *l.16.* vel in alio quocunque loco publico, contra ornatum, & commodum, & decoram faciem civitatis, vel ſi quid in portis, aut muris civitatis, ut in *l.2. ne quid in loco ſacro fiat*, ut ſi qua parapeſſia adiiciantur muris, vel aliis operibus publicis: παραπέσσια (quod nomen ego reſtituo in *l.13. hoc tit.* ſunt ædificia, quæ vulgo *parapeſſia* nuncupantur: Nam in Baſilicis eſt *parapeſſia* per ι, ſed ſcribas per η, ut ſit *parapeſſia*, quod eſt, applicita ſeu adficta

ficta

ficta operibus publicis, *des apantis*. In Codice Theodos. est παραπετάσια, quasi, adtensa: sed non propter Codicem Theodos. mutemus verbum illud in *l.*13. utrumque dicamus esse rectum, & vulgare verbum. Et etiam *parapessia*, quæ adhærent muris civitatum jubet dirui lex 13. Ideoque ex ea causa de opere diruendo non prohibeor, aut non prohibebitur curator reipublicæ petere a prætore, vel præside interdictum. Placet autem valde constitutio *legis* 8. *hujus tit.* ut curatores operum publicorum (id est, quos respub. præfecit efficiundo operi, vel quibus pecuniam decrevit ad effectionem operis publici) reipubl. teneantur ab opere absoluto usque in annos 15. si quid ruat, aut findatur vitio operis, non si casu fortuito, non si vi, aut ruina, *l.* 1. §. *ult. de pollicitat.* Respublica negotium gerit cum curatoribus operum, quos constituit: Curatores autem operum negotium gerunt cum redemptoribus, id est, cum his, qui opus faciendum conducunt, *l.*2. §.1. *de operibus public.* Ergo redemptores æquum est etiam curatoribus teneri ob vitia, quæ opus fecerit in annos 15. Cum curatore aget respubl. Curator cum redemptore. At forma præfecti prætorio relata apud Harmenopulum 3. *epitom. tit.* 8. *in fine*, his actionibus præstituit tantum ann. 10. Placet etiam valde lex, quæ fuit Ephesi, & posset ubique invalescere, de qua Vitruvius initio libri ult. *Nam Architectus, cum opus publicum curandum recipit, pollicetur quanto sumptu id sit futurum. Tradita æstimatione magistratui bona ejus obligantur, donec opus sit perfectum. Eo autem absoluto, cum ad dictum impensa respondet, decretis, & honoribus ornatur; Item si non amplius, quam quarta in opere consumitur ad æstimationem est adjicienda, & de publico præstatur, neque ulla pœna tenetur: cum vero amplius, quam quarta in opere consumitur, ex ejus bonis ad perficiendum pecunia exigitur.* Et hoc jure nos uti æquum esset: Nam videmus etiam ex indicatione temere facta nasci obligationem in specie *legis Julianus*, §. *quod autem*, *de act. emp.* Fiunt autem opera publica, vel sumptu privato ex liberalitate, & munificentia alicujus erga rempub. vel sumptu publico. Et ea, quæ fiunt sumptu publico, vel maxime in refectionem eorum, ut *l.*4. *& ult. hujus tit.* quæ dispensatores ærarii ex ærario præbuerunt, ut constituit *l.*2. *hujus tit.* eis accepto ferri oportet. *Il les faut allover en leur compte*. Ita tamen, ut operi publico præscribatur nomen solius principis, vel ejus, cujus pecunia factum est, ut *l.*3. *in fine*, *D. eod. tit.* Nam nec præses, vel alius magistratus nomen suum superscribere potest, sed superscribi debet nomen principis, si opus factum sit sumptu publico, & subscribi nomen præsidis, vel alterius magistratus, quo curante opus factum est. Et ita accipienda est *l.*9. *hujus tit.* ut in hoc tit. inscriptionis antiquæ, quod erit pro exemplo, *Senatus P. Q. R. Imperatoribus Cæsaribus, dominis nostris invictissimis, Arcadio & Honorio, ob instauratos urbis æternæ muros, portas ac turres, ad perpetuitatem nominis eorum simulacra instituit curante Flavio Macrobio Longiniano viro clarissimo præfecto urbi, dicato numini, majestatique eorum*. Superscribuntur nomina principum, subscribitur nomen præfecti urbi. Ad hæc notandum est ex *l.*10. *hujus tit.* tertiam partem reditus civitatis cujusque deputari reparationi murorum, & thermarum, id est, balnearum publicarum subustioni: sic recte in *l.*10. *subustioni*, ut in *Cod. Theodos.* & in *Basil.* ἐγκαύσει, pro quo male quidam legunt ἀνβάσει. Et de hac tertia parte fabricis reservanda est etiam *l.*3. *infra*, *de divers. præd. lib.*11. Et auctorem ejus Valentinianum seniorem laudat *l.*33. *Cod. Theodos. eodem tit.* Et intelligit *l.*18. *eodem tit.* Hoc vero exemplo etiam secundum veteres canones tertia pars reditus ecclesiæ fabricis reservatur, altera pauperibus, altera Episcopo & clericis. Notandum etiam est ex *lege* 17. quod constituit *de turribus novi muri*. Nam etsi pertineat proprie ad Constantinopolim, & ad novum murum, quem per Cyrum præfectum urbi Theodosius duxit a mari ad ma-

A re, ut Zoranas scribit, de quo novo muro etiam agitur in *inf. de metát. libro* 12. & in *Novella* 59. Tamen posset quandoque hoc accommodari etiam ad alias civitates, ut scilicet ii, per quorum terras ducti sunt novi muri, si non habeant, quo se conferant, concedente principe, aut curatore reipublicæ habitare possint in turribus, quibus instructi sunt novi muri, non quidem in summo turrium, sed in imo solo, sive in pedeplanis, ut loquitur *d. l.*7. Nam & hoc exemplo factum opinor, ut in quibusdam turribus muralibus urbium hujus regni humiliores quidam homines visantur habitantes in inferiori parte turrium: non in superficie, qua extant pinnæ murorum, sive turrium. Et tantum abest, ut aliæ generales Constitutiones hujus tituli sint inutiles, quod tamen Glossa in *l. penult.*
B *hoc tit.* ait, ut ne illa quidem lex, quamvis sit localis, existimari debeat inutilis. Nil est inutile in jure, & si mihi creditis, omnia vobis perscrutanda, pertentanda, pernoscenda sunt, si non velitis esse Jurisconsulti de populo. Idcirco nec contempserim etiam *l.*18. *& l. penult. hujus tit.* Quamvis proprie pertineant ad Constantinopolim. Est enim *lex penult.* de Basilica Theodosiana, quæ erat juncta foro; ut omni foro est juncta Basilica, in qua versentur negotiatores. Sed ita lex eos versari vult in Basilica Theodosii, ne ulla tabulata applicent parietibus Basilicæ, nec lædant ejus ornatum, qui erat maximus, ut & lex ipsa demonstrat. Est autem *l.*18. de thermis Zeusippi, quæ in eadem urbe erant, & dictæ etiam sunt thermæ Severi, auctore Zonara in Justiniano, & in Philippico, & Suida, &
C Cedredo in Severo, ut scilicet, qui reditus colliguntur ex officinis, & ædificiis, quæ sunt in porticibus earum thermarum, serviant luminibus thermarum, & sartis tectis. Et ex hoc loco in *l.*1. *infr. de lustr. auri collat. lib.*11. lumina, interpretor lumina balnearum. Lamprid. in Severo: *addidit oleum luminibus thermarum*. In porticibus, quæ præcurrebant thermas, erant stationes multæ, officinæ, multa ergasteria, ut ostendit *dict. l. pen. & l.*12. *sup. tit. proxim.* & erant circa columnas porticuum, ut ex illis locis patet. Itaque in *l. Fulcinius*, §. *denique*, *quibus ex caus. in possession. eatur*, illo loco, *si circa columnas, vel stationes se occultet*, recte legebam, *vel statuas*, quia cum stationes sint circa columnas, qui circa columnas se occultat, utique & circa stationes se occultat debitor fugitans creditorem, la-
D titans creditorem. Et ita quoque Sidonius Apollinaris libro primo Epist. *Alii*, inquit, *fugere post columnas, alii occuli post statuas*, & Lucianus in Lapithis, πρὸς κίονας, & in Anacharsi, περὶ τοὺς ἀνδριάντας, qui est locus similis, *circa statuas, vel columnas se occultantes*. Erant etiam in porticibus *exedræ* ædificatæ sedendi causa, capaces multorum hominum colloqui, aut disputare cupientium, quod ostendit *l. ult. C. Theod. eodem tit. l. exedrarum*, *de operibus pub.* Et vetus inscriptio elegantissima, quæ sic habet: *Silvano sancto Cajus Austrucinus Medicus Ludi Gallici porticum, & exedras, & signa ænea voto suscepto L. M. D.* Quod a me ideo refertur, quoniam est vir doctissimus, qui *exedras* scripserit, dictas esse non ratione sedium, quas habebat plures, sed ratione senum laterum, quod Strabo 13. vocet *Exedram*,
E quandam σκοπιὰν, id est, speculam, quasi vero specula non possit ita ædificari, ut habeat sedes complures in exedræ formam. Et confirmor valde *l.*5. §. *interdum*, *de his qui dejec. vel effud.* quæ luculenter explicabit hunc locum, dum ostendit in cœnaculo esse multa membra, id est, cubicula, & multas exedras, decumbendi causa, exedræ disputandi, aut colloquendi: & præterea esse medianum commune euntibus in sua cubicula, vel in suas exedras. Hoc ex illo §. aperte nunc colliges simul, & exedrarum usum, quæ & in porticibus construebantur in populi gratiam. Et ne quis etiam dubitet *circa leg.* 12. *hoc titulo*, dum loquitur de horreis, & stabulis publicis, quid vocet *stabula publica*, ea sunt receptacula publicorum animalium, ut patet

ex

ex *l.*35. *Cod. Theod. eod. tit.* Stabula 4. factionum, ut eſt apud S. Rufum, & Publium victorem, puta, factionis Venetæ, Praſinæ, & ceterarum. Baſilica autem nos docent nullam deſiderari l. in hoc titulo, quoniam quidam deſiderant duas, perperam: conſtat tantum Conſtitutionibus 22. & in hoc libro, & in Baſilic. qui plures deſiderant, eam ſibi comminiſcuntur, & affingunt.

AD TITULUM XII.

DE RATIOCINIIS OPERUM PUBLICORUM, ET DE PATRIBUS CIVITATUM.

TITULUS 12. rectius dicetur eſſe pars undecimi, cujus tituli de ratiociniis operum publicorum, & patribus civitatum conſtitutio valde placebit. Sententia hujus hæc eſt, ne præſides provinciarum excutiant rationes operum publicorum, quod faciebant plerunque lucri ſtudio, ubi non erat neceſſe, ferentes ex ſingulis ſolidis ſiliquam unam, pro pretio curæ & operæ: diſcuſſionem operum pertinere tantum ad patres civitatum: ſic dicuntur in multis conſtitutionibus, *curatores reipublicæ*, & quaſi *patres patriæ*, quod (ut brevis ſim) oſtendi fuſius in *l.*3. *inf. de his, qui ſponte munera ſuſcep. lib.*10. *& obſervat.*12. *cap.*30. & additur in conſtitutione hujus tituli aliquid de pollicitationibus, quas ultro & liberaliter faciunt privati reipublicæ, veluti de extruendo, aut reſtaurando opere publico, quod forte incendio conſumptum eſt, ut etiamſi nulla ſtipulatio intervenerit, ex pollicitatione teneantur & obligentur: minus eſt pollicitatio, quam pactum: Nam pactum eſt conventio duorum, pollicitatio non eſt conventio, ſed oblatio liberalitatis, quam quis facturus eſt, & collaturus in rempublicam. Duobus caſibus ex pollicitatione eſt actio, ex pollicitatione dotis, *l. ad exactionem, ſup. de dot. promiſ.* & ex pollicitatione facta reipublicæ. Ergo qui pollicetur reipublicæ ſe opus facturum, obligatur ad opus faciendum: ſed opere perfecto finitur obligatio, nec amplius tenetur, quaſi non erogata (exempli gratia) omni pecunia promiſſa, omni quantitate promiſſa, vel quaſi ædificio non facto affabre, ita ut poſſit pervadere ad vetuſtatem: Nam ut eſt in *l. ad res don. de ædil. edic.* actiones ædilitiæ, vel redhibitoriæ non pertinent ad res donatas, id eſt, qui a te donatum accepit, non habet actionem redhibitoriam, qua te compellat donatum recipere, ſed debet eſſe contentus quali quali liberalitate tua: Et ut eleganter ait D. Hieronymus in procemio 1. Epiſtolæ ad Epheſios, *De gratuito munere non eſt judicandum.* Et ut eſt in vulgari proverbio, quo nos utimur. *Equi donati dentes inſpiciendos non eſſe.* Et ita reſpublica debet eſſe contenta quali quali liberalitate, nec poſt perfectum opus agere poteſt cum eo, qui non perfecit ſicut pollicitus eſt. Eademque ratione in *l. liberalitatis, de uſur.* dicitur, liberalitatis collatæ in rempub. non exigi uſuras: Quod ita intellige, ne ex mora quidem, ne qui ſunt liberales in rempublicam avare exigantur. Fateor tamen, quod ſi ob honorem ei decretum, vel decernendum, vel ob aliam utilitatem ſuam propriam ipſe viciſſim aliquid ſit pollicitus reipublicæ, tunc ex mora præſtabit uſuras, *l.*1. *in princ. de pollicit.* Et Svetonius in Julio, *Trecenos*, inquit, *nummos, quos pollicitus olim erat, viritim diviſit, & hoc amplius, centenos pro mora.*

AD TITULUM XIII.

DE PIGNORIBUS, ET HYPOTHECIS.

POSTQUAM a titulo 28. lib. tertii conditor hujus Codicis conſtituit pertractate dicere de actionibus, quibus, ut ſoleo dicere, jus omne fere continetur: & dixit jam de actionibus in rem, quæ ſunt de proprietate rerum, & de actionibus in perſonam, quæ ſunt de obligatione perſonarum, & de miſtis tam in rem, quam in perſonam, & de præjudicialibus actionibus, quæ ſunt de ſtatu hominum, & in rem eſſe videntur, ut eſt in Inſtitut. & de actionibus ex cauſa interdictorum, quæ ſunt de poſſeſſione rerum, & in rem etiam eſſe videntur, vi tamen ipſa perſonalia ſunt, ut ait *l.*1. *§. pen. de interdict.* nunc ab hoc titulo 13. incipit tractare (de qua ante non tractaverat) de actione hypothecaria, quæ etiam in rem actio eſt, non qua dominus, vel quaſi dominus rem eſſe ſuam, vel quaſi ſuam petat, ſicut actionibus in rem ante propoſitis, ſed qua creditor rem debitoris ſui affirmat pro debito ſibi eſſe obligatam, quia non tantum eſt vindicatio proprietatis, ſed etiam vindicatio pignoris, *l.*18. *hoc tit. l.*2. *inf. ſi unus ex pluribus hered.* & qua creditor avocet poſſeſſionem pignoris, *l. ſi cum venditor, de eviction.* Avocet, inquam, poſſeſſionem pignoris actione hypothecaria, ſicut interdicto Salviano, quo tamen non agitur de jure pignoris, id eſt, non quæritur an id creditori competat, ſed de ſola poſſeſſione pignoris adipiſcenda, ut dictum eſt *ſup. tit.*9. & quia pignus, vel re contrahitur, vel nudo pacto, *l.*1. *de pignerat. act.* & ad utrumque genus pignoris hæc actio pertinet, quæ hypothecaria dicitur, & Serviana, & pigneratitia Serviana, & quaſi Serviana, & utilis Serviana, tot habet appellationes: quatenus quidem perſequitur pignus nudo pacto contractum, prætoria eſt actio, *l. ſi tibi, §. de pignore, de pact. l. major, inf. hoc tit.* quatenus vero perſequitur pignus re, id eſt, traditione contractum, eſt actio civilis: Nam & pignus re contractum civile eſt negotium, *l.*1. *§. ult. de pact.* Et hanc diſtinctionem adhiberi volo ad id, quod generaliter ſcriptum eſt in *Inſtitut.* actionem hypothecariam ex ipſius prætoris juriſdictione capere ſubſtantiam. Quamvis autem pignus, & hypotheca nihil inter ſe diſtent præter ſyllabarum ſonum, quo etiam linguæ diſcernuntur, Latina, & Græca: tamen docendi gratia ita Juriſconſultis placuit diſtingui, ut proprie hypothecam acciperemus pro pignore nudo conſenſu contracto: pignus pro pignore re contracto, vel hypothecam rei immobilis, pignus rei mobilis. Qualem differentiam etiam facit D. Chryſoſtomus in *Pſal.*38. inter hypothecam, & ἐνέχυρον, his verbis: ἀπαιτεῖ, &c. *creditor petit vel hypothecam*, vel ἐνέχυρον. *Pauper non habet hypothecam, quia nihil poſſidet: non habet etiam pignora, quæ adferat, quia nudus eſt.* Manifeſto unum nomen tribuit rei mobili, alterum rei immobili, ſicut proprie nos diſtinguimus hypothecam a pignore. Sed diſtinguimus eodem modo, eademque licentia, qua medici quidam ἄνθρακα a carbunculo: & Theologi Pentecoſten a quinquageſima, licet inter ſe nil diſtent præter diverſum ſonum & linguam: ſignificatione enim non differunt, imo ſe invicem ſignificant illa nomina. Et hoc eſt, quod juriſconſultus ait in *l. res, §. ult. de pignor. inter pignus, & hypothecam nominis tantum ſonum differre*, ut D. Auguſtinus libro de magiſtro ait, *quæ non modo tantundem, ſed etiam idem omnino ſignificent, & inter quæ nihil præter literarum diſtet ſonum, nomen, & ὄνομα invenimus.* Ideoque & nos non ſemper proprie iis nominibus utimur, ſed generaliter, & pignus, & hypothecam ſæpe dicimus (ut definiam paucis) quamcunque conventionem ſive re, ſive conſenſu perfectam, quæ res quaſcunque, vel jura debitoris obligat creditori in crediti vicem, unde creditori competit actio hypothecaria, quæ eſt de obli-

obligatione rerum debitoris mobilium, vel immobilium, corporalium, vel incorporalium, quas pignori oppoſuit debitor pro debito. Id in idiotiſmo vocamus uvadium, a vade proculdubio: nam fidei datæ optimus vas, id eſt, ſponſor eſt, res pignori nexa, ut ait regula juris, *plus cautionis eſſe in re, quam in perſona, il y a plus de ſeureté*. His præmiſſis tempus eſt ut perveniamus ad conſtitutiones hujus tituli. In ſingulas pauca adnotabo, niſi ſi forte plura rei propoſitæ ubertas exigat, & ea tantum adnotabo, quæ vel Accurſ. non obſervavit, vel male obſervavit, vel non ſatis abunde expoſuit.

Ad L. I. Debitor, qui pignoribus *profitetur ſe creditoribus cedere, nihilomagis liberabitur*.

Ad L. II.

EX lege prima notandum eſt, debitorem, qui profitetur ſe pignoribus cedere creditori, non ideo liberari ab obligatione perſonali, qua obſtringitur: nec mirum: quia nec debitor, qui univerſis bonis ſuis cedit creditori, liberatur, *l. 1. ſup. qui bon. ced. poſſ.* Pone (hoc enim neceſſe eſt) pignora, aut bona non eſſe idonea, non eſſe juſtos vades. Aliud ergo eſt profiteri ſe pignoribus cedere, aliud dare accipienti creditori pignora in ſolutum: quia hoc genere debitor liberatur, illo non item. Ex *l. 2. h. t.* quæ operæ eſt majoris, notandum eſt, ſi debitor eidem creditori pro debito eodem ſpecialiter fundum Titianum, & mox generaliter pigneraverit omnia ſua bona creditori, prius excutienda ſpecialis hypotheca, id eſt, fundus Titianus, quam cetera bona, etſi ex fundo Titiano ſuam pecuniam redigere poſſit, ad cetera bona, vel a ceteris bonis incipere non poteſt executionem juris ſui: imo cetera bona cenſentur eſſe libera vinculo pignoris, cum ſpeciale pignus, de quo prius convenit, idoneum eſt. Ratio dubitandi hæc erat, quia creditor æquale jus habet in omnibus bonis. Ergo videtur in arbitrio ejus eſſe, quæ excutiat, quæ perſequatur actione hypothecaria. Et ſane ita eſt ſummo jure: Sed, ut eleganter ait *h. l.* 2. juriſdictio temperanda eſt, id eſt, temperandum eſt edictum prætoris de pignoribus, ut in *l. 1. de reb. cred.* dicitur, prætorem de pignore dixiſſe. Et ſimiliter ait *l. quamvis, de in jus voc.* licet prætor in libertum, qui ſine venia patronum in jus vocavit, non edicat ſe daturum pœnale judicium, cauſa cognita tamen moderandam eſſe juriſdictionem, ut ſi libertum, qui vocavit patronum irreverenter, id eſt, ſine venia prætoris pœniteat, & actionem remittat, ut non detur in eum pœnale judicium. Quæſtio h. l. 2. ſæpe uſu venit, & agitatur, ut nuper accidit in hac urbe inter creditorem & debitorem, creditore ſpeciali hypotheca omiſſa excutiente cetera bona, quæ forte ſunt cariora debitori, aut pretioſiora, vel amœniora: debitore autem prohibente, prius iri ad cetera bona, quam ſit excuſſa ſpecialis hypotheca, quem utique magis audiet judex. Agitatur etiam hæc quæſtio inter priorem & poſteriorem creditorem hypothecarium, ut recte gloſſæ & Baſilica ponunt ſpeciem ad hanc l. 2. puta priori creditore privilegio temporis contendente ſe in ceteris bonis debitoris poſteriori creditore eſſe potiorem, poſteriore negante: ſi ſpecialis hypotheca idonea ſit, & hujus intentio verior eſt: Nam & hæc erat vulgaris conventio, id eſt, quæ vulgo apponi ſolebat in contrahendis pignoribus re certa pignori ſpecialiter obligata, ac deinde generaliter omnibus bonis, ut ita demum creditor jus pignoris exerceret in ceteris bonis, ſi de re ſpecialiter pignori obligata ſuam pecuniam ſervare non poſſet. Et hoc oſtendit *l. 2. in 2. parte, qui pot. in pign. hab. & l. quæ ſpecialiter, inf. de diſtract. pign.* Et vulgares conventiones ſi ſint omiſſæ, ſolemnes conventiones pro interpoſitis habentur, id eſt, quod vulgo agitur inter contrahentes, & ſemper agi intelligitur. Denique ſemper generali hypothecæ ineſt hæc conditio, ſi prior hypotheca ſpecialis non ſuffi iat creditori: Nec alia ratione locato fundo, tacito jure fructus, qui ibi naſcuntur ob mercedem pignori ſunt, quam quod ita ſoleret convenire inter locato-

A rem & conductorem, *l. ſi ſervus commun. §. locavi, D. de furt.* Nec hodie in judiciis ullæ frequentantur cautiones judiciales, veluti *judicio ſiſti, de rato, judicatum ſolvi*, quam quod quæ vulgo interponi ſolebant, pro interpoſitis habeantur: nec enim hodie repromiſſiones eæ judiciales intelliguntur remiſſæ. Satiſdationes ſunt remiſſæ, ſunt ſublatæ ex bellis civilibus, vel externis, vel ex moribus hominum, vel ex difficultate inveniendorum fidejuſſorum, paucitate hominum, vel amicorum, aut inhumanitate ad neceſſitatem remittendarum ſatiſdationum in judiciis nos compellente, ne perquiſitiones fidejuſſorum (quæ, ut dixi, plerunque ſunt in difficili) trahant negotia litium. Sed repromiſſiones judiciariæ, quæ non exigunt fidejuſſores, ſed nudam cautionem tantum partis, non intelli-
B guntur remiſſæ, ſed tacite interpoſitæ, ita ut agere liceat; ſi quis velit ex ſtipulatu judicio ſiſti, vel de rato, vel de judicato ſolvendo, quod maxime notandum eſt. Sed ut revertamur ad legem noſtram, quæ quod prius excuti vult ſpecialem, quam generalem hypothecam, hoc ducit ex vulgari conventione, qua idem ſolebat caveri inter debitorem & creditorem, quam lex habet pro interpoſita. Huic, inquam, legi opponitur primum *l. creditoris, de diſtr. pign.* quæ ait, in arbitrio eſſe creditoris, ex pignoribus ſibi obligatis, quæ diſtrahat, quæ perſequatur. Non eſt opus tot reſponſionibus, quas affert Accurſ. Expeditiſſima & clariſſima hæc eſt, eam legem non intelligi de creditore, cui ſpecialiter res certa obligata eſt, & generaliter omnia bona, ut ſcilicet ex eis eligere poſſit rem, quam velit
C diſtrahere, quod non poteſt: ſed excutere debet primum ſpecialem hypothecam. Verum ea l. loquitur de creditore, cui ſpecialiter plures res obligatæ ſunt, ut poſſit eligere: vel de creditore, cui omnia bona obligata ſunt, ut poſſit eligere, quod volet: non de creditore, qui ſpecialiter quædam, & generaliter omnia obligata habet. Opponitur etiam huic legi *l. 2. in 1. parte, qui pot. in pign.* ſecundam jam expoſui. Sed ut Joan. notavit recte, non loquitur etiam ea lex de eo, qui ſpecialem & generalem hypothecam habet, ſed de eo, qui generalem tantum, quem ait in aliis bonis debitoris, quæ volet excutere ex generali hypotheca, præferri poſteriori creditori, qui habet ſpecialem hypothecam, quod eſt æquiſſimum, & confirmatur *l. ſi generaliter, inf. qui potior. in pig.* & in 2. *par. h. l.* quam
D ante expoſui, non debui prætermittere, pro *generaliter*, recte adnotari in ora librorum eſſe legendum, *ſpecialiter*. Idque res ipſa omnino poſtulat, & memini me alias docere fuſius. Reſtat tantum ad l. 2. hæc quæſtio, quam non attingunt Interp. Lex ponit, & non hæc l. tantum, ſed & ſimiles omnes, *prius creditori fuiſſe obligatam rem certam, deinde generaliter omnia bona*: Quid dicemus e contrario, ſi prius generaliter ſint obligata omnia bona, & mox ſpecialiter fundus Titianus, an poterit ex omnibus bonis excutere, quæ volet, omiſſo fundo Titiano? Et exiſtimo, quia non abs re leges, quæ de hoc tractant, ponunt præceſſiſſe ſpecialem hypothecam, hoc caſu, quo ſpecialis hypotheca poſt lata eſt generali, creditorem poſſe excutere generalem hypothecam, & præferri poſteriori creditori, qui forte
E ex bonis quædam ſpecialiter accepit pignori, inſpecto ordine conventionis, niſi aliud actum probetur, quod notandum, ut præcedentem generalem hypothecam creditor poſſit exercere, vel exequi, omiſſa ſpeciali ſubſequente generalem. Adnotandum eſt tantum ad Accurſium, male eum hæc verba (*interim tibi non auferri*) ſic interpretari, ut *tibi*, ſit debitori poſſidenti pignus. Nam, ut inſcriptio docet, & contextus ipſe *l.* Imperatores ſcribunt Lucio poſteriori creditori ſuum pignus poſſidenti, cui id vi generalis hypothecæ non poteſt prior creditor auferre, ſi ei ſufficiat ſpecialis. Et ſup. in h. l. (*adverſarium tuum*) id eſt, priorem creditorem. Ergo (*tibi*) id eſt, poſteriori creditori, qui in ſuo pignore, non tam eſt potior, quam ſolus, ut ait

ait *l. 2. qui pot. in pig. hab.* videlicet si priori creditori sufficiat specialis hypotheca, quia tunc generalis nihil ei proficit: generalis (quod ad eum attinet) nulla est. Et ineptum est etiam, quod adjicit, idem esse, si extraneus, vel primus creditor possederit pignus: primum quia necesse est ponere possedisse posteriorem creditorem suum pignus, quoniam ait, *tibi non auferri*. Deinde si amisit forte possessionem in hac specie, posterior creditor recte eam avocabit ab extraneo, vel priori creditore. Eadem ratione reliquas leges persequemur.

Ad L.III. Creditores, qui non reddita *sibi pecunia, conventionis legem ingressi, possessionem exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate præsidis possessionem adipisci debent.*

EX l.3. notandum est, creditorem, cui ex conventione debitor permisit non soluta ad diem pecunia, ingredi possessionem fundi pignerati, non posse tamen eam ingredi sine auctoritate judicis. Nec enim conventione illa videtur remissus, imo nec remitti potuit ordo publici juris, qui auctoritatem judicis exigit, *l.10. & 11. inf. hoc tit.* & etiam conventionem possessoris fundi. Vim quidem non facit creditor (ut ait lex) qui sub specie conventionis, & voluntatis debitoris ingreditur possessionem fundi pignerati: sed nihilominus tenetur generali interdicto momentariæ possessionis restituendæ debitori: Sicut in casu *legis 6. sup. unde vi*, qui rem sibi debitam occupat sub specie judicati, vel rescripti Principis: ergo si per vim collecta manu creditor ingrediatur possessionem fundi pignerati, resistente debitore, vel alio possessore, etiam tenebitur speciali interdicto unde vi, ut Azo & Bartol. sentiunt recte hoc loco contra Joannem: Nam & regula juris fertur, *non esse singulis concedendum, quod per magistratum publicum fieri possit: ne occasio sit majoris tumultus faciendi*. Male vulgus hanc legem sic accipit, ut ex conventione possit creditor ingredi possessionem fundi pignerati sua auctoritate, sine judice, sed melius & tutius, vel (ut illi ajunt) urbanius faciat, si ingrediatur auctoritate judicis: quod si malit sua, ut id impune faciat. Et hunc errorem, aut hanc sententiæ hujus legis depravationem potissimum ducunt ex *secunda parte legis penul. sup. de pigner. act.* dum ait, creditorem suo arbitrio non posse auferre rem debitori citra conventionem, vel auctoritatem judicis, quæ verba plane significant, ex conventione creditorem posse auferre rem debitoris suo arbitrio, sua auctoritate. Sed observandum est, eam partem legis penult. non loqui de pignore obligato creditori, sed de quacunque re debitoris, quam ait creditorem suo arbitrio ex causa debiti auferre non posse citra conventionem, id est, nisi convenerit, ut pignori esset, & auctoritatem judicis, videlicet per actionem hypothecariam, id est, Servianam. Nam rectissime Græci in *d.l. pen.* disjunctionem accipiunt pro conjunctione (ut fit sæpe in jure) illo loco: *citra conventionem, vel præsidalem jussionem*. Illi enim sic interpretantur, citra conventionem, & præsidalem jussionem, χωρὶς συμφώνου, καὶ ἀρχικῆς κελεύσεως, ut duo exigant, si velit creditor auferre rem debitoris, hypothecæ conventionem, & auctoritatem judicis, videlicet per actionem hypothecariam: Nam nunquam temere est discedendum ab ordine juris. Mitto legem quartam, quæ non desiderat operam meam: contenta erit discussione vestra.

Ad L.V. Præses provinciæ *vir clarissimus jus pignoris tui exequentem te audiet, nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum adversario tuo, aut, ut dicis, non causa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit:*

AD legem 5. notandum est, rem judicatam contra debitorem, qui rem suam vindicabat ab extraneo possessore, non nocere creditori, cui ante debitor eandem rem pignori obligaverat, sed superato debitore in causa proprietatis, adversus eum, qui debitorem superavit, vel quemcunque possessorem pignoris, creditori esse integram action. hypoth. duobus casibus tantum, qui proponuntur in *h. l.5.* si debitor per collusionem egerit causam proprietatis, id est, si egerit perfunctorie, ut vinceretur, se submittens adversario. Et altero casu si debitor superatus sit in judicio proprietatis, non causa cognita, sed absens & inauditus, μονομερῶς, ut loquimur, ex præscriptione, ut ait, veluti lapsis temporibus appellationis interpositæ a debitore, ut *l. Heren. in fin. de evict. l. si express. in fi. de appell. l.6. §. penult. de decur.* His duobus casibus res judicata contra debitorem in causa proprietatis non nocet creditori in causa pignoris persequendi. Sed hoc ita procedit, si creditor scierit debitori cum alio esse litem de proprietate pignoris, ut exceptis scilicet illis duobus casibus, res sciente creditore acta & judicata contra debitorem, ei noceat: Nam si creditor hoc ignoraverit, non tantum illis duobus casibus, sed generaliter & indistincte creditori est integra actio hypothecaria, & persecutio pignoris probanti rem, quo tempore pignus contrahebatur in dominio debitoris fuisse, *l. sæpe, de re jud.* Et secundum hanc distinctionem inter scientem & ignorantem creditorem, huic *l.5.* locus est ita demum, si creditor scierit, debitorem experiri de proprietate pignoris: Nam victo debitore, illis tantum duobus casibus creditori salva est actio hypothecaria, non etiam aliis casibus, quia scientia & taciturnitas pro consensu habetur, id est, consensu creditoris, quo sciente lis de proprietate acta est inter debitorem & extraneum, videtur etiam judicatum de jure pignoris, quod habuit ex persona actoris, id est, debitoris sui. Et ideo ad hæc verba *l.5.* (*nec tibi oberit*) adnotabis, tibi creditori etiam scienti non oberit his duobus casibus: ignoranti vero neque his casibus, neque aliis, quod notandum.

Ad L.VI. In summa debiti computabitur *etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium præstitisse creditorem constiterit.*

EX l.6. notandum est, maxime crescere obligationem sortis debitæ ob ea, quæ creditor, cui fundus pignori traditus est, fundi nomine contulit ad munitionem, & reparationem viarum publicarum, vel ad aliud (ut ait *l.*) necessarium obsequium Reipub. ad aliud publicum munus, veluti ad reparationem portus, vel aquæductus, vel murorum, vel pontium, vel cloacarum, quæ sunt onera prædiorum, non hominum, & sequuntur quemcunque possessorem prædiorum. Et recte *l. epist. §. pact. de pact.* tale pactum (*ut si quas summas propter tributiones fundi pignori nexi creditor solvisset, eas a debitore reciperet*) esse justum pactum, quia jus ita se habet, ut tributa prædii pignerati, quæ solvit creditor, augeant obligationem sortis: Et ideo supervacuum est pactum, quoniam ipso jure res ita se habet, ut & in *l. quæsitum, §. ult. de distract. pig.* Multa fiunt pacta supervacua. Et crescere obligationem sortis, aperte demonstrant hæc verba l. 6. (*in summa debiti computabitur*) id est, adcrescet sorti. Ex quo sequitur, non liberari pignus, & pigneratitiam actionem, quæ est in personam de recuperando pignore, non competere debitori sorte principali soluta, capitatio ære soluto, ut veteres loquebantur, nisi etiam solvat, quæ creditor contulit ad necessaria obsequia Reipubl. quia & hæc sorti adcreverunt, & omnem sortem solutam esse oportet, ut debitori competat actio pigneratitia, in *l. si rem, §. omnis, de pig. act.* Nam si vel unus nummus tantum supersit ex sorte, qui debeatur, tota res pignori data, pignori obligata manet. Et hoc est quod dicitur, *indivisam esse causam pignoris*, id est, pignus non posse liberari pro par-

parte, sed teneri in solidum, vel pro nummo sestertio, *l. rem, de evict.*

Ad L.VII. Usucapio pignoris *conventionem non extinguit*.

EX lege 7. (quam Placentinus per quam stulte scripsit non posse intelligi, dabitque nobis licentiam abeundi) quæ constat uno tantum versu elegantiss. [*usucapio pignoris conventionem non extinguit*] ex ea, inquam, notandum est, usucapto pignore ab extraneo debitorem amittere dominium pignoris, quod est certum: in usucapione creditorem non amittere jus pignoris, quia usucapione dominium adquiritur cum sua causa, *l.1. §. cum prædium, D. eod. tit.* Et eadem ratione fructuarius, ad quem pertinet pignoris ususfructus, usucapto pignore non amittit usumfructum, *l. locum 17. §. pen. de usufruct.* Denique usucapione non adquirimus liberum, vel optimum maximum jus dominii, sed quale habuit is, qui ante completam usucapionem dominus erat. Hæc est vera & facilis sententia hujus legis omnibus amplectenda. Secunda interpretatio Accursii est ridicula, ut Cato loquitur. Verum circa hanc sententiam hujus l. multa possunt quæri, & multa etiam quærit Accursius. Primum potest quæri transformata usucapione a Justiniano, an sit locus sententiæ h. l. Et recte sensit Accursius ne in re aperta & nota Accursio sim longus, esse locum sententiæ hujus legis in re mobili, quæ usucapitur triennio: non etiam in re immobili, quæ usucapitur longo tempore, quia placuit etiam longo tempore perimi pignoris cujuscunque causam, id est, decem, aut viginti annis, *l.ult. sup. de præsc. long. temp. l.7. & l.ult. sup. de oblig. & act.* Rursus posset quæri, an soluta, vel oblata, & deposita sorte, debitor adversus creditorem possit agere actione pigneratitia, ut restituat pignus, quod tenuerat, sed postea amissa possessione, cum ad alium transisset, usucaptum est, & nunc tenetur ab eo, qui usucepit, quia videtur adhuc ab eo, qui usucepit, creditor posse avocare possessionem pignoris per actionem hypothecariam. Sed ut respondeam, primum hoc negabo, creditorem ab eo, qui usucepit, posse avocare possessionem pignoris, & habere adversus eum actionem hypothecariam, quia solutione sortis extincta est hypotheca, sed teneri tamen creditorem debitori actione pigneratitia, ut vel rem redimat ab eo, qui usucepit, vel præstet æstimationem litis, & quantum interest, videlicet si per creditoris, qui pignus tenebat, negligentiam factum est, ut pignus usucaperetur, quia in actionem pigneratitiam venit etiam culpa sive negligentia creditoris, *faut qu'il en rende compte, l. si cum venderet, & duabus sequentibus, D. de pign. act. l.6. & 8. sup. eod.* non tamen teneri creditorem eadem actione, si sine vitio suo possessionem pignoris perdiderit, *l.4. eod. tit. sup.* Et hoc de pignore, quod tenuit creditor, ut posui semper: nam in pignore, quod creditor nunquam tenuit, hæc quæstio cessat, quia ad hoc genus pignoris non pertinet actio pigneratitia, quæ est de restituendo pignore, quod accepit: atqui nunquam accepit, vel habuit. At rursus inde nascitur alia quæstio, & difficilior, quid sit dicendum, si pignus nudo consensu contractum sit, & cum nondum pervenisset ad creditorem, usucaptum sit, & postea ab eo, qui id usucepit, creditor possessionem pignoris avocaverit, ut potest, actione hypothecaria: tum deinde debitor solverit sortem creditori, an actione pigneratitia potest a creditore recipere pignus, cujus dominium usucapione amisit? Dicam posse, sed frustra recepturus est pignus, si is, qui usucepit, id mox ab eo vindicet, tanquam factus dominus. Itaque in damno versabitur debitor, qui solvit pecuniam, & pignus recuperatum a creditore non potest retineri vindicante eo, qui usucepit. Et omnino ita est, ut versetur in damno, quia hoc accidit sua culpa, cum per negligentiam ejus pignus usucaptum sit, ut in §. *quod autem, Instit. de usuc.* Et captiosa, atque vana sunt remedia, quibus Accursius hoc loco tentat debitorem eximere damno, quia adversus usucapionem nulla

A sunt remedia majori 25. annor. usucapio securitatem præstat possessori, *l.7. sup. de præscr. long. temp. l.1. sup. de com. rer. alien.* Et ea etiam remedia, sive consilia [quæ vocat Accursius] id est cautelas, ne debitor sit in damno, refutat Bart. hoc loco, nec tamen rem expedit, quæ ita, ut dixi, manifesto expe ienda est, hoc tantum addito: quod si debitor in proposita specie soluta pecunia non statim pignus repetat, quia solutione pignus peremptum est, proculdubio ei, qui usucepit, erit efficax vindicatio pignoris adversus creditorem. Et postremo circa hanc legem quæri potest, cur usucapto servo, jus pignoris, quod in eo habeo, non perimitur, ut docuimus, operæ autem servi usucapti, quæ mihi legatæ erant, perimuntur? legatum operarum usucapto servo perimitur, *l.2. in fine, de usufr. leg.* Quæro, quæ sit ratio differentiæ? Ratio dif-
B ferentiæ, in qua hæret Accursius in *d. l.2.* dum eam quærit, nec tradit ullam, evidens hæc videtur esse, quia operæ servi, quæ consistunt in actu ipsius servi, jus dominii sequuntur, quod usucapione adquisitum est: Nam si servus est tuus factus usucapione, consequens est, ut tibi operas præstet, non alii, nec testamento alterius fieri potest, ut servus tuus alii, quam tibi edat operas. Denique operæ societate, veluti quodam dominio servi conjunguntur: at pignus nulla societate dominio, id est, proprietati conjungitur. Hæc sunt verba *l. justo, §. non mutat, de usurp. & usuc.* Usufructus quoque, cujus causam eandem diximus esse, quæ est pignoris, ut neutra perimatur usucapione, non debet permisceri cum dominio, vel possessione, ut *l. pen. de adquir. poss.* quia ususfructus servi non consistit in servo ipso, id est, in actu ser-
C vi, sed in persona ejus, qui in servo usumfructum constitutum habet, & in facto ejus, in usu & fruitione servi. At operæ, quæ legantur, consistunt in ipso servo, id est, in actu ipsius servi, ideoque nec morte ejus, cui legatæ sunt operæ quandiu vivit servus, legatum perimitur, & ususfructus tamen perimitur morte ejus, cui ususfructus legatus est. Et similiter operæ legatæ non pereuntur capitis deminutione legatarii, vel non utendo, quibus tamen modis ususfructus intercidit, *d. l.2. de usufr. legato*.

Ad L. VIII. Quamvis personali actione *expertus adversus reum, vel fidejussores, seu mandatores ejus feceris condemnationem: pignoris tamen adhuc habes persecutionem*.

D LEX octava est pars *legis primæ, inf. etiam ob chirog. pecuniam pignus teneri*, ubi de quæstione ejus tractabimus commodius.

Ad L.IX. Si dominium ejus possessionis, *quæ pignori data esset, a debitrice domina ad te translatum est, eamque postea creditor, vel ejus heredes detinere cœperunt: vindica eam rem præside provinciæ curante, ut fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur*.

AD legem 9. sic est ponenda species: debitor alienavit fundum Titio, quem ante creditori suo nudo pacto obligaverat. Ut usucapione, ita alienatione pignoris facta sine consensu creditoris pignus non perimitur, *l. 15.*
E *inf. hoc tit. l. si debitor, inf. de distract. pign.* Postea vero creditor eum fundum tenere cœpit. Hæc lex nona ait, Titium nuper factum dominum fundi, recte eum fundum vindicare a creditore, fructibus, quos creditor ex eo fundo percepit imputatis in sortem, & residuo debiti oblato, & deposito, *si creditori satisfactum fuerit*: quæ postrema verba lex adjecit, quia non est satis solvi creditori sortem principalem, ut pignus liberetur, sed etiam ei satisfieri oportet: Nam quandoque sortis principalis solutio ei non satisfacit ad plenum, ut puta si quos sumptus fecerit fundi pignerati nomine, qui auxerint sortem principalem, ut in *l.6. sup.* Satisfacere, est tantum facere, quantum satis est creditori, ut Asconius Pedianus ait, *satisfacere esse tantum facere, quantum satis est irato ad vindictam*.

Er-

Ergo ex *l.9.* ei, cui debitor pignus alienavit citra conſenſum creditoris, pignoris poſſeſſione poſtea perveniente ad creditorem, competit rei vindicatio adverſus creditorem, ſi ei ſatisfactum ſit, quæ tamen actio non competeret debitori adverſus creditorem poſſidentem pignus, quia vindicatio rei corporalis poſſeſſori non datur, *l.1.* §. *interdictum, uti poſſidet.* §. *æque, Inſtit. de act.* Et creditor licet teneat pignus, id tamen ſibi non poſſidet, ſed id debitor poſſidet per eum, *l. cum notiſſimi,* §. *ſed cum illud, ſup. de præſcript.* 30. *anno.* Ergo non poteſt debitor id vindicare a creditore, quia vindicatio non adquiritur ſine diſpendio poſſeſſionis. Sed cum erit ſatisfactum creditori, poteſt pignus repetere actione pigneratitia. Dixi, *alienatione non extingui cauſam pignoris*: hoc eſt verum indiſtincte, ſive res mobilis, ſive immobilis pignori data ſit, & ſive traditione, ſive nuda conventione pignus contractum ſit. Sed alio jure utimur hodie in re mobili: Nam creditor non poteſt perſequi actione hypothecaria rem mobilem, de qua convenit inter debitorem, & creditorem, ut pignori eſſet, ſi a debitore ea res pervenerit ad extraneum. Et hoc eſt, quod dicitur lingua materna, *meubles n'ont point de ſuite en hypotheque, quand ils ſont hors de la puiſſance du debiteur*, id eſt, ex ſola conventione pignoris, vel ſpeciali, vel generali nil refert, creditor non poteſt perſequi actione hypothecaria res mobiles adverſus quemlibet poſſeſſorem, ſed adverſus debitorem tantum, vel heredem ejus, aliter quam ſi traditione contractum ſit pignus rei mobilis: nam ita contractum pignus rei mobilis, etiam hodie creditor perſequitur adverſus quemlibet poſſeſſorem. Et ita facimus hodie differentiam inter rem mobilem & immobilem, & pignus re, & conſenſu contractum. Dixi præterea ex hac l. fructus, quos creditor ex pignore percepit, conſumpſit, & imputari in rationem ſortis. Hoc confirmat lex. 1. & 2. *ſup. de pignerat. act. l.1. inf. de diſtract. pign. l.2. inf. de partu pign.* Itaque fructibus æquantibus ſortem, ipſo jure liberatur pignus, perinde atque ſolutione, vel oblatione, & depoſitione totius ſortis, vel datione pignoris in ſolutum, ut in *l.13. inf.* fructuum perceptio pro ſolutione eſt, ſi adæquat ſummam ſortis. Sed hoc ita procedit, niſi aliud convenerit inter debitorem, & creditorem, veluti ut fructus creditor perciperet vice uſararum, quæ conventio pignoris proprio nomine appellatur ἀντίχρησις in *l. ſi is qui bona,* §. 1. *ff. eod. tit. l. ſi pecuniam, de pign. act.* quaſi ἀντὶ τόκων χρῆσις, id eſt, jus utendi fruendi pignore vice uſurarum, quod Ciceroni eſt *certare cum uſuris fructus prædiorum*. Nec omittam quod Azo notavit, initio hujus legis in quibuſdam libris ita legi, *Si dominium ejus poſſeſſionis, quæ cum pignori, &c.* Ego conſtanter ita ſcriptum legi ſemper in omnibus libris veteribus, & eſt ſyllepſis.

Ad L.X. Debitores præſentes *prius denuntiationibus conveniendi ſunt. Igitur ſi conventi debite ſatis non fecerint, perſequenti tibi pignora, ſeu hypothecas, quas inſtrumento ſpecialiter comprehenſas eſſe dicis, competentibus actionibus, rector provinciæ auctoritatis ſuæ auxilium impartiri non dubitabit.*

Legem decimam vulgo ſic accipiunt male, ut creditor prius denuntiare debeat præſenti debitori, ut ſolvat, id eſt, eum interpellare, & admonere debeat, quam agat actione hypothecaria, quod eſt falſum: Nam iſtæ denuntiationes, quæ proprie dicebantur condictiones, ſublatæ ſunt, §. *appellamus, Inſtit. de action.* & in *l. ult. ſup. de interd.* illa verba (*ruptis veteribus ambagibus*) dixi excludere ſolemnes denutiationes: idemque velle in *l. ult. ſup. quorum bonorum*, hæc verba (*omnibus fruſtrationibus amputatis*) Et hi etiam, qui ita accipiunt hanc legem, coguntur ſupplere ſuo marte, hanc denutiationem exigi ex urbanitate, non ex neceſſitate, quod etiam eſt falſum: Nam aperte verba legis injungunt neceſſitatem denuntiandi præſenti debitori: & verius eſt, hanc eſſe ſententiam hujus legis: ut ſi convenerit inter creditorem, & debitorem hypothecarium de non diſtrahenda hypotheca, vel etiam ſi ſimpliciter pignus datum ſit, nulla facta mentione diſtrahendi, vel non diſtrahendi, quo caſu etiam tacite videtur agi, ne diſtrahatur, *l.3. ff. quæ res pign. oblig. poſſ.* non aliter poſſit creditor, contra quam actum eſt expreſſim, vel tacite, pignus diſtrahere, quam ſi denuntiaverit præſenti debitori, ut pignus luat, quæ eſt ſententia etiam *l.4. ff. de pignerat. act.* & (ut affirmo) etiam hujus leg. 10. Nam in ea, perſequi hypothecam, eſt perſequi uſque ad extremum, ad diſtractionem uſque jus pignoris exequi. Et placet, quod ait lex plurativo numero, *denuntiationibus*: Nam trina denuntiatio exigitur in *d. l.4.* & a Paulo 2. *Sent. tit.4. creditor*, inquit, *ſi ſimpliciter ſibi pignus depoſitum diſtrahere velit, ter ante denuntiare debet debitori ſuo, ut pignus luat, ne a ſe diſtrahatur.* Itaque *hæc lex* 10. id omnino vult, quod eſt apertius iiſdem fere verbis ſcriptum in *l. debitoribus, ſup. de adminiſtr. tut. debitoribus parere ſolutioni denuntia, qui ſi ſatis non fecerint, in venditione pignorum uti jure communi potes.*

Ad L. XI. Nominatori pignori *capere ſine præſidis auctoritate res nominati non licet.*

LEX undecima etiam non bene explicata eſt. Nominator in ea vocatur magiſtratus municipalis, qui quem nominat, & creat ad munus aliquod publicum, veluti ad curationem operum, quam ſi nominatus ſuſpicere detrectet, lex ait, *magiſtratum municipalem eum coercere non poſſe captis pignoribus ſine auctoritate præſidis.* Hæc eſt ſententia legis. Habet quidem magiſtratus municipalis jus coercendi inobedientes, & contumaces captis pignoribus, *l. quemadmodum,* §. *magiſtratus, ad leg. Aquil. l.4. ſup.* §. 1. *de dam. infec.* ſed non ſine juſſu præſidis ſicut magiſtratus municipalis habet jus dandi tutoris, *l.3. ff. de tut. & curat. dat.* ſed non ſine præſidis juſſu, præcepto, mandato, *l. Lucius,* §. *teſtamento, de admi. tutorum, l. tutores, de confirm. tut. l. ſexta, ſup. qui dare tut. poſſ.* Olim (quod forte non omnes ſciunt) magiſtratus, qui pignora capiebant, & mox ea confringebant, concidebant, verbi gratia, ſupellex contumacis capta pignori, mox concidebatur. M. Tullius 3. de Oratore. *An tu,* inquit, *cum omnem auctoritatem univerſi ordinis pro pignore putares, eamque in conſpectu populi Romani concideres tanquam pignus, ſcilicet exiſtimans, me his pignoribus, quibus me coercere inſtituis, poſſe terreri. Non illa pignora tibi ſunt cedenda lingua, &c.* Et ſic etiam Tibullus:

Quid facio demens? heu, heu, mea pignora cedo.

Ad L. XII. Si uxor tua pro pecunia, *quam accepit mutuo, res proprias obligavit pignori, eique tu ſucceſſiſti: licet inſtrumento ejus facti teſtimonium collatum non ſit: ſoluto tamen debito, creditorem de his tibi reddendis ſolemni jure convenies.*

EX l. duodecima hoc tantum notandum eſt, inſtrumenta eſſe teſtimonia factorum, id eſt, rerum geſtarum, & condi inſtrumenta, ut res geſta probetur, non ut valeat: Nam & ſine inſtrumento valet: inſtrumenta condi rei probandæ, non condendæ, vel conſtituendæ. Et ſecunda interpretatio Accurſii ad eam legem eſt veriſſima, & confirmatur *l. contrahitur, de pignor.* Prima interpretatio delenda eſt.

Ad L. XIV. Diſtractis a debitore pignoribus, *creditores poteſtatem habere, utrum ne perſonali obligatos ſibi, an pignora poſſidentes, in rem actione convenire velint, non eſt incerti juris.*

Ad L. XXIV.

LEX 14. & *l.24.* idem docent, eſſe in electione creditoris, qua actione prius experiatur, perſonali actione cum debitore ſuo, an hypothecaria cum poſſeſſore pignoris, an ſimul utraque, *ut l. ult. ſup. de obl. & act.* Sicut in electione creditoris eſt cum debitore, an cum fidejuſſore

sore, vel mandatore, an cum utroque experiatur, *l. grege, §. etiam, de pignoribus*. Nec cum Accursio in hac re est constituenda differentia inter expressam, & tacitam hypothecam, ita ut electionem habeat creditor, qua via ad suum perveniat, si expressa sit hypotheca, ut ait hoc loco, non etiam si tacita: Nam Resp. quæ non habet, nisi expressam hypothecam, *l.2. inf. de jur. Reip. lib.10. l. simile, ff. ad munic.* Denique Respubl. quæ habet expressam hypothecam, non tamen omnino electionem habet, *l.1. inf. de decur. lib.10. l.3. §. ult. de administ. rer. ad civit. pertin. l. libert. §. fil. ad munic.* Non est etiam omnino constituenda differentia inter privatum creditorem, & fiscum, sive rempublicam, ut privatus hanc habeat electionem, non fiscus, vel Resp. Nam & in causa tributorum fiscus hanc eandem electionem habet, *l. cum possess. §. ult. de cens.* Et in causa pecuniæ debitæ ex contractu, veluti ex locatione vectigalium, videlicet, si possessor hypothecarius fisco non caveat de indemnitate, interim dum excutit principalem debitorem, *l. 1. inf. de conveniend. fisci debitor. lib.10. l.5. sup. de sentent. & interloc.* Hodie non ignoratis ex Novella Justiniani quarta *de fidejussoribus*, privato creditori ademptam esse hanc electionem, a qua non dissentit Novella 112. cujus sententia ab Irnerio huic legi subjecta est: Nam & in *Novella de litigiosis*, ponitur creditorem prius egisse cum debitore servato ordine præscripto *in Novella* 4. Sed lite pendente debitorem pignus vendidisse, nec ex pretio solvisse creditori: quæ res facit, ut protinus creditor possit transire ad emptorem pignoris instituta actione hypothecaria, qui tamen recte cœperat a debitore principali.

Ad L. XVI. Et si frater tuus *non suam, sed ad te pertinentem pecuniam mutuam suo nomine dedit, ac pignus accepit: tamen tibi pignoris obligationem quærere non potuit.*

EX hac l. notandum est, obligationem pignoris per liberam personam nobis non adquiri, sicut nec quamlibet aliam obligationem: ut si meam pecuniam suo nomine frater meus alii crediderit, quod mutuum quidem ab initio non consistit, quia pecunia non est dantis, sed convalescere potest consumptione pecuniæ: atque adeo si meam pecuniam (ut dixi) frater meus suo nomine crediderit, & pignus acceperit in causam crediti, mihi neque personalem obligationem creditæ pecuniæ adquirit, neque obligationem pignoris, quam contraxit, ut *l. solut. §. pen. de pig. act.* Recte ait *l. suo nomine*: Nam si nomine meo pecuniam meam crediderit, jure singulari receptum est, sicut & multa alia singularia sunt recepta in credita pecunia, ut mihi adquirat obligationem creditæ pecuniæ, quamvis sit liber homo, non subjectus potestati, atque etiam obligationem pignoris, *l.2. sup. per quas pers. nob. adqu.* Sed & quandoque, si quis alienam pecuniam suo nomine crediderit, non nomine domini, domino pecuniæ datur utilis actio creditæ pecuniæ, perinde ac si ipse credidisset, ut si quis crediderit pecuniam militis, vel pupilli, vel juvenis, ut *l.2. sup. quando ex facto tutor. vel cur. l. si pecun. D. de reb. cred.* Hypothecariam autem his personis, id est, militi, pupillo, juveni, si is, qui eorum pecuniam credidit suo nomine, pignus acceperit, dari non invenio, nec cui datur actio principalis, continuo etiam danda est actio hypothecaria sine lege certa, quæ hoc constituat, ut ante constitutionem Justiniani, id est, *d. l.2. sup. per quas pers. nobis adqu.* credita ab alio mea pecunia meo nomine, & accepto pignore, mihi ipso jure adquirebatur obligatio principalis, non etiam obligatio pignoris. Et ita etiam in proposito illis personis, quarum pecuniam aliquis credidit suo nomine, dabimus quidem actionem principalem, si certum petatur, sed non actionem hypothecariam, si pignus intervenerit, sine lege certa, qua destituimur.

Ad L. XVII. Quamvis ea pecunia, *quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit prædium: tamen, nisi specialiter, vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuæ pecu-*

A *niæ numeratio in causam pignoris non deduxit: sane personali actione debitum apud præsidem petere non prohiberis.*

EX lege 17. notandum est, rem a fratre meo ex pecunia, quam ei credidi, sibi id est, suo nomine comparatam, non propterea esse mihi tacite pignori obligatam nomine crediti. Denique non esse eam rem mihi pignori in causam creditæ pecuniæ, sine conventione expressa, vel speciali, vel generali. Et hæc l. & superior loquitur de fratre, sed utrique locus est etiam in quovis alio, qui vel pecuniam meam suo nomine crediderit, vel si aliquid suo nomine comparaverit ex pecunia, quam ei credidi, vel quam mihi debet ex alia causa. Et ut a superiori lege excepimus pupillum, cujus pecuniam quis alii suo nomine mutuam dedit, ita ab hac lege nos

B pupillum excipere oportet: nam res pupilli pecunia ab alio comparata, tacite pupillo pignori obligata est ex const. Sever. & Antonini, *l. pen. sup. de serv. pig. dato manum. l.3. ff. de reb. eor. qui sub. tit. &c.* quod interpretes trahunt etiam ad militem, & juvenem. Ego nolim trahere sine lege: nam etsi militi detur vindicatio rei comparatæ ejus pecunia, *l. si ut proponis, sup. de rei vin.* Non tamen ideo, imo vero eo minus eidem danda est actio hypothecaria, veluti ex tacita hypotheca: Vindicatio enim datur domino, vel quasi domino: hypothecaria datur non domino, nec utraque unquam defertur cuiquam sine lege, aut constitutione certa, quæ in alicujus arbitrio faciat, ut hac, vel illa actione experiatur: ut ex Justiniani constitutione est in arbitrio mulieris res dotales persequi soluto matrimonio vindicatione tanquam

C suas, vel hypothecaria actione tanquam non suas, *l. in rebus, sup. de jur. dot.* Et eandem electionem constitutiones dant pupillo, cujus pecunia ab alio res comparata est: Nam præter tacitam hypothecam ejus rei, datur etiam pupillo utilis actio, si hanc malit ad eam rem vindicandam, *l.2. quando ex fact. tutor.* non etiam aliis personis, quod legerim, veluti militi, aut adolescenti.

Ad L. XIX. Sicut vim majorem *pignorum creditor præstare non habet necesse: ita dolum, & culpam, sed & custodiam exhibere cogitur.*

LEX 19. atque etiam 20. alienæ videntur esse ab hoc titulo, atque tractatu: neque enim sunt de actione hypothecaria, de qua est hic tractatus, & hic tit. & quot-

D quot sequuntur usque ad tit.35. sed sunt ambæ de actione pigneratitia, de qua est proprius titulus *lib.4. sup.* & inter quas quantum intersit, accipite paucis. Actio hypothecaria est in rem, *ut l.18. h. tit.* Actio pigneratitia in personam: hæc est bonæ fidei, illa arbitraria: hæc datur debitori soluta hypotheca, illa creditori manente hypotheca: hæc est ex jure civili, illa est ex jure prætorio hypotheca contracta nudo consensu. Sed tamen, quia hæc illi æmula est, ut eleganter ait Justinian. in constitut. qua sua auctoritate confirmat conditionem Digestorum. Hæc inquam, illi æmula est, quoniam utrique circa eandem rem idem est studium, idem amor debitori, ut habeat pignus, creditori æque, ut idem pignus habeat. Quia igitur invicem æmulæ sunt, neque hæc illam, nec vicissim illa hanc abhorret. Itaque non male etiam de actio-

E ne pigneratitia hoc proponitur *in l.19.* in eam venire dolum & culpam creditoris, & custodiam, dolum & culpam, id est, si dolo creditoris, aut culpa pignus perierit, aut deterius factum sit: Nam (ut ait hæc *l.19.*) creditor dolum & culpam, & custodiam exhibere cogitur: ubi Accursius sic distinguit culpam a custodia, quem & plerique sequuntur, ut custodia sit contraria negligentiæ, atque ita lex velit negligentiæ nomine creditorem teneri debitori, quod non curatius, diligentius custodierit rem pignori datam, sed neglexerit: culpa autem consistat, non in negligendo, id est, non faciendo, sed in faciendo, ut si creditor dum jaculatur, nec dum bene sciat vibrare jaculum, deerrans hominem trajecerit sibi pignori datum, atque ita Accursius in hac lege culpam a custo-

a custodia distinguit, quam distinctionem omnino improbo: Nam certissimum est etiam in non faciendo culpam consistere, in negligendo, *l. si servum, ff. de verb. obligat. §. præterea, Inst. de leg. Aquil.* & nominatim in *l. socius socio, pro socio*, & in *§. præter, Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Juris auctor *culpam*, interpretatur desidiam & negligentiam. Ergo culpam generaliter accipiamus pro levi negligentia, sive diligentiæ exactæ privatione, atque etiam pro delicto commisso, pro delicto facto per imperitiam, vel imprudentiam. Custodiam autem accipiamus pro exactissima diligentia diligentissimi patrisfam. cui sit contraria levissima culpa: Nam hæc lex rem auget, dum adjicit *& custodiam*, hoc est, dum ait *creditorem non tantum præstare dolum & culpam*, quod nomen simpliciter significat levem, *sed etiam præstare custodiam*, id est, etiam levissimam culpam, quo modo etiam rem auget, *l. 13. §. ult. ff. de pig. act.* Sed creditorem præstare etiam custodiam, id est, exactissimam diligentiam, ita demum verum est, si creditoris tantum gratia pignus contractum sit, puta ut pecunia credita in tutum redigeretur, alioquin parati etiam sine pignore roganti debitori pecuniam credere. Quo casu manifestum est, pignus dari tantum creditoris gratia, quia & sine pignore, si voluisset debitor, pecuniam mutuam accepisset a creditore. Et æquum est, ut in commodato, cum solius commodatarii gratia res geritur, ut præstet omnem culpam, & exhibeat omnem diligentiam, supremam diligentiam in servanda re commodata, vel pignerata. Ceterum aliud dicemus, si pignus contractum sit utriusque gratia, quod quomodo fiat, explicant Institutiones *in fin. tit. quib. mod. re contr.* ajunt pignus dari utriusque gratia: ubi velim vos subintelligere *plerunque*: Nam potest dari solius creditoris gratia: ac tum datur utriusque gratia, cum sine pignore debitor non erat habiturus pecuniam, cum quodammodo vi quadam creditor pignus ei extorsit, ut innuit *lex 4. hoc tit.* Debitoris gratia contrahitur pignus, quo magis ei credat, qui alioquin non crederet: atque etiam creditoris gratia, ut ei sit cautum pignore, ut in tuto sit creditum. Et hoc casu, negabo creditorem præstare custodiam pignoris, id est, teneri ex levissima culpa, secundum definitionem *l. si ut certo, §. nunc videamus, D. commod.* Et eadem distinctione utar in commodato, quoniam & in hac re pignus commodato comparatur, *d. l. 13. §. ult.* Nam si commodatum contractum sit solius commodatarii gratia, proculdubio præstat culpam, & custodiam, *d. l. si ut certo, §. commodatum*. Sin autem contractum sit utriusque gratia, quod fit in hac specie, si communem amicum invitemus ad cœnam, & tu parandæ cœnæ curam suscipias, ego tibi commodem supellectilem meam argenteam, commodatum fit utriusque gratia: & hoc casu commodatarius dolum tantum præstabit & culpam, non custodiam, *l. in rebus, §. 1. ff. commod.* quæ etiam pignus comparat commodato. Et ita est accipiendum, quod habemus ex fragmentis, sive redimiis Modestini ex *lib. 2. Different. Commodati judicio conventum, præstare dolum & culpam, quia*, inquit, *utriusque contrahentis utilitas vertitur: nam* (hæc suppleamus) *si solius commodatarii, non tantum præstaret dolum & culpam, sed etiam custodiam*. Et hæc distinctio, quæ summe notanda est, liquido demonstrat in hac re ne minimam quidem differentiam restare inter pignus, & commodatum. Illud certissimum est, in neutro contractu venire casum fortuitum, id est, ut hæc lex loquitur, vim majorem, vim divinam, invictam necessitatem, damnum fatale, quo pertinet etiam *l. 25. hoc tit.* Et furtum quandoque adnumeratur casui & fortunæ, latrocinium semper, furtum quandoque, ut in *l. eum qui, §. idem scribit, ff. de furt.* ut furtum, quod fit a saccularíis, vel apertulariis, *ce sont des mariiots, ou coupebourses*, qui artibus quibusdam maleficis, e sinu quandoque ipso hominis auferunt pecuniam, quod quis cavere, aut providere possit? Vel etiam ab apertulariis, seu directariis *ce sont des crocheteurs de portes*, quod vix ullus tam diligens est, ut cavere possit. At plerunque furtum adnumeratur culpæ & negligentiæ in non

A servando nostro *l. 4. ff. nautæ, caup. stab. l. cum duob. §. damna, ff. pro soc.* Et huc pertinet etiam *l. 26. hoc tit.*

Ad L. XX. Creditor ad petitionem *debiti urgeri jure minime potest. Quapropter eo, quod vos heredibus Evodiani debere confiditis, oblato, & si non velint accipere, consignato, atque deposito: de reddendo pignore hos præsidiali notione convenite.*

Ex *l. 20.* notandum, creditorem invitum non compelli agere de credita pecunia, ut scilicet ei pecunia solvatur petenti, & pignora liberentur, & usuræ non currant: non compelli etiam creditorem oblatam pecuniam accipere, sed qui ab usuris & sorte se & pignora liberare volet, deponat pecuniam apud acta, & consignet:
B Depositio, & consignatio solutio est, quæ omnem obligationem perimit *l. 9. inf. de solut.* Depositio sola non sufficit, sed necessaria est etiam consignatio, quæ non est, ut vulgus accipit, adnumeratio pecuniæ, sed sacculi, vel cistulæ, in qua est condita pecunia, obsignatio facta annulo signatorio debitoris, vel testium, ut in *l. ult. ff. de leg. commis.* Apul. 10. Metam. *in hoc ipso sacculo*, inquit, *conditos aureos annulo tuo prænota: donec altera die nummulario præsente comprobentur. Sic inductus signavit pecuniam.* Non potest etiam e contrario debitor prohibere creditorem, quo minus agat de credita pecunia, quo minus repetat pecuniam suam sub specie, puta usurarum, in quarum solutione se perseveraturum debitor dicit, *l. ult. §. ult. sup. de jur. dot.* Quod utique verum est; nisi aliud convenerit nominatim, scilicet ut quamdiu usuræ solverentur, sors non
C repeteretur, *l. 4. §. ult. l. qui in futurum, D. de pact.*

Ad L. XXI. Res obligatas *exterus debito soluto liberando, datum petere, non earum dominium adipisci potest.*

Lex 21. docet, eum, qui pro debitore animo negotiorum gestoris soluta pecunia, & usuris pignus liberavit, non ideo pignoris dominum fieri, quia nec creditor, a quo pignus liberavit, pignoris dominus fuit, *l. cum & sortis, §. ult. ff. de pig. act.* Sed id tamen, ut opinor, pignus, quod liberavit, retinebit veluti pignoris jure, donec ei id omne, quod pro eo solvit, reddatur, atque etiam sortis, quam pro illo solvit, usuræ, quæ creditori præstandæ fuissent, si pecunia ei soluta non fuisset. Nam quæ præstarentur creditori, & præstandæ sunt liberatori. Imo
D & usurarum pro illo solutarum usuræ ei præstandæ sunt, quia apud eum, qui solvit, sortis, non usurarum vice funguntur *l. 12. §. sciendum, ff. qui pot. in pign. hab.* alioquin usurarum usuræ non præstarentur, quia sunt illicitæ. Et ita vero, qui sua pecunia redemit captum ab hostibus, ejus quidem, quem redemit, dominium non adipiscitur, sed eum retinet, quasi pignus, donec solverit pretium redemptionis, quod pignus naturale dicitur in *l. 2. inf. de cap. & postlim. reverſ. ab hostib.* Naturale, quia jure civili liber homo pignori esse non potest. Ille autem liber factus est redemptione, & postliminio.

Ad L. XXII. Secundus creditor *offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus, & a debitore sortem, ejusque tantum usuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam usu-*
E *rarum usuras accipere potest.*

Lex 22. docet, posteriorem creditorem, cui, verbi gratia, fundus Titianus pignori obligatus erat, offerendo pecuniam ei, cui priori idem fundus obligatus erat, in ejus locum succedere, & pignus sibi confirmare, quod infirmabat causa prioris creditoris, sive prærogativa temporis. Ait, *offerendo*, at subintellige, *vel si accipere nolit, publice deponendo, & consignando*: Nam sola oblatio, & nuda non confirmat pignus *l. 1. inf. qui pot. in pig. hab.* nisi oblationem sequatur acceptio prioris creditoris. Id autem pignus, quod ita sibi posterior creditor confirmavit, non tantum ob sortem sibi debitam, & usuras suas, sed etiam ob sortem, & usuras, quas priori creditori solvit, & sor-

tis

tis utriusque etiam deinceps usuræ current, id est, sortis suæ, & sortis prioris creditoris, quæ currerent priori creditori, si ei satisfactum non esset. At usurarum, quas posterior creditor priori solvit, licet eas ipse recte computet in sortem, tanquam sortem sibi debitam, tamen nullæ usuræ current. Et ratio hæc est, quia solvendo priori creditori, suum potius, quam debitoris negotium gessit, nimirum ut sibi pignus confirmaret. Et licet re ipsa etiam gesserit negotium debitoris, quem liberavit a primo creditore, tamen animum tantum habuit gerendi negotii sui, id est, confirmandi pignoris sui, & ob id æquum est, ut usurarum, quas sui potius, quam debitoris causa solvit, usuras non exigat, non accipiat. Et ita definitur *in h. l.22.* Unde sequitur, quod si quis non creditor gerens negotium debitoris, non suum, pro eo solvat creditori sortem, & usuras, omnis pecuniæ, quam solvit, id est, sortis & usurarum usuras exigere potest. Et hoc est, quod in specie proposita ait *l.12. §. sciendum, ff. qui pot. in pign. non enim*, inquit, *negotium alterius gessit, sed magis suum*. Et ratio hæc est, quia usuræ, quæ debebantur creditori post solutionem factam a negotiorum gestore sors efficiuntur, id est, negotiorum gestori, qui solvit pro debitore, debentur tanquam sors, non tanquam usuræ. Et ob id recte alias usuras admittunt, ut in *l. idemque, §. si procurator, in fi. ff. mand. l. qui negotiationem, §. ex duobus, in fi. & §. ult. ff. de administ. tut.* Nec obstat *l. ult. sup. de usur.* quæ destricte vetat etiam usurarum in sortem redactarum usuras exigi, quod tamen videmur ante probasse: sed ne morer longius in re non multum difficili, lex illa ultima sic intelligitur, si debitor, qui debet plurium mensium usuras creditori, vertente anno consummet in unam summam, eamque constituat se debere tanquam sortem, & ejus summæ stipulanti creditori usuras promittat, quod M. Tull. vocat *anatocismum anniversarium*: & destricte prohibetur in *d. l. ult.* Hæc est mens l. ult. At si negotiorum gestor vel procurator, tutor, curator, pro debitore solvat creditori usuras, nihil vetat lex ult. quin quod solvit pro alio, apud eum fit sortis vice, cujus etiam usuras accipere possit: neque enim ullus hic est anatocismus anniversarius. Et restat modo tantum ex hoc tit. lex ult. quam exponamus.

AD *L. ult.* Lex ult. loquitur de negotiatoribus, qui pecunias mutuas accipiunt, & pignori opponunt, quæ ex iis pecuniis comparaturi sunt, ut fit sæpe, *l. cum tabernam, ff. de pig. l. qui Romæ, §. Callimachus, ff. de verb. oblig.* Specialiter *l. ult.* loquitur de argentariis, qui mensas habent positas in foro, distrahendis, id est, permutandis pecuniis, accepto collybo, id est, permutationis mercede modica, *pour le change*, quæ etiam appellatur *aspratura*, maxime si asperis nummis, id est, recenter cusis permutentur veteres. Specialiter lex ultima loquitur de metaxariis, id est, serici negotiatoribus: Nam commune nomen *metaxæ*, quo significatur quælibet tracta lanæ, vel lini, vel fili, *un escheveau*, sericum fecit suum per prævalentiam, quod ditior sit tracta serici, adeo ut nunc tantum metaxa, quod nomen retinent etiam Vascones, *ils appellent un escheveau malasche*, ut metaxam tantum accipiamus pro tracta serici. Generaliter autem (ut initio dixi) hæc lex loquitur de omnibus negotiatoribus, qui pecunias mutuas sumunt sub pignoribus eorum, quæ postea ex iis pecuniis comparaverint, & ponit eos postea comparasse militiam sibi, vel aliis. Militia hoc loco, & in multis locis juris nostri, est officium palatinum, officium civile, quod aliquando ejus generis est (saltem id, de quo agitur in hac lege ultima) ut possit vendi, pignerari, locari, qualis est militia adjutorum quæstoris, ex *Nov.35.* Quæstor Palatii *en bon Franchois c'est le Chancelier*, quod & Accurs. intellexit: adjutor quæstoris, *comme un chaufecire*. Quod officium etiam hodie potest vendi, & pignerari, & legari, ex *consti.* Ludovici XII. Ejusmodi etiam fuisse militiam silentiariorum, qui in palatio Principis indicunt silentium, Huissiers demonstrat *l.30. §. ult. sup. de inoffic. test.* & ejusmodi officia, sive militias hæc lex ostendit etiam transmitti in heredes sub definitione certa, id est, non prorsus transmitti, sed transmitti sub modo certo, sub lege certa, quia scilicet non ipsæ militiæ mortuo milite transmittuntur in heredes, sed qui subrogatur in locum defuncti militis, cogitur heredibus defuncti, vel uxori præstare certam summam solatii loco, quæ præstatio vocatur sæpe in Novellis *casus militiæ, la cheute d'un office par la mort d'un officier, le vaccant*. Appellatur etiam placitum scholæ a Juliano Novellarum Interprete, & in hac lege, *placitum commune militantium*. Recte: nam Schola nihil aliud est, quam schola militantium, *le corps des officiers*. Ex totius scholæ, id est, omnium officialium placito, vel ex beneficio Principis, defuncti militis heredibus debetur solatium ab eo, qui in defuncti locum subjit, & qui militiam defuncti obtinuit. Et pignori obligata *militia*, non tantum commoda, salaria, annonæ civiles, quæ ex militia adquiruntur, intelliguntur esse pignori, sed etiam casus militiæ intelligitur esse pignori, id est, solatium, quod debetur defuncti militis heredibus. His cognitis, facile erit cognoscere constitutionem hanc. Utitur hæc lex ultima distinctione hac: aut negotiatores, qui pecunias mutuas acceperunt sub pignoribus eorum, quæ postea compararent, mox militiam compararunt extraneis, aut sibi, vel liberis, vel cognatis. Si extraneis, non præsumitur militia comparata ex pecuniis creditis, nec erit pignori, nisi creditores probent ex iis pecuniis fuisse comparatam. Onus probationis incumbit creditoribus hoc casu. Sed si sibi, vel liberis, vel cognatis, mox post sumptas creditas pecunias militiam compararint, præsumuntur eam comparasse ex creditis pecuniis, nisi contrarium probent negotiatores, & erit pignori. Denique hoc casu onus probandi incumbit, non creditoribus, sed negotiatoribus. Præsumptio, quæ a creditoribus facit, transfert onus probandi in negotiatores. Et ratio differentiæ petenda est ex affectione personarum, quæ præsumptionem facit, ut non in aliam rem sumpserint pecunias mutuas, quam ut compararent militiam sibi, vel suis, quæ præsumptio non ita inducitur, cessante affectionis causa, ut cum militiam comparaverunt extraneis, & ignoratur ex qua pecunia, videbitur ex alia pecunia comparata, nisi creditores probent ex sua pecunia comparatam.

AD TITULUM XIV.

IN QUIBUS CAUSIS PIGNUS TACITE CONTRAHATUR.

PIGNUS non tantum expressim contrahitur, quod appellatur manifestarium pignus, *l. pen. ff. eod.* sed contrahitur etiam tacite ex justa præsumptione, ut ait *l. ult. h. tit.* id est, ex præsumptione juris, *κατὰ πρόληψιν*: Nam pignus pacto contrahitur: pactum autem fit expresse, vel tacite, *l.2. ff. de pact.* Ergo pignus etiam contrahitur expresse, vel tacite. Et tacitum pignus, tacitamve hypothecam lex inducit, sive præsumit, quasi de eo tacite convenerit inter contrahentes, ut ait *l.3. & 4. ff. eod. tit.* quasi silentio convenerit, ut ait *l. ea lege, ff. loc.* Ac primum quidem fiscus semper habet tacitam hypothecam, non tantum ex causa tributorum, sed etiam ex causa contractuum suorum, *l.1. & 2. hujus tit. l. aufertur, §. fisc. ff. de jur. fisc. l.10. ff. de man. l.68. §.1. ff. de fidejuss.* Non igitur semper absolute, sed semper ex illis causis, puta tributorum, vel contractuum: nam multos esse casus, in quibus fiscus non habet tacitam hypothecam, est scriptum *in l. rescrip. ff. de pactis*. Et verum esse opinor, quod scribit Accursius *in d. §. fiscus*, fiscum ex pœnalibus causis non habere tacitam: certe non eam habet ex causis, quibus fisco nuntiari potest, veluti ex causa venditæ rei litigiosæ, vel ex causa inventi thesauri, vel ex causa dirutarum ædium promercii causa, nec etiam ex contractu, quem ipse non habuit, non contraxit, sed is, cui successit, *l.1. §.1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth.*

sol.

sol. Et observandum est maxime in hoc titulo, qui est de tacitis hypothecis; fisco dari tacitam hypothecam omnium bonorum debitoris ex causa tributorum, *l.* 1. *h. tit.* & ex causa contractuum, *l.* 2. Quo argumento fortiter defendi potest, ex aliis causis, quæ sunt omissæ in hoc titulo, fiscum non habere tacitam hypothecam. Et ita erit explicandum quod ait *d. l. rescriptum*, quosdam esse casus, quibus fiscus non habet hypothec. Sequuntur alia exempla tacitæ hypothecæ. Fundi nominatim pignori obligati, fructus etiam ipsi pignerati esse censentur tacito intellectu, *κατὰ τὸ σιωπώμενον, in l.* 3. *h. tit.* Quod ne fallamur, omnino ita intelligi debet, si eos fructus debitor percepit ex fundo expresse obligato pignori: Nam si creditor fructus perceperit, in sortem imputabuntur, *l.* 9. *sup. tit. prox.* nec possunt esse pignori creditori, qui sunt percepti a creditore ipso, quia nunquam fuerunt in bonis debitoris, quod maxime necesse est, ut pignus consistat. Ergo sic dicamus: ex fundo pignerato fructus perceptos a debitore, & ipsos tacite pigneratos videri. Verum additur *in hac l.* 3. ex his fructibus, qui & ipsi pignori esse videntur, comparata forte a debitore prædia, pecunia scilicet redacta ex iis fructibus, non videri etiam ipsa pignerata, ob hoc solum, quod fructus pignerati erant, quod confirmat *l. itemque, in fi. ff. qui pot.* Aliud exemplum suppeditat *l.* 4. *h. tit.* Dos mulieris tacite fisco pignori obligata est ob reliqua primipili a marito administrati, id est, annonæ militaris administratæ a marito centurione primipili, quæ administratio est munus publicum, quod pertinet ad totam legionem. Et ex hac causa sunt fisco obligata omnia bona mariti, quasi ex contractu, *l.* 2. *h. tit.* & dos quoque mulieris, quod & hæc sit in bonis mariti. Verumtamen quia & ipsius mulieris est dos, licet sit in bonis mariti, ut ait *lex quamvis, D. de jur. dot.* quia dos est patrimonium mulieris, ut eleganter ait hæc *lex* 4. *&* *lex* 3. §. *sed utrum in fine, D. de minor.* ideo non statim fiscus ex causa administrationis primipili gestæ a marito, potest in dotem exequi jus tacitæ hypothecæ, sed prius debet excutere bona mariti, & fidejussoris, aut nominatoris ejus; ex quibus si fiscus solidum servare non potuerit, tum demum, & tum solum ei licebit venire ad dotem mulieris, cum tamen alias hypothecario creditori, cui plures res obligatæ sunt, ab ejus discussione, quam maluerit, liceat inchoare. Primipilus est primus centurio totius legionis, centurio primipili, quem ejus jussa capessentes sequebantur 60. centuriones, ut scribit Dionys. Halic. lib. 9. de Flavolejo primipilo, & sequebantur etiam eum quatuor centuriæ, id est, 400. milites, ut Vegetius scribit *lib.* 2. quem etiam adjicit cepisse totius legionis merita, & commoda, id est, stipendia, & annonas militares, ut eas distribueret, & exhiberet militibus. Et hoc est, quod sæpe legimus in constitutionibus, primipilo fuisse curæ pastus militares, id est, annonas militares, *l.* 3. *&* 7. *inf. de cohort. prim. & l.* 6. *C. Theod. eod. tit.* Et ex ejus quidem curæ, sive curationis causa universa bona primipili, simul ac dos uxoris ejus, fisco pignori tacite obligata erant, non etiam uxoris paraferna, in quibus maritus nihil juris habet, ut *l.* 1. *sup. de privil. fisci*. Et quod ita hic definitur de curatione primipili, ut idem statuamus de qualibet curatione, functioneve publica, ex contrario argumentum præbet *l.* 3. *sup. ne ux. pro marito*. Quartum exemplum tacitæ hypothecæ proponitur *in l. pen.* Sciendum est, pupillos in omnibus tutoris, & juvenes in omnibus bonis curatoris habere tacitam hypothecam, *l. pro officio, sup. de administ. tut. l. ult. sup. de leg. tut. l.* 1. *sup. rem al. ger. l.* 1. §. *& ut plenius, sup. de rei ux. act.* Imo vero, quod est valde novum ex *d. l. pen.* si mulier mortuo primo viro, susceperit legitime tutelam filii impuberis, dato jurejurando, ut olim necesse erat, se interim alii viro non nupturam, & contra fidem jurisjurandi secundo viro nupserit, non petito tutore filio suo, & non redditis rationibus tutelæ a se administratæ, bona secundi mariti, id est, vitrici, ex causa tutelæ, quam mater administravit, pupillo tacite obligata sunt. Cujus constitutionis, quæ etiam repetitur in *l.* 2.

A *sup. quand. mul. tut. off.* nulla alia ratio reddi potest, quam quod id omne, quod forte mater intercepit filio, præsumatur pertulisse ad secundum virum, totius fraudis maternæ conscium & participem. Et postremo notandum est ad *legem* 5. & *l. ult.* quæ lex 5. est de prædiis rusticis, lex ultima de prædiis urbanis. Notandum, inquam, locato fundo, fructus ex eo a colono perceptos, ob mercedem, sive pensionem locatori tacite pignori obligatos esse, *l. in prædiis, ff. eod. tit. l. si in lege,* §. *si colonus, ff. locati.* Non etiam similiter ob mercedem locatori tacite videri obligata, quæ colonus in fundum invexit, vel intulit, nisi expressim convenerit, ut hæc pignori essent, *l.* 5. *hoc tit. l.* 4. *ff. eod.* §. *interdictum quoque, Institut. de interdict.* qui exigit specialem pactionem de pignore rerum coloni, quam etiam exigit Theophilus *in* §. *item Serviana, de act.*

B Nec aliud plane voluit illa vexata *l. certi, sup. de loc.* Nam *in d. l. certi,* verbo (*induxerint*) est appingenda subdistinctio, sive sicilicus, *une virgule*, ut lex dicat, *ea, quæ in fundum conductum coloni voluntate dominorum induxerint, ut scilicet obligata essent*, sicut primus docuit Fortunius Garsias *in l.* 5. *ff. in quib. caus. pign.* voluntate dominorum induci pignus, ut sit obligatum. Cur enim voluntate domini induceretur res coloni, nisi ut esset obligata? Ergo voluntate domini & sciente domino & volente, non celato domino inducere vasa sua in fundum conductum est pacisci, ut pignori sint: Nam quo voluntas, aut scientia locatoris, nisi ut pignori sint, ut inducantur pignoris loco pro pensione? & hoc ait *l. certi* in prima parte. In secunda autem parte docet eadem lex, aliud esse dicendum in prædiis urbanis. Nam invecta, illata,

C inducta, importata ab inquilino in prædia urbana ex tacita conventione citra voluntatem, scientiam, conventionem locatoris, pignori esse censentur: invecta supellex pro pensione tacite pignori nexa est, ut *in l. ult. hoc tit. & l.* 4. *ff. eod. & l.* 4. *in princ. ff. de pact.* Et *lex ult. h. t.* plane indicat, in ff. & in aliis omnibus constitutionibus, quæ tractant hac de re, quæve pertinent ad hanc quæstionem, urbana prædia, vel urbanas habitationes accipi pro eis tantum, quæ sunt Romæ, vel in ejus territorio: Nam & tacita hypotheca invectorum, & illatorum in ædes conductas ante Justinianum non habuit locum in provinciis. Sed Justinianus in hac lege ultima eam etiam trahit ad Constantinopolim, quæ dicitur nova Roma, & provincias omnes. At in prædiis rusticis invecta, illata, non tenentur locatori pignoris jure, nisi ex

D manifestaria conventione, non ex tacita, sive præsumpta. Est igitur hac in re differentia inter fundum & ædes, id est, inter prædia urbana & rustica, inter colonum & inquilinum. Et ratio differentiæ hæc est, quia locato fundo, vulgo conveniri solebat, ut fructus, qui ibi nascerentur, locatori pignori obligati essent ob pensiones locationis. Et ita vulgo convenire solitos contrahentes aperte ait *l. si servus communis,* §. *locavi, D. de furtis.* Quod autem vulgo agi solebat, maxime in contractibus bonæ fidei, tandem receptum est, ut tacite semper actum intelligeretur. Quod manifestum fiet duobus exemplis. In venditione hominis solet emptor sibi cavere de dupla, evictionis nomine interposita stipulatione, quam si omiserit, nihilominus habebitur pro cauta, quia (ut ait *l. quod si nolit,* §. *quia assidua, ff. de Ædil. edicto*) ea, quæ

E sunt moris & consuetudinis in bonæ fidei negotiis semper cauta intelliguntur. Denique hæc omnia fiunt ex præsumptione juris. Aliud exemplum sumemus ex *l. ult. inf. quæ res pign. oblig. poss.* Si obligavi pignori bona mea simpliciter, intelligor obligasse non tantum præsentia, sed etiam futura, licet dixerim bona mea simpliciter, nullo adjecto. Cur ita? quia generalis hypotheca ita vulgo contrahi solebat, *quæ habeo, quæque habiturus sum*, ut ait *l. ult. inf. de remiss. pig.* Ergo & qui dixit bona mea, videtur tam præsentia dixisse, quam futura, secundum quod vulgo concipitur generalis hypotheca. Locatis autem ædibus, quoniam in eis nulli fructus nascuntur, quoniam earum reditus non consistit in fructibus: sunt enim steriles, sed consistit tantum in mercedibus, quæ sunt

vice fructuum, & sunt extra causam pignoris: quoniam A pignus constituitur pro mercedibus, & mercedes non possunt esse pignora mercedum. Ea ratione vulgo conveniri solebat, ut invecta & illata ab inquilino in ædes conductas, pro mercedibus obligata essent pignori: Et quod erat in usu quotidiano paulatim transiit in jus commune, ut præsumatur semper tacita convenisse, ut ea pignori sint pro pensionibus ædium.

AD TITULUM XV.

SI ALIENA RES PIGNORI DATA SIT.

INCIPIT ab hoc tit. tractare de rebus, quæ pignori obligari non possunt: namque hujusmodi sunt res B alienæ, quæ specialiter pignori datæ a debitore, non domino, sine consensu, aut voluntate domini, non nectuntur, non obligantur, sed hæ tantum res, quæ sunt in bonis debitoris, *l.5. & 6. hoc tit. l.6. tit. seq. l. servus quem, in fin. ff. de act. emp.* quæ manifeste constituit, pignus rei alienæ non consistere: & ob id, quas res creditor persequitur actione hypothecaria, probare debet in bonis debitoris fuisse, quo tempore pignus contrahebatur, *l. & quæ nondum, §.1. ff. de pign.* Et quia justum non est pignus rei alienæ, quia inutile & nullum, ideo contraria actione pigneratitia debitor tenetur creditori, qui ei ignoranti rem alienam pignori dedit, sciens vel ignorans, nihil refert, *l. si rem alienam, in princ. & l. tut. §.1. ff. de pign. act. l.6. hoc tit.* Et tenetur etiam extra ordinem crimine stellionatus, si sciens dederit pignori rem C alienam, non si ignorans: nam crimen in ignorantem non cadit, *d.l. tut. §.1. & l. si quis in pign. ff. eod. tit.* Stellionatus est, sive impostura, scienter ignoranti pignori dare rem alienam, quia nullum est pignus, aut derisorium. Et hic merito quæras, cur tamen res aliena vendi possit, & consistat emptio venditio rei alienæ, *l. rem alienam, ff. de contr. empt.* pignus tamen rei alienæ non consistat, imo nihil agatur, data pignori re aliena. Et dicas esse hanc rationem differentiæ, quia etiamsi in venditione contrahenda hoc agatur, ut dominium transeat ad emptorem, *l. cum manum. §. ult. eod. tit.* tamen venditor in hoc tantum tenetur emptori, ut ei tradat vacuam possessionem, & caveat de evictione, & dolo malo, *l.1. ff. de rer. permut.* nec in amplius quicquam tenetur venditor. D At facile possum rei alienæ possessionem, quam habeo, in alium tranferre. Sic fit, ut consistat venditio rei alienæ, quam venditor possidebat, non quod non sit satis illicita, ut ait *l.1. sup. de commun. rerum alien.* non quod non jure fiat, ut ait *l.1. sup. de rei vindic.* id est, non jure firmo, propterea quod emptori a domino res auferri potest antequam usuceperit, & postquam usucepit, a domino venditori pretium auferri potest, *l.1. sup. de rebus alienis non alienand. l.2. sup. de in lit. dan. tut. l.6. sup. de furt.* sed quod venditio rei alienæ ab initio consistat: at pignus rei alienæ non valet, quia in pignore contrahendo hoc agitur, & in hoc tenetur debitor, ut res obligetur creditori. At sicut ego rem alienam non possum facere tuam dominio translato, quod non habeo: ita etiam rem alienam non possum tibi obligare nexu, nec nisi E meam. In emptione in hoc non tenetur venditor, ut rem faciat emptoris jure dominii, sed in hoc tantum, ut possessionem faciat emptoris, quam quivis habere potest in re aliena, quia nihil commune habet dominium cum possessione. Et hæc est ratio, cur rei alienæ venditio consistat, non etiam pignus. A qua differentia nos dimovere non debet *lex 9. §.1. ff. de pignor.* dum statuit generaliter ea, quæ emptionem, venditionemque recipiunt, etiam pignerationem recipere. Unde posset quis ita argumentari: Res aliena vendi potest, & emptio venditio est: Ergo res aliena pignerari potest, & pignus, vel hypotheca est: Nam illa lex ait, *quod emptionem, &c.* Sed est intelligenda *de nostro*, non de alieno, hoc modo, ut quod nostrum venditionem recipit, etiam recipiat pi-A gnerationem. Non obstat etiam, quod servitutes rusticorum prædiorum, quæ non sunt in bonis nostris a nobis pignori obligari possunt, *l.12. ff. de pignor.* Sed servitutes non sunt, id est, non habent substantiam certam, aut corpus: vel sic: Servitutes in bonis nostris non sunt, ob id ipsum, quia non sunt, sed intelliguntur, & abstrahuntur intellectu, & sunt λόγῳ θεωρητά, ut Philosophi loquuntur, & intellectu tantum percipiuntur, non sensu corporis, & abstrahuntur intellectu nostro: nec tamen servitutes omnino sunt extra bona nostra, ut ait *l.1. ff. de usufr. leg.* Ideoque magis est, ut eodem jure sint, quo bona nostra corporalia, quia neque sunt extra bona nostra, ut dixi, neque sunt aliena jura: Et hic rursus merito quæres, cur servitutes rusticorum prædiorum pignori obligari possint, non etiam servitutes urbanorum prædio-B rum, *l.11. §. ult. de pign.* Sed ne morer longius, perspicua & evidens ratio varietatis inter has servitutes hæc est, quia inutile est pignus, quod creditor distrahere non potest, aut cujus non sit emptorem inventurus, *l. mulier, inf. de dist. pig. l.4. ff. de pign. act.* Et servitutes urbanorum prædiorum, si creditor pignori acceperit, aut non pignori esse convenerit, si habet creditor, cui distrahat, ut si pigneraverim jus tigni immittendi, quod habeo in ædes vicini, non habet creditor, cui hanc servitutem distrahat, quia meis tantum ædibus hæc servitus usui esse potest, non aliis ædibus. At servitutes rusticorum prædiorum non tantum fundo meo, sed etiam aliis fundis vicinis usui esse possunt, ut iter, vel actus, quem habeo per fundum vicini, etiam aliis vicinis usui esse potest, etiam ei, qui fundos vicinos habet, ut scilicet eis C etiam jus eundi per fundum vicini communis plurium, & quandoque etiam magno pretio hanc servitutem sunt redempturi a creditore distrahente. Breviter in servitutibus urbanis non consistit pignus, quia nulla suppetit ratio earum aliis distrahendarum: In rusticis vero, quia ratio distrahendi suppetit, consistit pignus. Non obstat etiam priori definitioni, quod dicitur, eum, quem quis suis nummis redemit ab hostibus, redemptionem retinere veluti pignoris jure, quoad solverit pretium redemptionis, cum tamen is, qui redemptus est, & redemptori debet pretium redemptionis, non sit dominus sui ipsius, non sit ipsemet in bonis suis agens & patiens: quia, ut respondeam, id etiam in *tit. de postl. & red.* non dicitur esse pignus, sed veluti pignus, & non dicitur pignus civile, sed pignus naturale. Non obstat D etiam, quod rem alienam mihi debitam pignori obligare possum, *l.1. in pric. ff. de pignor. l.3. §. cum ex causa, ff. qui pot. in pign.* quia non tam rem ipsam obligo, quam obligationem, id est, jus quod in ea habeo, jus debiti, & pignori opponuntur etiam quæcumque jura, & quæcumque res incorporales. Ergo verissimum est, rem alienam pignori obligari non posse sine consensu, mandato, vel voluntate domini. Et hoc adeo verum est, ut nec per filiumfamil. res patris invito patre pignerari possit, *l.4. hoc tit.* licet vivo patre quodammodo dominus esse existimetur, ut ait *l. in suis, ff. de lib. & post.* quia vinculum patriæ potestatis facit, atque etiam natura, ut pater & filius videantur esse una persona, *l. ult. sup. de impub. & al.* Sed illæ fictiones valent in omnibus. Ac præterea non solus filius fingitur esse dominus vivo patre, sed simul cum E patre, ut Ausonius ait, de patre & filio scribens:

Esse simul dominos gratior ordo piis.

Sunt igitur simul domini, sed magis pater: sicut dicitur dotem profectitiam esse communem patris & filiæ, *l.3. sol. mat.* sed magis esse filiæ, *l.3. §. sed utrum, in fin. ff. de min.* Et is spectatur, qui magis est dominus, ut eo invito, vel inscio, nihil fiat in bonis quasi communibus, quia potior potentiorque dominus est. Etiam adnotandum ex *l. ult.* non posse etiam servum, vel procuratorem (etiamsi habeat liberam administrationem, sicut nec servus, aut filiusfamil. potest pignerare rem peculiarem, etiamsi habeat liberam peculii administrationem: nam hanc libertatem sunt fræna, quæ remorantur, nec conceditur libertas effrænatis, vel procuratori administrandorum negotio-

rum

rum domini, vel servo, aut filio administrandarum rerum peculiarium) non posse ergo servum, aut procuratorem, non posse colonum, non posse actorem prædiorum, id est, villicum, non posse conductorem prædiorum ea, invito vel inscio domino, pignerare, *l.ult. hoc tit.* Et ait, *nexum non facit prædiorum*, *prisca voce*, *& propria*: Nam ut apud Varronem *6. de lingua latina*, ait Scævola Jurisc. *proprie nexum dicitur, quod obligatur per æs & libram, nec fit accipientis.* Et hujusmodi est pignus, quia obligatur, nec fit accipientis. Et ait *dict. l. ult. invito vel inscio domino*: Nam si dominus sciens ab alio rem suam pignori dari in fraudem creditorum dissimulaverit, nec rem impediit, secum reputans nihil agi, pignus recte contractum intelligitur, *l.2. hoc tit.* Scientia & dissimulatio domini pro consensu est, vel mandato, ut si fidejusserit, qui casus est valde notandus, pro debitore, qui rem ejus pignori obligavit, hoc ipso, quod fidejussit, mandasse intelligitur, ut ea res pignori esset. Et de hoc est singularis *l.5. §. ult. in quib. caus. pig. tac.* Sufficit etiam ratihabitio domini, cui rem alius pignori dedit, modo dominus sit major 15. annis, ut *l. pen. hoc tit.* quia ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur, & proprie dicitur voluntas, *l.1. hoc tit.* Solet enim voluntas in jure nostro separari a mandato, accepta nimirum pro ratihabitione, *l.3. §. sed si mutua, ff. de in rem verso, l. Pomponius, §. ult. ff. de procurat. l. si fundus, §.1. D. de pign. l. si Stichum, §.ult. D. de novat. l.9. §.ult. D. de donat.* Nec omittendum, cum hac lege ult. esse conjungendam *l. ult. sup. quod cum eo qui, & l.2. sup. ne liceat potent. & l.1. de prob. sequest. pec. & l.4. inf. de execut. lib.12. & l.per colonum, inf. de agric. & cens. lib.11.* quæ lex est pars hujus legis ult. Et præterea notandum est, non posse etiam tutorem, vel curatorem rem mobilem pupilli, vel juvenis, vel furiosi in rem suam pignori obligare, *l.3. & 7. hoc. tit.* In rem pupilli, vel ejus cujus negotia tuetur, potest rem pupilli pignori obligare, puta pecunia versa in rem pupilli, *l. tutor, in princ. de pigner. act.* Et ait recte *l.3. rem mobilem*; quia ne res immobilis pigneretur, etiam in rem pupilli, vel juvenis, obstat Senatusconsultum factum actore D. Severo, de quo in tit. *de reb. eor. qui sub tut. vel cur.* Ergo sic dicamus: si tutor, vel curator rem mobilem ejus, cujus negotia tuetur, in rem ejus pignori obligaverit, pignus est. Ex quo sequitur, creditori non tantum dari retentionem pignoris, sed etiam utilem actionem hypothecariam, qua pignus illud persequatur, quod alius possidet. Et idem omnino possum statuere, si procurator in rem domini pecuniam acceperit, & rem domini eo nomine obligarit: Nam etsi *lex 1. hoc tit.* hoc casu creditori tantum det retentionem pignoris, quod possidet, opposita domino vindicanti rem exceptione doli mali, cujus hæc erit formula: *Si non dolo facis, qui vindicas rem, quæ in rem tuam mihi obligata est: pecunia, scilicet mea, cujus nomine mihi obligata est, conversa in rem tuam*: tamen tentari potest etiam, creditori non possidenti eam rem, dari utilem, non directam hypothecariam ad persequendam ejus rei possessionem. Sed quia facilius datur exceptio, difficilius actio, sive persecutio, ideo *l.1.* loquitur tantum de exceptione danda, de retentione exceptionis jure, modoque, qui est expeditior, id est, qui dabitur sine controversia: sicut etiam evenit in hac specie. Si rem alienam pignori dedi invito domino, cujus postea dominium adquisivi: Nam eleganter Papinianus in *l.1. de pignor.* ait, hoc casu facilius creditori possidenti, qui ab initio scivit rem alienam fuisse, dari retentionem, difficilius dari actionem hypothecariam, id est, dari quidem actionem, sed ægre, nec sine controversia. Et constat tamen hodie hoc casu creditori etiam dari utilem Servianam, id est, hypothecariam; *l. rem alienam, D. de pigner.act. l.5. hoc tit.* quæ ait, *hoc casu domino pignoris postea adquisito debitori, dari creditori utilem hypothecariam exemplo pigneratitiæ.* Ubi notandum, *exemplo pigneratitiæ*, id est, hypothecariæ directæ: Nam actio pigneratitia, est appellatio ἀμφίβολος, qua modo significatur actio in personam de recuperando pignore, quæ debitori competit soluta pecunia, ut in

A *tit. de pignerat. act.* modo actio in rem, id est, hypothecaria in multis locis. Et ita in *l.5. h. tit.* in proposito casu dari creditori utilem hypothecariam exemplo pigneratitiæ, id est, hypothecariæ directæ & ordinariæ: Nam in innumeris locis juris nostri actiones utiles dicuntur dari exemplo, vel ad exemplum, seu directarum ad instar. Sic igitur fit, ut pignus, quod ab initio non constitit, dominii acquisitione convalescat; quod non pugnat cum regula Catoniana, quæ multis casibus objicitur, quod non valuit ab initio, ex post facto non convalescit: Nam non deerramus etiam ab ea regula hoc casu: nam pignus non convalescit etiam directo, ut ait *l. si Titio, de pign.* sed data utili actione, debitore postea facto domino pignoris. At quæritur, an idem sit dicendum e contrario, si dominus pignoris postea sit factus debitor, ut si heres extiterit debitori, qui rem suam pignori dederat, an etiam hoc casu debitori, non tantum sit danda retentio pignoris, sed etiam persecutio, utilis hypothecaria? Et Paul. in *l. rem alien. de pign. act.* negat in hac specie, diversa a superiore, creditori dari utilem actionem hypothecariam: & hac utitur ratione differentiæ, quæ est acutissima, quia in hac specie dominus pignoris, qui postea jure successionis factus est debitor, nihil pepigerat de pignore, ut ideo non sit, cur adversus eum creditor agat utili hypothecaria, qui nihil ipse pepigit de pignore. At in superiori specie, debitor, qui postea factus est dominus pignoris, pepigerat de pignore, & ideo improbe resistit, quo minus adversus eum creditor agat utili hypothecaria, ne ex suo mendacio arguatur, ut ait *l. rem alienam*. Sed postea placuit etiam in hac posteriori specie, cum dominus pignoris factus est debitor, creditori dari utilem hypothecariam, ut Modestinus scribit in *l. si Titio, D. de pign.* Nam nulla est ratio conciliandæ *legis rem alienam* cum *l. si Titio*: nulla etiam ratio quicquam corrigendi, ut fecit Alciatus in *lege rem alien.* Sed dissidii causa inter Paulum & Modestinum hæc est, quia Modestinus diutius vixit, quam Paulus: Nam Modestinus usque ad tempus Gordianorum, ut probat *l.5. sup. ad exhib.* Et verisimile est ea ætate invaluisse ex æquitate, ut non minus hoc, quam illo casu daretur creditori utilis hypothecaria. Et maxime observandum illam *legem si Titio*, esse ex libro 3. Differentiarum Modestini, ut sit verisimile, aut verum potius, libris Differentiarum Modestinum ex Paulo, cujus fuit studiosus, proposuisse hanc differentiam inter hanc & illam speciem, quam proposuit Paulus in *l. rem alienam*, sed adjecisse hodie ex æquitate, sublatam esse differentiam, & utroque casu dari creditori utilem hypothecariam, etiam hoc casu posteriore, ut heres ratum habeat pignus, quod defunctus contraxit, idque patiatur sibi auferri, licet de eo nihil pepigerit utili actione hypothecaria, quod defunctus debitor, cui successit, de eo pepigerit.

AD TITULUM XVI.

QUÆ RES PIGNORI OBLIG. POSSUNT, VEL NON, ET QUAL. PIGN. CONTRAH.

REBUS alienis, quas pignori obligari non posse superior titulus ostendit, hic titulus adjungit alias plerasque, ut monumentum, sive sepulchrum *l.3.* quod etiam tituli monumentorum antiquorum frequenter vetant, ut in hac inscriptione: *Marcus Vlpius Augusti libertus fecit sibi reliquiarum suarum condendarum gratia, & posteris, qui in nomine suo permanserint, ea conditione, ne fiducient* (id est obligent) *ne vendant, neve alio quo genere id sepulchrum, sive monumentum alienare ulli potestas sit.* Et in alia: *Monumentum cum ædificio neque mutabitur, neque veniet, neque donabitur, neque pignori obligabitur, ne de nomine meo exeat.* Et nominatim testator in *l. pater, §. Julius, ff. de leg.3.* vetat, *ne reliquias suas*, id est, *monumentum, vel ossuarium heres pigneret, neve ullo modo alienet.* Item spes præmiorum sacri cer-

certaminis pignori obligari non possunt, ut ait *l.5. hoc tit.* spei emptio & venditio est, *l.8. de contrah. empt.* Puta si quis emat bolum, sive jactum retis, *un traict*, emit spem, & emptio venditio est: ergo spei etiam pigneratio est: sed non spei sacrorum certaminum: ergo nec præmiorum sacrorum, qui consistebant potissimum in annonis & pensitationibus, *ut ait l.5.* quæ athletis, qui vicissent sacris certaminibus pro coronis, *ut ait lex*, id est, pro adepta victoria de publico præstabantur, quamdiu erant in rebus humanis, ut Vitruvius initio *l.9.* ait. *Nobiles athletas, qui vicissent sacris Cereris certaminibus, quatuor a Republica perpetua vita constitutis vectigalibus frui.* Et Trajanus Imperator ad Plinium 10. Epist. *Obsonia certaminum, quæ Iselastica sunt, athletis deberi ex die, quo in civitatem suam εἰσήλασαν*, id est, *invecti sunt, ils ont fait leur entree, post palmam, & victoriam.* Unde nomen *Iselasticis* præmiis certaminibusque, quod ex die, quo victores invecti essent in civitatem suam, de publico ea illis obsonia, & annonæ præstarentur. Et invehebantur quidem *palmati* ex certamine in civitatem suam, non per portam civitatis suæ, sed disjecta parte muri, ut docet Svetonius in Nerone cap.24. ejusque moris rationem reddit Plutarchus in Symposiacis. Ait autem *l.5. privata pactione non posse obligari pignori spem sacrorum præmiorum.* Recte *privata pactione*: Nam auctoritate judicis debitore condemnato, cui sacra præmia debentur, si alia bona non suppetant, iis vectigalibus, obsoniis, annonis, pensitationibus, commodis interdici, & ea in causam judicati pignori capi possunt. Et hæc est sententia *l. commodis, D. de re judic.* Sicut hodie videmus beneficia ecclesiastica privata pactione pignerari non posse, sed iis, ad quos pertinent condemnatis, nec facientibus judicatum, eis commodis beneficiorum interdici, qua de re est glossa in *l.4. sup. de re judic.* At si commoda hæc, vel illa sacrorum certaminum privata pactione obligari non possunt, consequens esse ait *d. l. 5.* ut nec generali obligatione contineantur. Unde sic statuo, quæ specialiter obligari non possunt, nec generali hypotheca omnium bonorum continentur. At contra pleraque sunt, quæ non continentur generali hypotheca, quæ tamen specialiter pignerari possunt, ut alumni nostri, *l.1. h. tit.* qui videlicet sunt in potestate nostra, & proprie a Græcis dicuntur δεσπόσιμοι, vel δεσπόσυνοι, non, ut in l.1. habent Basil. ὁμογάλακτοι: Nam hi sunt collactanei, qui eandem nutricem simul biberunt, non alumni, sive altelli. Item generali hypotheca non continetur concubina ancilla, vel filius naturalis ex ea susceptus, non continetur etiam supellex, quod maxime notandum, non continetur etiam vestis, *l. oblig. & seq. ff. de pign.* Et vestis tamen pauperis, aut viduæ ex lege Dei, nec specialiter pignori obligari potest, nec meta, aut catillum, sive molucrum, quæ sunt partes molæ, & a 70. dicuntur μύλον, καὶ ἐπιμύλιον *Deut.24. & Exodi 22.* Addamus ex *l.6. h. tit.* filios nostros, aut liberos homines pignori obligari non posse, quia scilicet in bonis nostris non sunt. Qua ratione etiam monumentum, vel sacra præmia pignori obligari non possunt: & ex *l.7. hoc tit.* nec privata pactione, nec publica auctoritate pignori capi posse a creditoribus, vel ab executoribus rerum judicatarum servos aratores, vel (*ut ait l.7.*) boves aratorios, quos etiam Ovidius vocat colonos & ruricolas, & Varro socios hominum in opere rustico, & Cereris ministros, a quibus antiquos ita manus abstineri voluisse, ut capite sanxerint mulctari, si quis eos occidere voluisset. Idemque Plinius 8.cap.24.& Ælianus 5.variarum Histor.cap.14. *Lege Dei, qui bovem assuetum aratro subripuerit, gravius punitur, quam ceteri fures.* Damnatur enim in quintuplum *Exod.* 22. Et invenio etiam in eis animalibus hoc esse præcipuum in *l.1. C. Th. de curs. publ.* ut etiamsi deficiant animalia deputata cursui publico, ne ad peragendum cursum agricolis abstrahantur boves aratorii, quandoquidem cursus peragebatur etiam vehiculis, & rhedis tractis protelo boum, qui semel irritati, sunt supra quam dici potest perniciosissimi. Et Eginhartus in Carolo Magno refert, *etiam Carolum magnum fuisse vectum carpento, &*

A *id ducente protelo boum.* Placet etiam valde lex Valent. Imperat. cujus meminit Divus Hieronymus 2. adversus Jovinianum, *ne quis ad certum tempus vitulina vesceretur, quia*, inquit, *ea lex agriculturæ providet utilitati.* Qua ratione ex hac lege 7. boves aratores pignori capi non possunt; sed addit lex aliam rationem, quod ablatis pro pignore bobus aratoriis, tributorum illatio retardetur, eorum scilicet, quæ de fructibus exigebantur pro anni copia, vel inopia: Nam ex provinciis aliæ inferebant certum stipendium quotannis, quod nunquam minuebatur, maxime quæ bello devictæ erant provinciæ, ut Hispania, & Africa: aliæ tantum fructuum decumas, ut Sicilia, quod Marcus Tullius ostendit *in frumentaria*, & Appianus *lib.5. de bello civili.* Eadem lex 7. & 8. servis, & bobus aratoriis adjungit *instrumentum omne aratorium*, velut vo-
B meres, & aratra, ut hæc etiam pignori capi non possint. Et statuit arbitrio judicis coerceri executores rerum judicatarum, & creditores, qui eas res pignori capiunt: itemque decuriones, & præfectos pagorum, sive vicorum, qui in exigendis tributis eas res pignori ceperint. Nam in *l.7.* vulgo legitur *præfectus pagi, aut vici*, recte, ut opinor, qui alibi dicitur præpositus pagi, præpositi pagorum, præfecti pagorum, ut in Novella de Alexandrinis, πάγαρχοι, & in Histor. Euseb. lib.9. c.1. In constitutione quadam Constantini, *magistratus municipales, vel præpositos pagorum cujusque civitatis.* Et ita in *l.2. inf. de suscept.* & in *l.1. C.Th. de erog. mil. ann.* Quamobrem vereor, ut in C. Theodosii, in quo est *h.l.7.* non emendate sit scriptum, *præfectis pacis*, quam scripturam etiam Basilica sequuntur, quæ vertunt εἰρηνάρχους: Nam ad Irenarchas, de qui-
C bus est titulus lib.10. pertinebat tantum cura & vigilantia tuendæ pacis in provinciis, tuendæ εὐταξίας, non etiam cura exigendorum tributorum, sed ad decuriones, vel ad præfectos, aut præpositos pagorum. Posses iis addere etiam arma militum pignori obligari non posse, ut ex Menandro hanc fuisse legem Athenis Suidas probat, apud quem quidam miles ait, *se adactum paupertate*, τοὺς νόμους παραβαίνειν θεσπίζοντας τὰ ὅπλα ἐνέχυρα μὴ τιθέναι, id est, *se migrare legibus, quibus cautum, ne arma pignori opponantur.* Quod etiam citra illam auctoritatem nostri interpretes probant. Idemque traxerunt ad arma militiæ nostræ, id est, ad libros. Unde Petrus de Vineis, qui fuit quæstor Imperatoris Friderici *lib.3. Epist.* dum scribit de privilegiis universitatis Neapolitanæ, *ut mutua pecunia detur studiosis, pignori datis libris, sed mox precario restitutis, alioquin*
D *librorum pignus esse inutile.* Et ita etiam hodie res geritur in Italia: Ac præterea observandum est, hunc titulum, quantum ejus conceptio demonstrat, non tantum esse de rebus, quæ pignori obligari non possunt, sed etiam de iis, quæ pignori obligari possunt, de quibus scilicet dubitari poterat, ut *l.4.* ostenditur, recte pignori obligari nomina, id est, cautiones debitoris, & jure pignoris creditorem posse convenire debitorem debitoris, quod jus non semper obtinuisse indicat *l. postquam, sup. de hered. vel act. vend.* nec deerat causa dubitandi, quia cum nomen pignori datur, id est, obligatio, sive cautio quædam alterius debitoris, id est, debitoris debitoris, hoc fit invito altero debitore, *l.3. sup. de hered. vel act. vend.* Quod videtur esse iniquum, ut qui mihi debet, invitus quodammodo mutet creditorem, & possit ab alio exigi, & excuti.
E Et tamen, ut ait *l. postquam*, eo decursum est, ut debitor meus nomina suorum debitorum etiam invitorum, vel insciorum, mihi pignerare possit, & receptum etiam est, ut nomina possint pignori capi auctoritate judicis in causam judicati, *l. a D. Pio, §. sic quoque, D. de re jud. l.2. sup. quando fisc. vel privat. l. etiam, sup. de execut. rei judic. l.1. inf. de prætor. pign.* Postremo additur in hac rubrica, etiam qualiter pignus contrahitur, quo pertinet tantum *l.2. & ult. h. tit.* pignus consensu nudo contrahi, & ideo quid paciscentes senserint, non quid dixerint, spectandum esse, quia res substantiam capit ex consensu solo. Unde pignori dato instrumento emptionis agri, agrum ipsum pignori nexum videri, *l.2. h.t.* Si convenit, ut instrumentum ἄνακον ut Græci vocant, sit pignori, de agro convenisse intelligitur,

gitur, ut ager, cujus auctoritas est instrumentum, pignori fit. Contrahitur etiam pignus re, quod in *Nov.7.* dicitur corporale pignus, σωματικὸν ἐνέχυρον. Et ut ostend. *l. ult.* si generaliter convenerit, ut bona omnia sint pignori simpliciter, vel si quis quid promiserit *fide, & periculo rerum suarum*, etiam de futuris bonis, secundum vulgarem cautionem convenisse intelligitur, sive dixerit, *bona mea pignori sunto*, sive dixerit, *promitto me tibi pecuniam illam soluturum fide, & periculo rerum mearum*: Nam obligari solebant vulgo præsentia & futura generali hypotheca, ut *l. ult. inf. de remiss. pignor.* Et ut sæpe diximus, quod erat in usu quotidiano, transiit in jus commune, puta, ut obligatis bonis omnibus, censeantur etiam obligata futura, ut promissa fide, & periculo rerum suarum, pigneratæ etiam videantur & præsentes & futuræ res, quæ sunt in dominio debitoris. Et quod ait hæc l. prima specie obscurum videtur, *nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecæ, &c.* Justinianus his verbis significat, olim fide data *periculum rerum suarum*, visum fuisse prudentibus, iis verbis contractam esse specialem hypothecam, non generalem omnium rerum, quas habet, aut habiturus esset. Et ita accipiunt Basilica recte, dum ajunt, ea verba (*periculo rerum mearum*) facere generalem hypothecam, non ut olim specialem: γενικὴν ὑποθήκην ποιεῖν, οὐχ ὡς πάλαι ἰδιωτικήν. Igitur hoc loco, *nec minus habere*, id est, non habere ea verba mentionem specialis hypothecæ, non facere specialem hypothecam, sed generalem præsentium & futurorum bonorum.

AD TITULUM XVII.
QUI POTIORES IN PIGNORE HABEANTUR.

Ad L. I. Qui pignus secundo *loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit, & deposuit, nec in usus suos convertit.*

Ad L. V. Prior quidem creditor *compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre. Sed si tu illi (id) omne, quod debetur, solveris (pignoris) tui causa firmabitur.*

Ad L.VIII. Diversis temporibus eadem *re duobus jure pignoris obligata, eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti juris est: nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas.*

VENIAMUS ad titulum 17. *qui potiores in pignore hab.* cujus nulla pars est hodie, quæ non accuratissime observetur. Idcirco in hoc titulo perscrutando summa sedulitate opus est. Ostenditur autem in h. tit. ex duobus, aut pluribus creditoribus, quibus diversis temporibus separatim eadem res in solidum pignori obligata est, vel quibus separatim ex diversis contractibus universa bona obligata sunt, quis præferatur in exequendo jure pignoris, hac potissimum regula constituta, *priorem tempore præferri posteriori.*

In qua ne nos ambiguitas nominis inducat in errorem, admonendi sumus, priorem esse eum, qui data pecunia mutua, vel promissa stipulatione solemni, pignus accepit, vel pepigit. Exigo, ut pecuniam dederit, vel daturum se stipulanti promiserit: Nam si neque dederit, id est, numeraverit, neque promiserit, quamvis spe futuræ numerationis pignus acceperit, vel pepigerit: nihil enim vetat accessionem præcedere negotium principale, pignus præcedere contractum principalem, sane in eo pignore non erit potior illo, cui postea idem pignus obligatum est pro pecunia, quam numeravit, quoniam hic in causa pignoris magis prior esse censetur, quam ille: nec enim prior æstimatur ex tempore dati, pactive pignoris, sed ex tempore habiti contractus, & negotii principalis, quæ definitio bellissime confirmatur *l.8. h. t.*

A *l.1.l.qui balneum, l.potior, in princ.& §.1.ff.eod.l.pen.D.quæ res pign.* At secundum illam regulam, quæ (ut dixi initio) potissimum in hoc titulo proponitur, *ut jure sit potior, qui tempore est prior in causa pignoris*, differentia constituitur inter actiones personales, quæ sunt principales descendentes ex principali negotio, & hypothecarias: Nam in actionibus personalibus privilegia æstimantur ex causa debiti, veluti ex causa dotis, ex causa tutelæ, ex causa publica, vel fiscali, quæ privilegiariæ sunt, non etiam æstimantur ex tempore, *l. privilegia, ff. de reb. auct. jud. possid.* In actionibus autem hypothecariis privilegia æstimantur ex tempore, nimirum quia antiquior excludit novissimos creditores hypothecarios. Itaque antiquioris, & prioris creditoris hypotheca potentior & firmior est, etiamsi prior creditor nihil offerat posteriori creditori, *l.5. h. tit.* Posterioris autem hypotheca est infirmior,

B quoniam in id duntaxat est efficax, quo summa pignoris excedit summam prioris sortis, & posteriori creditori non confirmatur in totum, nisi priori soluta sit omnis pecunia debita, *l.8. h. tit.* vel oblata, obsignata, deposita a debitore ipso, vel a posteriori creditore, *l.1.h.tit.* in quam transferri velim, quod hac de re tradidi in *l.22. sup. de pign.* Ait autem lex 1. *obsignavit, & deposuit*, quia sola oblatio pecuniæ debitæ priori creditori, neque solvit pignus prioris contractus, neque confirmat posterioris, sed necessaria est obsignatio, & depositio, quæ fiat publice, & solemniter testibus præsentibus, & quæ perseveret, nec retractetur, aut rescindatur posteriore creditore revocante pecuniam obsignatam, & depositam, ac convertente in usus suos: *depuis que le depost est fait, il n'y*

C *faut plus toucher.* Nam si pecuniam priori oblatam, & obsignatam, depositam, deinde posterior creditor retrahat, & convertat in suos usus, nihil egisse intelligitur.

Ad L. II. Si decreto prætoris, *qui de fideicommisso jus dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causam judicati ejusdem fundi pignus occupaverit, jussu ejus, qui jure sententiam exequebatur tempore potiores estis: nam cum de pignore utraque pars contendit, prævalet jure, qui prævenit tempore.*

EX lege 2. intelligimus superiorem regulam, *ut sit potior jure pignoris, qui prior est tempore*, locum habere non tantum in pignore conventionali, sed etiam in pi-

D gnore prætorio, id est, quod missio in possessionem bonorum debitoris non solventis constituit, quæ fit ex edicto, & decreto prætoris, crediti, aut judicati, aut dotis, aut legati, vel fideicommissi servandi causa. Et species *l.2.* hæc est, Is, cui relictum est fideicommissum sub conditione, pendente conditione, desideravit heredem sibi cavere fideicommissi nomine: heres non vult cavere: herede non cavente, prætor fideicommissarius eum misit in possessionem bonorum omnium, quæ in causa hereditaria sunt, vel (ut hæc l. ponit) in possessione unius fundi hereditarii. Quod notandum, ut sciamus interdum non in omnia bona hereditaria missionem fieri, sed in unam tantum rem hereditariam fideicommissi servandi causa, cum una res satis idonea videtur ad fideicommissum redigendum in tutum. Nondum peracta est species.

E Fideicommissarius ergo missus est in possessionem: quo genere constitutum est pignus prætorium, deinde vero prætor urbanus: Nam fideicommissarium in possessionem misit prætor fideicommissarius: sed deinde prætor urbanus creditorem hereditarium similiter misit in possessionem rerum hereditariarum, vel ejusdem fundi hereditarii, judicati servandi causa, cum creditor adversus heredem debitoris defuncti sententiam accepisset. Uterque, id est, fideicommissarius, & creditor jure prætorio pignus habet: uterque pignus prætorium habet, quia uterque missus est in possessionem. Sed qui prior habuit pignus prætorium, is est fideicommissarius, utique posteriori præfertur, nempe creditori. Sicut ex diverso, si id prior creditor habuisset, fideicommissario esset

eſſet potior in executione pignoris prætorii, *l. 5. §. poſtquam, ff. ut in poſſeſſ. legat.* Et obſerva maxime in hac ſpecie, unum fuiſſe miſſum in poſſeſſionem ex cauſa fideicommiſſi, alterum ex cauſa crediti: non fuiſſe igitur utrumque ejuſdem tituli, ſeu cauſæ: Nam ſi ambo fuiſſent miſſi ex pari cauſa, puta, ſui quiſque fideicommiſſi, aut ſui quiſque crediti ſervandi cauſa, id eſt, ſi fuiſſent ejuſdem tituli, non eſſet alter altero potior in cauſa prætorii pignoris, ſed ſimul concurrerent, & æqualiter venirent ad pignus prætorium, *d. l. 5. §. qui prior.* Quia ut nullum ordinem ſervat prætor inter eos, qui ex eadem cauſa, & ex eodem titulo veniunt in actione perſonali, ut ait *l. privilegia, ff. de reb. auctor. jud. poſſ.* ita nullum ordinem ſervat in cauſa prætorii pignoris inter eos, qui ſunt ejuſdem tituli, ſed inter eos tantum, qui ex cauſis, titulisque diverſis veniunt. Et hoc maxime diſtat prætorium pignus a conventionali: Nam in conventionali ſemper ſervatur privilegium, & ordo temporis, licet omnes creditores ſint ejuſdem tituli. Prætorium pignus ſequitur jus, & conditionem perſonalis actionis, non etiam conventionale. Et quod juris eſt hac in re in conventionali, idem juris eſt in judiciali pignore (quod eſt tertium genus pignoris) id eſt, quod apparitor judicis, ſive executor rei judicatæ capit in cauſam judicati, & diſtrahit extra ordinem: Nam pignus judiciale non conſtituitur, ut prætorium, ex edicto, ſed extra ordinem per viatorem, ſive officialem judicis, ablatis pignoribus condemnato in cauſam judicati: & indiſtincte in judiciali pignore, ſemper potior eſt cauſa prioris, id eſt, cujus nomine pignora apparitor cepit, & abſtulit, ſive creditores ſint ejuſdem tituli, ſive non, *l. ſi & jure, ff. qui pot. in pign.* Et contra quam ſpeciem poſui, poſſet forſitan quis hanc *l. 2.* accipere partim de judiciali pignore, quam totam accepi de prætorio: & poſſet quis hoc tentare propter illa verba (*in cauſa judicati*) Sed ne hoc admittamus, vetat verbum (*occupavit*) quod uſurpat etiam *l. 3. h. tit.* in prætorio pignore: Nam prætorium pignus ipſe creditor occupat, dum ingreditur poſſeſſionem: judiciale pignus non occupat, ſed extra ordinem per officium judicis capitur, & diſtrahitur ſub haſta publice.

Ad L. III. Cum Rempublicam *Heliopolitanorum propter emolumentum ſententiæ in rerum tam heredis, quam hereditariarum poſſeſſionem miſſam eſſe proponas: intelligis, quamvis pater tuus cum Soſiano contraxerit, tamen ſi perſonali actione eum habuit obligatum, præponi Rempublicam jure pignoris in his, quæ ex auctoritate ejus, qui jubere potuit ſervandi judicati cauſa occupavit.*

Ad L. IV. Si fundum pignori *accepiſti, antequam Reipublicæ obligaretur: Sicut prior es tempore, ita potior es jure.*

EX lege 3. intelligimus, ſupradictæ regulæ, *ut prior ſit potior*, locum eſſe non tantum duobus, aut pluribus creditoribus habentibus idem pignus conventionale, vel prætorium, ſed etiam uno habente conventionale, altero prætorium, ſive prius ſit prætorium, ut in ſpecie *l. 3. ſup. ut in poſſ. leg.* ſive conventionale, ut in ſpecie hujus *l. 3.* ex contrario, ſive obliquo colligitur. Species hæc eſt. Mortuus eſt debitor, cui Soſianus quidam, & Reſpublica pecuniam crediderant, ſed prius Soſianus, quam Reſp. At Reſpublica creditrix hereditaria (ut dixi) prius, quam Soſianus, miſſa eſt in poſſeſſionem, quod fit per actorem Reipublicæ, ut in *l. municipiis, ff. ut in poſſ. legat.* Reſpublica, inquam, miſſa eſt in poſſeſſionem rerum hereditariarum, & rerum heredis, judicati ſervandi cauſa, vel, ut lex loquitur, *propter emolumentum ſententiæ*, id eſt, propter effectum & executionem ſententiæ, qua Reſpublica damnaverat heredem debitoris, ut in *l. 2. ſup. de execut. rei judic.* Et nota differentiam inter eum, qui mittitur in poſſeſſionem legati, aut fideicommiſſi ſervandi cauſa, & eum, qui mittitur in poſſeſſionem rerum hereditariarum, non rerum heredis propriarum, excepto uno caſu in *l. 6. ſup. ut in poſſeſſ. legat.* quia legata & fideicommiſſa debentur ex rebus hereditariis, & eum,

A qui defuncto debitore, mittitur in poſſeſſionem crediti, & judicati ſervandi cauſa, qui mittitur tam in bona heredis propria, quam in bona hereditaria, ut ex hac lege patet, & conſequenter, vel in unam rem heredis, vel in unam rem hereditariam, exemplo ejus, qui legati ſervandi cauſa, vel in unam rem hereditariam mitti poteſt, *l. prox. ſup.* & in bona etiam heredis mittitur, qui mittitur crediti ſervandi cauſa, quia nunc heres eam pecuniam debet. Itaque quaſi in debitoris bona omnia mitti poteſt, aut propria aut hereditaria, aut (ut dixi) in rem unam heredis, aut hereditariam: Res igitur ita geſta eſt in ſpecie propoſita, ut licet prior in credenda pecunia fuerit Soſianus, quam Reſpub. tamen Reſpub. prior miſſa fuerit in poſſeſſionem rerum hereditariarum, & heredis propriarum, quam Soſianus: & venit quidem Reſp. B venit Soſianus, venit uterque ex pari cauſa, ex titulo eodem, nempe crediti: & tamen quia Reſpublica in actione perſonali præfertur omnibus aliis creditoribus perſonalibus, ſive chirographariis, id eſt, non hypothecariis, *l. pen. ff. de reb. auct. jud.* & exemplo actionis perſonalis (ut ſentio) hæc lex 3. ait: ſi miſſa ſit in poſſeſſionem Reſpub. eam præferri Soſiano, qui miſſus eſt poſtea, licet ſint ejuſdem tituli uterque; quia pignus prætorium (ut dixi ante) imitatur actionem perſonalem: & quem prætor præfert (ut in hac ſpecie Remp.) in actione perſonali, eum etiam præfert in prætorio pignore, quod obtinuit prima. Et ita explicanda eſt lex 3. Et ex contrario colligendum eſt etiam ex ea, dum ponit Soſianum fuiſſe creditorem chirographarium .i. habuiſſe tantum perſonalem actionem, quod ſi fuiſſet Soſianus hypothecarius, C privilegio temporis fuiſſet potior republica habente pignus prætorium ex cauſa miſſionis in poſſeſſionem, quod etiam aperte ſubjicitur in *l. ſeq.* quæ eſt etiam de Republ.

Ad L. VI. Si generaliter bona ſint *obligata, & poſtea res alii ſpecialiter pignori dentur: quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit: ſi ab illo priore tempore tu comparaſti: non oportet te ab eo, qui poſtea crediderit, inquietari.*

REſtat ut ex *l. 6.* adnotemus, ſupradictæ regulæ locum eſſe, etiamſi prior creditor habeat generalem hypothecam tantum, non ſpecialem, poſterior autem ſpecialem: Nam prior creditor eliget ex univerſis bonis debitoris rem, quam volet, etiam eam, quæ poſteriori ſpe- D cialiter obligata eſt, eamque diſtrahet ſuo jure, *l. creditoris, ff. de diſtr. pign.* nec poſterior creditor eam poterit evincere emptori jure ſpecialis hypothecæ, quæ eſt ſententia hujus *l. 6. & l. 6. ſup. de obligat. & act. & legis 2. in prin. D. qui pot. in pign. hab.*

Ad L. VII. Licet iiſdem pignoribus *multis creditoribus diverſis temporibus datis, priores habeantur poſteriores tamen, eum, cujus pecunia prædium comparatum, quod ei pignori eſſe ſpecialiter obligatum ſtatim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur.*

REgulam illam juris, *ut in perſecutione pignoris prior creditor hypothecarius potior habeatur*, quam heri ſatis amplificavi, hodie oſtendam, vitiari caſibus certis. E Ac primum ex *l. 6. h. t.* Poſterior creditor præfertur priori, ſi prior habeat generalem hypothecam, poſterior ſpecialem, ejus ſcilicet rei, quam debitor ex pecunia a poſteriori creditore mutuo ſumpta comparavit, ut plane ad *l. 6.* (quæ definit regulæ locum eſſe, etiamſi prior creditor habeat generalem hypothecam, poſterior ſpecialem) lex 7. addat hanc exceptionem, niſi illa ſpecialis hypotheca poſterioris ſit comparata pecunia, poſterioris creditoris: in ea enim poſterior creditor potior eſt priore. Et hoc vult *l. 7.* Idemque eſſe opinor, ſi poſterior creditor habeat generalem hypothecam, ſicut prior, ut in *l. 17. ſup. de pign.* ut ſcilicet in ea re, quæ pecunia poſterioris comparata eſt, poſterior priori anteponatur in ea re excutienda, & perſequenda. Privilegium cauſæ debi-

ti,

ti, est potentius privilegio temporis. Exigo igitur in eo, cujus pecunia res parata, sive empta est, ut ejus rei habeat specialem, vel generalem hypothecam; ut *d. l. 17. l. procuratoris, §. plane, D. de tribut. act.* quia tacitam ea in re hypothecam non habet, nisi sit pupillus, cujus pecunia res empta sit, quoniam ex hac causa pupillo constitutio Severi & Antonini dedit tacitam hypothecam, *l. pen. sup. de servo pign. dato, l. 3. in prin. D. de reb. cor. qui sub tut. l. idemque, in prin. D. qui pot. in pign. habea.* Alii, quam pupillo non invenio ex hac causa datam tacitam hypothecam, ac ne adolescenti quidem, vel militi. Itaque multum interest, utrum res comparata sit pecunia creditoris, qui si sit pubes, non habet tacitam hypothecam, an vero refecta sit res, & restituta pecunia creditoris, quoniam hic habet tacitam hypothecam ex Senatusconsulto, sive oratione divi Marci, *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* quæ etiam tacita hypotheca potior est alterius creditoris expressa hypotheca, & antiquiore, in ea scilicet re, quæ refecta est pecunia posterioris creditoris, qui semper tacitam hypothecam habet in ea re, & potior est in ea: optima ratione, quia ejus pecunia salvam fecit totius pignoris causam: periisset enim res, periisset pignus etiam priori creditori, nisi ipse eam rem refecisset, & restituisset. Merito igitur in ea re, quæ pecunia ejus redintegrata est, & refecta, præfertur etiam priori creditori hypothecario jure taciti pignoris, *l. 5. & 6. D. qui pot.* Sed hoc exemplis demostrandum est. Si tibi domus sit pignori obligata, deinde ego crediderim pecuniam domino ædium ad reficiendas, vel fulciendas ædes, ego in ea domo jure taciti pignoris potior sum, quam tu, licet sis primus creditor hypothecarius. Idem est, si navis primum sit pignerata tibi, deinde crediderim domino navis debitori tuo pecuniam ad armandam, vel instruendam navim, ad reficiendam, sive reconcinnandam navim, quod posteriores Græci dixerunt καλαφατίζειν, ut apud Nicetam, *d'où vient nostre calfutrer.* Si ergo in eam rem tibi crediderim, vel etiamsi crediderim ad cibaria nautarum, sive remigum, sine quibus navis conservari non poterat, potior sum in ea nave persequenda, quam servavi mihi, & tibi, licet sim posterior creditor jure taciti pignoris. Et idem est omnino, si merces invectæ in navim tibi sint pigneratæ, deinde crediderim pecuniam, ne pro naulo, seu vectura navis retineretur: Nam (quod notandum) merces invectæ in navem, tacite pro naulo pignori obligatæ sunt, & nauli causa potior est, quam crediti prioris, *d. l. 6.* id est, præfertur naulum antiquiori credito. Et ita res, quas intulisti in ædes conductas, tacite pro pensione pigneratæ sunt, & pensionis causa est potentior. Item merces invectæ, vel illatæ in horrea conducta, quæ habentur plerunque mercium servandarum causa (*magasins*) tacite pro pensione pignori sunt, *l. 5. D. ad exhibend.* Et pensionis horrei causa potior est antiquiore credito sub pignore earumdem mercium. At similiter, ut ostendit *d. lex 6.* merces vectæ dorso jumentorum, constituto certo pretio vecturæ, pro vectura tacite pigneratæ sunt, & vecturæ causa potentior est, quoniam sine ea merces salvæ pervenire non poterant. Sic superficies imposita alieno solo sub lege mercedis certæ exsolvendæ quotannis domino soli [quæ merces in libris nostris proprie appellatur solarium] superficies, inquam, pro solario tacite pignori est, & solarii causa est potior, *l. etiam, D. qui pot. in pign. l. sane ut Divi, de pigner. act.* Et breviter omnibus his casibus si crediderim ad pensionem, & vecturam, aut solarium exsolvendum, cujus causa erat potentior jure tacitæ hypothecæ, etiam ero potentior, & potior antiquiori creditore. Addendus est alius casus *l. pen. h. t.* quo etiam posterior creditor in hypothecis præfertur priori, puta, si prior creditor sibi vindicet jus pignoris ex privato instrumento, quod non habeat subscriptionem trium testium fide dignorum: posterior autem ex publico instrumento. Privatum instrumentum, quod habet subscriptionem trium testium, pro publico habetur, ut ait *lex pen.* Sic ergo dicamus simplicius. Posterior creditor, qui nititur jure hypothecæ ex publico instrumento, potior est priore, qui eodem jure nititur ex privato. Et vocat hæc lex privata instrumenta ἰδιόχειρα, ut Cedrenus de Evagrio Philosopho: ποίησον μοὶ ἰδιόχειρον, *fay moy une cedule.* Publica instrumenta sunt, quæ conficiuntur a tabellionibus, & dicuntur in Novellis, ut Græco verbo Græcum opponamus ἀγοραῖα sæpissime, & forensia, *l. pen. sup. de fide instr.* Privata instrumenta fiunt secreto, ut ait hæc lex, intra privatos parietes, sæpe inter duos tantum contrahentes, sive paciscentes, remotis arbitris: Nam nihil referre hæc lex ait, interveniant amici, nec ne. Intervenientib. amicis, inquit, nec ne, id est, vel non intervenientibus, ut in *l. constitutiones, D. de appell. l. 60. C. Th. eod. tit. de recipiendis appellationibus, nec ne.* Et scribuntur manu contrahentium, ut ait *l.* vel manu notarii .i. servi notarii, ne quis intelligat, quem vulgo vocamus notarium, qui latine vocatur tabellio, non Notarius. Notarii est servile nomen, est munus servi privati hominis. Nihil ergo refert privatum instrumentum scribatur manu unius contrahentium, an manu servi notarii, seu librarii, vel amanuensis, an manu alterius cujusdam extranei. Et hæc privata instrumenta, si de fide eorum non dubitetur, si non arguantur esse falsa, in actionibus personalibus tantum valent, quantum publica instrumenta, si modo habeant subscriptionem contrahentium tantum, etiamsi nulli sint adhibiti testes, vel tabularii, ut ait, qui quoniam sunt servi publici, servi civitatis, dantes operam tabulario civitatis, in quo sunt reconditæ rationes, & chartæ, archivo civitatis; quia, inquam, tabularii sunt servi publici, ideo in hac *l. pen.* vocantur conditionales, quia huic conditioni addicti, & mancipati sunt, ut tabulario civitatis serviant, ut in *l. defensionis, inf. de jure fisci, lib. 10. l. 3. 5. 7. 8. C. Th. de numerariis, & actuariis.* Conditionalium sunt multa genera. Servi sunt *conditionales*, agricolæ, censiti, vel adscriptitii sunt conditionales: pistores etiam erant conditionales, nimirum addicti pistrino civitatis, seu panificio: & sic tabularii conditionales sunt, sive conditionarii. Et quod ait lex, sive instrumento privato confecto interfuerit tabularius, aut testis, sive non interfuerit, modo sit subscriptum ab utroque contrahentium, in actionibus personalibus eandem vim habet, quam publicum instrumentum. At in actionibus hypothecariis plurimum valet instrumentum publicum, quoniam, qui eo nititur, licet sit posterior creditor, præfertur priori, qui nititur privato. Restat ut adnotemus etiam ex *l. 9.* creditores hypothecarios præferri creditoribus chirographariis, id est, qui debitores personali tantum actione obligatos habent, etiamsi creditores chirographarii sint antiquiores, vel etiamsi in actione personali privilegium habeant, id est, sive habeant privilegium causæ, sive temporis: namque eos excludunt hypothecarii creditores, optima ratione, quia habent hypothecariam actionem, quæ est actio in rem, in quam, ut ait regula juris, plus est cautionis, id est, plus securitatis, ponderis, & virium, quam in personam. Et hoc comprobat *l. 3. sup. de privil. fisci, l. 6. sup. de reb. auctor. judic. poss.* Pone exemplum in Republ. quæ privilegium tantum habet in actionibus personalibus, *l. pen. ff. de bonis auctor. judic. possid.* nec habet tacitam hypothecam, quo distat a fisco respub. quæ chirographaria est creditrix, præferetur creditor hypothecarius. Alia differentia inter creditores hypothecarios, & chirographarios, sive personales, notanda est ex *l. 10. hujus tit.* Posterior creditor hypothecarius habet jus offerendi priori creditori hypothecario, ut sibi confirmet, & corroboret suum pignus, ut diximus sup. ex *l. 1. & 5.* At chirographarius creditor non habet jus offerendi hypothecario creditori, ut scilicet in ejus locum succedat, & vel hypothecam habeat, quam ille habuit, vel privilegium exactionis, sive πρωτοπραξίαν, quod ille habuit, sed habet tantum chirographarius creditor personalem actionem in debitorem, vel heredem ejus. Ponit *lex 10.* speciem in marito, qui pro dote mulieri certas res pignori obligavit, quia ante Justinianum, id est, legem ultimam hujus tituli, mulier pro dote non habuit tacitam hypothecam. Et post Justinianum hodie si maritus

pro

pro dote specialiter mulieri certas res pignori obligaverit, cessat tacita hypotheca, quam Justinianus dedit generaliter in omnia bona mariti. Quod notandum maxime ex *l.ult. sup. de pact. convent. &c.*

Ad L. ult. Assiduis aditionibus *mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, & ab anterioribus creditoribus, substantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei uxoriæ actioni (quam in præsenti sustulimus) magnam prærogativam præstantes, ut contra omnes pene personales actiones habeant privilegia, & creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cum in personalibus statuerant actionibus, si hypothecam respiciebant, illico justitiæ vigorem relaxabant: & senioribus hypothecis novas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod & corpore, & substantia, & omni vita sua maritus fungitur: cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta est. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus, suasque alimonias mulier possidet, vel a semetipsa datam, vel pro ea ab alio.*

Ad §. Ad hæc omnia respicientes, *& reminiscentes, quod & alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subvenientes, & hæc omnia in unum colligentes, sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati, &c.*

LEX est omnium sermone celebratissima, in qua ponitur alius casus, quo posterior creditor hypothecarius præfertur priori creditori hypothecario, quem a regula juris, ut potior sit, qui tempore est prior in hypothecis, excepit favor dotium, vel mulierum potius dotatarum, quoniam personæ magis privilegium esse videtur, quam causæ: quamobrem nec in heredem mulieris transmittitur, ut in *l.1. sup. de privil. dot.* & in hac ipsa lege, nisi sit filius. Et ut universam hanc quæstionem pertractemus, & repetamus ab ipsa origine: Jure veteri (quod etiam hodie valet) mulier causa dotis habuit privilegium exactionis tantum in actionibus personalibus, id est, jure veteri mulier primum locum tenet inter omnes creditores chirographarios, ut scilicet suam dotem consequatur ante omnes, cum bona mariti ex edicto possessa veneunt, *l. si sponsa, ff. de jure dot. l. quæsitum, §.ult. & duabus seqq. ff. de bonis auct. jud. poss.* & hoc solum est, quod ait *l.1. ff. sol. matr.* dotis causa semper, & ubique præcipuam esse, Præcipua est, quod præcedat omnes causas, titulosque debendi, præcedit omnia credita in actionibus personalibus. Et ubique, inquit, id est, tam in provinciis, quam in Italia: *& semper*, inquit, id est, sive legitima die dos repetatur, puta annua, bima, trima die, vel citeriore, & propiore die ex pacto dotali, *l. de die, & l. seq. ff. de pact. dot.* vel etiamsi repetatur statim nulla data dilatione, ut cum dos consistit in rebus immobilibus: aut rursus, *semper*, id est, sive soluto, sive manente matrimonio dos repetatur: Nam certis ex causis dos etiam manente matrimonio repeti potest, *l. mutus §. ult. ff. de jure dot. l. si pro rata, §.1. ff. de relig.* Et additur *in d. l.1.* causa privilegii, quod publice intersit, dotes mulieribus conservari, ut nubere possint, & dare operam justis liberis procreandis. Quod est maxime necessarium in republica, ut numerus augeatur justorum civium: Nam etiamsi nuptiæ consistant sine dote, *l.ult. sup. de donat. ante nupt.* tamen paucissimi sunt, qui velint ducere indotatas, & ob id reipub. interest, ut dotes eis conserventur, quæ sunt earum patrimonia propria, & plerunque sola, ut Justinianus ait in hac *l. ult.* plerunque substantiam mulieris pene totam in dote constitutam esse. Hic mos erat in urbe Roma, ut mulieres nihil haberent præter dotem, paraferna parcissima. At *h. l. ult.* adjicit verbum, *pene*, quod hoc privilegium mulieris dotem repe-

A tentis cessare significat, cum ait, *mulieres contra omnes pene personales actiones habere privilegia, & creditores alios antecedere, etiam anteriores*. Cur ait, *pene*, quia Reipublicæ creditum, si antiquius sit, præcedit dotem, ut a contrario sensu colligitur ex *l.9. sup. de jure dot.* Idemque statuit, & notat hoc loco Accursius in funeris impensa (*il faut que les funerailles soient plustost payees, que la femme*) ut & hæc dotem præcedat, sicut omne creditum, *l.pen. de religios.* in actione personali scilicet: nondum enim tractamus de hypothecaria. Idem quidam hic statuunt (nec male) in causa pecuniæ depositæ apud mensam ab eo, qui sequitur fidem publicam, qualis erat fides mensarii, sive argentarii, siquidem ea pecunia exstet: Nam ejus ratio habetur primo loco, etiam ante privilegia, *l. si hominem, §. quotiens, ff. depos.* Constat et-
B iam, & hæc omnia credita, quæ retuli, præcedere impensam factam inventarii conficiendi gratia, vel auctionis bonorum defuncti faciendæ gratia. Et hoc est, quod dicitur in foro, *que les frais des criées sont les premiers payez.* Hoc probat aperte *l. quod privilegium, in fine, depos. l. quantitas, ff. ad leg. Falcid. l.ult. §. in computatione, sup. de jur. delib.* His causis exceptis, mulier inter chirographarios creditores privilegium habet, sive potior est, non inspecto ordine temporis. Inter hypothecarios autem jure veteri mulier privilegium non habet proprio quodam jure suo, sed habet tantum commune privilegium temporis, & antiquitatis: neque enim præfertur fisco, si fisci causa antiquior sit, *l.2. sup. de privil. fisc.* Pone, secundum jus vetus, nominatim mulieri fuisse cautam, conventamque hypothecam, ut in *d. l.2. & l.10. hoc tit.*
C *l.3. de primipil. lib.12. l. ubi, sup. de jur. dot.* Nam ante constit. Justin. *de rei uxoriæ actione*, mulier non habuit tacitam hypothecam, sed fuit chirographaria creditrix, nisi nominatim de pignore pepigisset: fiscus autem ex suis contractibus semper habuit tacitam hypothecam. Pone igitur secundum jus vetus, mulierem habere expressam, fiscum suam tacitam: non præferetur fisco, nisi privilegio temporis, id est, priori contractui fiscali non præferetur posterior contractus dotis, priori hypoth. tacitæ non præfertur posterior hypoth. expressa, & consequenter non præferetur etiam mulier, cui nominatim cauta est hypoth. ulli alii creditori hypothec. antiquiori, sed inferiori tantum ex privilegio, ex prærogativa temporis, quod & Justinianus ita definit in *d. l. ubi* loquens de mulieris hypotheca expressa, cum nondum Justinianus
D dedisset mulieri tacitam hypothecam, qui tamen deinde mulieri dedit tacitam hypothecam, sed in rebus dotalibus tantum, vel in rebus ex eis comparatis, quæ etiam intelliguntur esse dotales, *l. res, ff. de jure dot.* simul ac dedit in rebus dotalibus privilegium inter omnes alios creditores hypothecarios, qui habent generalem hypothecam etiam anteriorem. Et hæc est constitutio *l. in rebus, sup. de jur. dot.* Justinianus paulatim auxit jura, & privilegia mulierum sollicitarum de dotibus suis: Nam post *l. in rebus*, in tit. *de rei uxor. act.* dedit etiam mulieri tacitam hypothecam in omnibus bonis mariti, dotis conservandæ causa. Quo jure recte dices, contra quam posuerim ante tractans de jure veteri, *mulierem præferri Reipublicæ*, quæ est chirographaria creditrix, *l.2. inf. de jur. Reipubl. lib.11.* etiamsi Respublica sit an-
E tiquior secundum definitionem *l.9. hoc tit.* ut creditor hypothecarius, qualis hodie est mulier, in omnibus bonis mariti ex illa constitut. Justin. præferatur omnibus creditoribus chirographariis: & consequenter præferatur etiam ei, qui de suo funeravit maritum, vel qui apud mensam mariti pecuniam deposuit, quæ exstet, vel qui impensas necessarias fecit ad insinuationem testamenti, vel ad confectionem inventarii, vel ad expediendam auctionem, sive venditionem bonorum, quia jus certissimum est, hypothecarium potiorem esse chirographariis. Ac postremo Justinianus in hac *l. ult.* quam subscriptio docet esse novissimam, cum dedisset ante mulieri tacitam hypothecam in rebus dotalibus, deinde etiam in bonis mariti, hac *l. ult.* inter

hypo-

hypothecarios creditores mulieri privilegium dedit, quo excluderet antiquiores creditores, & hypothecas. Et fatentur quidem omnes, eam excludere omnes alias tacitas hypothecas anteriores, sed an etiam excludat hypothecas expressas anteriores, disceptant inter se Joannes & Martinus: sed Martini verior est sententia, ut scilicet hypotheca mulieris tacita, quam habet in bonis mariti, etiam posterior præferatur expressis aliorum, & prioribus hypothecis. Et probatur sententia Martini *Novella 97.* quæ dum in eo, cujus pecunia res comparata est, quem docuimus in *l. 7. hoc tit.* non habere nisi expressam hypothecam, dum, inquam, in eo constituit, ut si sit prior, mulieri præferatur dotem persequenti, non si posterior, prout cavetur jure communi, regula juris sane innuit, & adsignificat, *aliis creditoribus expressam habentibus hypothecam*, sicut ille, *etiam tempore inferiorem mulierem præferri*. Nec moveor eo, quod objicit Joannes, fiscum non habere nisi privilegium temporis in hypothecis, quod est verissimum, *l. si pignus, & l. ult. ff. hoc tit. & l. 1. sup. rem alien. gerent. non interd. suar. rer. administr.* Denique fiscus in hypothecis, non præfertur aliis creditoribus habentibus expressam, vel tacitam hypothecam, ut illæ leges demonstrant, nisi sit antiquior. Si ergo, inquit, fiscus non habeat, nisi privilegium temporis, quod est jus commune: Ergo nec aliud debet habere mulier, quam quod jus commune tribuit beneficio temporis, ne plus habeat, quam fiscus. Hæc argumentatio est fallax, & facile retorquetur in Joannem, qui admittebat, *mulierem præferri creditoribus habentibus tacitas alias hypothecas*, atque ita plus admittebat habere, quam fiscum, qui habenti tacitam hypothecam non præfertur, nisi sit antiquior, *d. l. 1. sup. rem alien. ger.* Necessario igitur concludendum est, hac in re plus juris habere mulierem, quam fiscum: Nam mulier, etiamsi non habeat privilegium temporis, præfertur omnibus hypothecis antiquioribus expressis, vel tacitis. Et excipiuntur tantum tres casus. Primum jam attigi ex *Novella 97.* si cujus pecunia res comparata, qui expressam tantum hypothecam habere potest, vel refecta sit, qui habet tacitam hypothecam, ut docui in *l. 7.* Nam hic, si sit antiquior, præfertur mulieri, ex d. Nov. non alius creditor antiquior, sive habeat tacitam, sive expressam hypothecam. Secundus casus est, si fiscus sit antiquior: Nam quod *l. 2. sup. de privileg. fisci, & l. 3. inf. de primip. lib.* 12. statuit, in hypotheca cauta mulieri nominatim, ut non sit potior, nisi sit antiquior credito fiscali, idem hodie videtur admittendum in tacita hypotheca mulieris, ut non sit potior tacita, & antiquiori fisci hypotheca, nisi in hac specie, quam notavit Harmenopulus 3. *Epitom.* Fac ita esse: fundus Titianus obligatus est Titio primum: tum cœpit obligatus esse fisco, deinde mulieri ex causa dotis. Mulier, licet sit posterior fisco, præfertur, quia Titius excludit fiscum, & ipsa Titium suo proprio jure, & ita, quod per se non habet, ut excludat fiscum anteriorem, per alium habet, *l. Aristo, ff. quæ res pign. oblig.* id est, dum vincit (quod a nostris vulgo fertur) Titium, vincit etiam fiscum, quem Titius vincit, quod evenit etiam in specie *l. æquissimum, §. 1. ff. ad Senatusc. Tertull. & l. 8. de bonis damnat.* Tertius casus & ultimus hic est, quo antiquior creditor mulieri præfertur, si prior uxor agat de dote sua, qui casus etiam notatur in hac *l. ult. & in Novel. 91.* Dos antiquior præfertur novæ. Exempli gratia, mortuo patre meo, qui divortio facto superduxerat novercam, si ei heres extiterim, prius reddam dotem meæ matri, quam novercæ. Idemque est, si prius matrimonium solutum sit morte matris meæ, & jure hereditario aliquis exterus dotem matris meæ repetat. Denique dos adversus dotem non habet privilegium, nisi temporis. Unus est etiam casus singularis ex *d. Nov. 97.* quo nec antiquior mulier præfertur in hypothecis posteriori creditori, puta si quis pecuniam crediderit ad militiam emendam, eo pacto, ut militia pignori esset, & ut in eo pignore ipse potior esset: Nam secundum pactum in hoc casu solo, ut ait Nov. emendæ militiæ, posterior

A creditor hypothecarius præferetur mulieri antiquiori. Et postremo notandum est ex hac l. privilegium hoc, ut mulier inter omnes hypothecarios creditores primum locum teneat, sive antiquiores, sive posteriores sint, mulieri dari agenti de dote, non etiam mulieri agenti de lucro ei obveniente ex donatione propter nuptias, quæ est veluti dos mariti, respondens doti mulieris, quam maritus confert in mulierem, sicut ipsa in eum dotem: Nam agenti mulieri de donatione propter nuptias, non datur nisi privilegium temporis. Et ratio differentiæ hic proponitur hæc, quia quæ agit de dote, certat de damno amittendæ rei suæ, ideoque ei subveniendum est plenius. Quæ agit de donatione propter nuptias, certat de lucro adventitio. Et hoc confirmat *§. fuerat, in fine, de action. & Novel. 61. & 109.* & ita fiscus, si agat de pœna com- B missa in fiscum, non præfertur creditoribus, qui suum persequuntur, quia certant de damno, fiscus de lucro, nisi ex privilegio antiquitatis, ut Papinianus eleganter ait in *l. quod placuit, ff. de jure fisci*, privilegium fisci etiam lucri ratione anteferri ratione damni, quod utrumque exemplum de muliere scilicet, & fisco aperte demonstrat.

AD TITULUM XVIII.

DE HIS, QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT.

C TITULUS 18. est de iis, qui in priorum creditorum locum succedunt, & est portio superioris tituli. Et quod in illo habuimus, posteriores creditores hypothecarios in locum priorum ipso jure succedere offerendo prioribus, & solvendo pecuniam debitam, & usuras medii temporis, *l. 1. 5. 8. 10.* idem omnino in hoc titulo proponitur *l. ult.* Et constitutio, cujus fit mentio in *l. hujus tit.* proculdubio ea est *lex 1. t. superioris*. Sed de eo quoque tractatur in hoc tit. quod superior non habet, an hi, quorum pecunia, cum creditores non essent, priores creditores hypothecarii dimissi sunt, in jus & locum eorum succedant. Et ostenditur, non eodem prorsus modo succedere, quo posteriores creditores hypothecarios in locum priorum creditorum eos, qui cum creditores non essent ejusdem debitoris, pecuniam obtulerunt, & solverunt prioribus D creditoribus hypothecariis, vel ut iis solveretur, crediderunt debitori facienti versuram, licet hoc ipso, quod solvunt pro alio, vel credunt ei pecuniam, qua se, & hypothecas liberet, atque absolvat, incipiant nunc primum esse creditores ex causa negotiorum gestorum, vel ex causa mutui. Et, tamen, ut dixi, non succedunt in jus pignoris, quod habuerunt priores creditores, ad quos eorum pecunia pervenit, nisi in solvenda pecunia pro debitore auctoritate judicis pignus eorum, quibus solvebant pecuniam debitam, in eos translatum sit: vel nisi in credenda pecunia debitori, qua se, & hypothecas absolvat, nominatim pacti sint, ut in jus & locum priorum creditorum succedant: Nam his duobus casibus, plane succedet in jus, locumque priorum creditorum, non ut posteriores quidem creditores hypothecarii, E qui ipso jure succedunt offerendo pecuniam prioribus, sed ex auctoritate judicis, vel ex conventione & consensu debitoris. Et ita est explicanda *l. 1. hoc tit.* nec restat aliud, quam ut dispiciamus, quare dicat eos non omnimodo succedere in locum hypothecarii creditoris, quorum pecunia ad creditorem transit. Cur ait (*non omnimodo?*) Significat enim eos aliquatenus succedere, & subire in locum hypothecarii creditoris, quorum pecunia ad creditorem hypothec. transit. Et sane succedunt in ejus locum, ut habeant actionem Paulianam, quam illi habuerunt ob res alienatas a debitore in illorum fraudem, quam, inquam, illi habuerunt, quos sua pecunia dimiserunt, *l. 10. §. 1. l. nisi, ff. quæ in fraud. credit.* Quod etiam esse ex constitutione Seve-

ti & Antonini ait *d. l.* 10. §. 1. quorum Imperatorum est *l.* 1. *hoc tit. &* *l.* 1. *tit. super*. Item succedunt in locum priorum creditorum, quos, qui creditores non erant, sua pecunia dimiserunt, ut habeant privilegium in actionibus personalibus, quod habuerunt ii, ad quos sua pecunia pervenit: Nam si privilegiarius fuerit in actione personali, quem dimisi mea pecunia pro debitore, & ego ero privilegiarius in mea pecunia exigenda, quod ostendit *l.* 2. *ff. de cess. bonor. l. si ventri*, §. *eorum*, *ff. de reb. auct. judic. possid.* Et hactenus quidem ii, quorum pecunia priores dimissi sunt, in eorum locum succedunt, ut scilicet habebant Paulianam, quæ illis competebat, & privilegium personale, quod illi habebant, sed non etiam, ut vult hæc lex prima, ut habeant jura hypothecarum, & in iis privilegia temporum, quæ habuerunt ii, quos pecunia sua dimiserunt, nisi in eos nominatim translata & transcripta sint jura hypothecarum auctoritate judicis, *l.* 3. *& l. ult. sup. de privileg. fisci, l. cum alter, inf. de fidejussor.* vel ex conventione & consensu debitoris, ut in *l.* 1. *h. tit. & in l. Aristo*, *ff. quæ res pign. oblig.* Igitur *lex* 2. *h. tit.* dum ait, *filium emancipatum, qui pro parte solvit fisco, quod debuit pater, jure successisse in locum fisci*; Quod ait, inquam, *jure successisse*, id sic interpretandum, cessione scilicet, & translatione pignoris facta, vel auctoritate judicis, vel consensu debitoris, qui utique consensisse intelligitur, non tantum si nominatim convenerit, ut cujus pecunia creditor dimitteretur, is subiret locum illius, verum etiamsi debitor eidem vendiderit rem creditori pigneratam, ut ex pretio creditor dimitteretur, *l.* 3. *h. tit.* Nam & hoc casu in ea re emptor, cujus pecunia pervenit ad creditorem hypothecarium, id est, cui ea res erat obligata, potior erit omnibus creditoribus inferioribus, si qui sint: sed adnotandum, potiorem fore creditoribus inferioribus non offerentibus sortem prioris contractus: Nam inferiores creditores habent jus offerendæ prioris sortis emptori, & avocandæ possessionis rei emptæ jure suæ hypothecæ, quamlibet posterioris, quia nihil refert, debitor alii denuo rem priori obligatam obligaverit, an vendiderit, cum pecunia pervenit ad priorem: nam utroque casu posterioribus creditoribus est jus offerendi emptori, vel creditori novo, qui in prioris locum successit, quæ est sententia *l.* 3. *ff. de distract. pignor.* secundum quam, ut & Accursius sensit recte, est accipienda *lex* 3. *h. tit.* At Basilica in hac *l.* 3. aliter ponunt speciem, nec enim ponunt ut Latini, debitorem vendidisse pignus, ut protinus redactam ex pretio pecuniam, solveret creditori, cui erat obligatum: Sed ponunt priorem creditorem vendidisse pignus emptori, ponunt emptorem rem obligatam emisse a priori creditore, ἀπὸ τοῦ προγενεστέρου δανειστοῦ, & successisse in jus, τοῦ πράτου, id est, venditoris. Sed omnino male ponitur ita species ad hanc legem: Nam hoc casu, puta si prior creditor pignus vendidit extraneo jure suo, bona fide, recte, & solemniter, ut solent creditores hypothecas distrahere, sequentibus creditoribus non est jus offerendi emptori, *l.* 8. *inf. de distract. pignor. l.* 3. *ff. eod. l.* 1. *tit. seq.* Itaque hoc casu in jus venditoris emptor non succederet, sed haberet jus proprium, atque perpetuum in re empta, & plenius quidem quam venditor, cui sequentes creditores pecuniam offerre poterant, & pignus auferre, aut sibi confirmare: emptori vero frustra offerunt, quia causæ pignorum extrema linea est venditio rite facta a creditore potiore. Et hæc species præterea si apponeretur ad legem 3. pertineret potius ea lex ad titulum sequentem, ac proinde rectius Latini legem 3. accipiunt de debitore, qui pignus vendidit extraneo, ut mox ex pretio absolveret creditorem, qui in eo pignore potiora jura habebat.

AD TITULUM XIX.

SI ANTIQUIOR CREDITOR PIGNUS VENDIDERIT.

HIC titulus est etiam portio tituli 17. & in eo ostenditur id, quod jam jamque attigi, multum interesse, debitor distrahat pignus, an antiquior, potiorque creditor: Nam si antiquior creditor extraneo recte distrahat pignus, & rite, id inferiores creditores persequi non possunt actione hypothecaria, & avocare emptori, quod antiquior creditor jure suo distraxit, ut ad suum perveniret. Et hoc verum est, etiam si creditores posteriores offerant emptori pretium, sive sortem prioris contractus, *l.* 3. *ff. de distract. pign. & l.* 1. *h. tit.* Non potest etiam debitor ipse pignus, quod jure suo antiquior creditor vendidit extraneo avocare emptori, oblata vel emptori, vel creditori pecunia debita, quia sera est oblatio, quæ fit post distractum pignus, *l.* 2. *h. tit.* Ante distractionem facta oblatio a debitore, vel a posteriore creditore, proculdubio distractionem interpellat, sive impedit, *l.* 3. *hoc tit.* Post distractionem autem facta oblatio, quia non fit in tempore, nullius momenti est, nec rescindit jure factam venditionem pignoris. Et posui antiquum creditorem vendidisse pignus extraneo; & eo dixi, quia si primus creditor pignus vendiderit secundo creditori, ut etiam hoc loco male ponunt Basilica, tertio creditori superest jus offerendi secundo; optima ratione, quia secundus creditor non tam dominii adquirendi pignoris gratia, quam servandi sui pignoris emisse videtur a primo, *l.* 5. §. *ult. & l.* 6. *de distract. pign.* Ergo si antiquior creditor distrahat extraneo, peremptum est jus omne offerendi, quod habebant sequentes creditores: si distrahat primus secundo creditori, integrum manet tertio & quarto jus offerendi secundo. Et hæc de creditore antiquiore distrahente pignus. Nunc dicamus de debitore, quia initio diximus, multum referre distrahat pignus debitor ipse, an antiquior creditor: & quidem si debitor pignus distrahat, vel quod idem est, in solutum det (nam datio in solutum quasi venditio est) antiquiori creditori, vel si vendat extraneo, inferioribus creditoribus integrum est jus offerendæ pecuniæ emptori, & confirmandi pignoris sui, quæ est sententia *l.* 1. *hoc tit.* Emendo a debitore pignus, antiquior creditor succedit in locum suum, succedit sibi ipsi, id est, eodem jure est, quo fuit ante emptionem, puta, ut sit potior in pignoris causa, nisi sequentes offerant pecuniam debitam, & usuras. Et ita in specie *l.* 3. *& l. creditor*, §. *Papinianus*, *ff. qui pot. in pign.* Creditor in locum suum succedit. Quam speciem etiam perperam Basilica explicasse ostendi *Observ.* 11. *cap.* 32.

AD TITULUM XX.

SI COMMUNIS RES PIGNORI DATA SIT.

UT rei alienæ invito domino nullum pignus contrahi docuit titulus decimus quintus: ita rei communis pro parte socii, & consortis non consentientis, nullum quoque pignus contrahi hoc titulo docet, ut *l.* 3. §. *ult. ff. qui potior. in pign. hab. & l.* 7. §. *ult. ff. quib. mod. pign. vel hyp. sol.* In qua hoc est singulare, ut possit quis partem quidem suam, quam habet in re communi, pro indiviso creditori pignori obligare, non partem socii, ac deinde inter socios facta divisione, ut non ea pars sit tantum pignori, quæ obtigit ei, qui pignus contraxit, sed utraque pars pro indiviso ex dimidia parte, quia ea pars, quam pignori obligavit tempore contractæ obligationis, non est ea, quam nunc habet post divisionem, sed ea, quam tunc habuit ante divisionem: habuit autem

tunc

tunc partem in parte socii, quæ nunc est post divisionem. Idcirco recte *d. lex 7.* ait, post divisionem utramque partem obligatam esse pro indiviso, & pro dimidia parte.

AD TITULUM XXI.

DE PRÆTORIO PIGNORE, ET UT IN ACTIONIBUS ETIAM DEBITORUM MISSIO PRÆTORII PIGNORIS PROCEDAT.

REGULA proposita *sup. tit. 17. ut qui prior est tempore, potior sit jure pignoris*, non in eo tantum pignore locum habet, quod ex contractu, vel ex pacto formam & originem capit, sed etiam in prætorio pignore, de quo est hic titulus, maxime si non sint ejusdem tituli, sive causæ creditores, ut *l.2. & 3. eod. tit.* & actio hypothecaria non tantum pertinet ad illud pignus, quod ex contractu, vel pacto constituitur, sed etiam ad pignus prætorium, ex *l.2. h. tit.* quibus rationibus apparet ab hoc tractatu, qui potissimum est de pignore conventionali, & hypothecaria actione, sive Serviana, non esse alienam inspectionem de prætorio pignore; licet de eo jam nonnihil actum sit *tit.72. lib.7. sup.* Nam quæ regulæ juris plerumque valent in conventionali pignore, ut *tit.* 17. ostendi, plerunque etiam valent in prætorio. Et ad utrumque pignus pertinet actio hypothecaria, id est, hac actione & hoc & illud pignus creditores persequuntur. Est autem prætorium pignus, idem quod missio in possessionem rerum omnium, vel rei unius debitoris (quod addo ex *l.2. tituli* 17.) quod, inquam, missio in possessionem rerum omnium, vel rei unius debitoris, quæ fit ex edicto, conciliat, atque constituit, prætore specialiter decernente, creditorem, cui non solvitur, vel respondetur, vel cavetur, mitti in possessionem bonorum debitoris, ut habeat pignus, quo sibi creditum servet, qui nullum habet ex convetione, ut habeat ex auctoritate prætoris. Et hoc esse prætorium pignus verbum *missionis*, quod est in hac rubrica, & *l.2. h. tit.* satis demonstrant, & *l. misso, ff. pro empt.* Denique prætorium pignus est, quod non a debitore, sed a prætore creditori ex edicto datur, & decernitur, ut ei in tuto sit creditum, misso creditore in possessionem bonorum, vel quasi possessionem: Nam & in *l.1. h. tit.* Justinianus constituit prætorium pignus consistere posse in iis rebus, quæ possideri non possunt, veluti in nominibus, sive, quod idem est, in actionibus debitoris prætore jubente, ut & actiones debitoris, quas habet debitor adversus alios, creditor pignori habeat, & persequatur, quod, ut opinor, ante Justinianum, id est, hanc legem 1. non obtinuit, id est, missus in possessionem bonorum debitoris, non occupabat etiam nomina debitoris, non occupabat calendarium debitoris, vel Iduarium: Nam ut Marcus Tullius ait in Quintiana, *ea bonorum possessio non spectabatur, nisi in iis, quæ teneri, vel possideri poterant. Sed deficientibus hujusmodi rebus, sane prætor etiam creditoribus permittebat persecutionem actionum, sive nominum debitoris*, quod optime probat *l. si nulla, ff. ut in possess. legat.* Ideoque *l. bonorum, ff. de verb. signif.* quæ secundum inscriptionem suam pertinet ad hanc causam prætorii pignoris, bonis annumerat etiam actiones, ut in *l.37. & l. ult. ff. de usufr. leg.* In ea, inquam, *l. bonorum*, quæ pertinet ad hanc quæstionem de prætorio pignore, id est, de missione in possessionem bonorum crediti servandi causa, bonis adnumerantur actiones, quia a bonis corporalibus creditor missus in possessionem, ad extremum transit ad actiones. At ex hac constitutione Just. recte missio fit statim ab initio, non tantum in corpora, quæ pertinent ad debitorem, sed & in nomina & actiones ejus. Et hoc maxime notandum est ad *l.1.*

Ad L.II. seu ult. Veteris juris *dubitationem decidentes*, *Tom.IX.*

ad duplum genus hypothecarum respeximus: unum quidem, quod ex conventionibus & pactis hominum nascitur: aliud, quod a judicibus datur, & prætorium nuncupatur. Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus, vel hypothecis, non solum tenentem creditorem adjuvari, sed etiamsi ab ea possessione cadat, sive sua culpa, sive non, sive fortuito casu: humanius esse perspeximus, & in prætorio pignore dare recuperationem creditori, quocumque modo possessionem amittat, sive culpa sua, sive non, sive fortuito casu. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam patiatur inde jacturam: tamen ne quid amarum in creditorib. consequatur: benignius causam interpretamur, et ei recuperationem donamus.

QUod item Justinianus constituit in *leg.2.* ut si creditor amiserit possessionem, in quam jure prætorio rei servandæ causa missus fuerat, quo genere, ut dixi, contrahitur pignus prætorium, ut eam possessionem persequi possit, ut interpretor exemplo actionis hypothecariæ, id est, utili, sive in factum hypothecaria. Hoc quoque videtur olim non obtinuisse, hac ratione, quia qui mittitur in possessionem, custos opponitur rebus debitoris, sui commodi, & suæ securitatis causa, *l.3. §.ult. ff. de adquir. possess. l. cum legati, ff. quib. ex caus. maj.* Et in eo custode, qui custodiam recepit, scilicet sui commodi causa, diligentia exigitur, quam si non præstiterit, ut puta, si per negligentiam suam possessionem prætorii pignoris amiserit, merito debere videtur damnum facere prætorii pignoris, quod non servavit. Sed ex hac Justin. constitutione benignius est & humanius, ut ait Justinian. ut id possit recuperare perinde atque si esset pignus conventionale, utili actione hypothecaria, ut dixi.

AD TITULUM XXII.

SI IN CAUSA JUDICATI PIGNUS CAPTUM SIT.

SEQUITUR in hoc tit. aliud genus pignoris, ad quod pertinet etiam regula tituli 17. ut constat ex *l. si jure, ff. qui pot. in pign. hab.* & actio quoque hypothecaria, ut opinor, cum possessio ejus casu quodam amittitur. Id vero pignus, de quo agitur in hoc titulo, etiam ex conventione contrahentium non descendit: Nam ejus definitio hæc est, quod in causam judicati ex bonis condemnati capit executor rei judicatæ ex auctoritate ejus, qui jus habet hoc præcipiendi, ut capiantur pignora ex bonis judicati, qui hoc jubere potest, quod in hac quæstione sæpe inculcant leges, quas inferius adducemus, ut intelligamus, non cuilibet esse hoc præcipiendi jus: neque enim est in hoc præcipiendi judici datum, qui rem judicavit, sed magistratui, qui eum judicem dedit ad rem judicandam, *l. a D. Pio, in princ. ff. de re jud.* Nam judices delegati sententiarum suarum exceptionem non habent, sed eorum sententias exequuntur magistratus, qui eos delegaverunt, dum jubent apparitores suos, sive officiales ex bonis condemnati capere pignora, quantum satis sit judicato faciundo. Et ut intelligatur, quam hoc genus pignoris distet a prætorio pignore; prætorium pignus datur (ut diximus sup. tit.) & decernitur: hoc vero pignus capitur manu injecta ab apparitore: illud datur creditori. Denique pignus prætorium occupat creditor: hoc vero pignus creditor, qui vicit, qui sententiam consecutus est, pro partibus suis non occupat, sed executor, officialis, apparitor magistratus, *l.2. h. tit. l. si plus, ff. de evict.* Item prætorium pignus ex edicto constituitur, ex ordine, jure ordinario: hoc vero extra ordinem, *l. si pignora, ff. de eviction.* Prætorium pignus in rem constituitur, id est, generaliter, ut prosit omnibus creditoribus: Nam missio unius creditoris proficit omnibus aliis creditoribus. Non ergo constituitur in ejus personam, qui solus missus est in possessionem, sed in

rem, & generaliter, adeo ut missus in possessionem, non sibi tantum possideat, sed etiam omnibus aliis, *l. cum unus, ff. de reb. auctor. jud. poss. l. ult. sup. de bon. auct. jud. poss. l.5. §. si plures, ff. ut in possess. legat.* Ideoque Græci eam vocant τὴν καθόλου νομὴν, id est, *possessionem generalem*. Hoc vero pignus, de quo hoc titulo agitur, quod nostri Doctores vocant judiciale pignus, distinguendi, & docendi gratia, constituitur in personam ejus, secundum quem judicatum est, *l. si & jure, ff. qui pot. in pign.* Nam etsi ab eo non occupetur, sed ab apparitore, ut mox ab eo distrahatur, tamen non male dicitur in personam ejus constitui, id est, respectu ejus tantum. Et eadem quoque ratione non male dicitur ei dari, licet reipsa non detur, ut (*dari*) sit constitui in personam ejus, in rem ipsius propriam, non in rem generaliter. Et ita quidem legunt *l.1, h. tit. res ob causam judicati datas*: sed rectius Haloander omisit verbum *datas*, quia hoc pignus proprie creditori non datur, prætorium datur. Et ita etiam de hoc eodem pignore *l.3. sup. de execut. rei judic. res soli pignori datæ*, rectius veteres, *pignori captæ*, ut in hac rubrica, *si in causam judicati pignus captum sit*. Præterea pignus prætorium datur etiam adversus debitorem non judicatum, non condemnatum, sed latitantem forte fraudationis causa, vel judicio absentem, & indefensum, vel qui solum vertit exilii causa. Hoc vero pignus judiciale (ut ita loquamur) capitur tantum ex bonis condemnati, sive judicati. Utraque tamen via exequi licet judicatum, vel eo, qui vicit, misso in possessionem bonorum judicati servandi gratia, ut in *l.2. & 3. tit.17.* vel extra ordinem captis & distractis pignoribus, captis censibus, ut Plautus loquitur in *Menæchmis*, *Nisi adsunt, tum citentur, census capiant illico*, id est, pignora. Incipiunt autem apparitores a censu mobili, & ab eo transeunt ad immobilem secundum ordinem præscriptum *in l. a Divo Pio, §. in venditione, ff. de re judic.* & a censu immobili ad extremum transeunt ad nomina, seu actiones ex constitutione Antonini, *d. l. a D. Pio, §. sic quoque, l.2. sup. quando fisc. vel priv. l. etiam, sup. de execut. rei jud.* Qui ordo non servatur in prætorio pignore: Nam statim occupantur universa bona, universa nomina. Et non servatur etiam hodie hic ordo moribus nostris in pignore judiciali, sed incipit executor a censu immobili, vel a Calendario, vel a censu mobili, ut libet. Notandum est, quod ait *l.1. hoc tit.* judicis præceptum, qui jubet pignora capi in causam judicati, succedere in vicem justæ obligationis ex causa contractus, id est, in locum pignoris conventionalis constituti ex causæ contractu, sicuti *l. creditor prædia, ff. de pignor.* ait, pignoris obligationem obligari ex contractu, id est, ex causa contractus principalis. Deinde notandum capta pignora distrahi non per creditorem, sed per apparitorem magistratus, & distrahi publice sub hasta, etiam (quod notandum) ad licitationem admisso creditore, qui sententiam accepit secundum intentionem suam: admisso, inquam, etiam, tanquam extraneo quolibet, *l.2. h. tit.* & deficiente emptore, quod plerunque contingit fraude judicati debitoris, tum mitti creditorem in pignorum, quæ apparitor cepit, possessionem, *l.3. sup. de execut. rei jud.* vel auctoritate principis ei addici dominium pignoris, nullo invento emptore, *ut l.3. h. tit.* Solus princeps in hac specie potest addicere dominium creditori, ut plenius demonstrabitur *inf. de jur. dom. impet.*

AD TITULUM XXIII.

SI PIGNUS PIGNORI DATUM SIT.

NON erit res longi subsellii. Notandum creditorem pignus, quod habet obligatum, pignori obligare posse creditori suo, quod Græce est uno verbo μετενεχυριάζειν. Et plerunque id agitur, ut creditor, aut qui crediturus est, pignus accipiat, quo alii dato amico suo pecuniam ferat, & mox credat ei, qui pignus dare prævertit: Nam ut fidejussor, ita pignus potest præcedere contractum principalem. Quid ni? Pignus autem pignori datum, pignoris obligatio posterior tamdiu durat, quandiu obligatio prior: nam priore perempta, perimitur etiam posterior. Nec recte dices sic fieri, ut rei alienæ pignus sit, quia non tam est rei, quam juris, quod in ea habet creditor. Sicut cum quis rem sibi debitam pignori obligat, non rem ipsam obligat, sed jus obligationis, jus quod habet in ea, *l.1. in pr. ff. de pign. l.3. §. cum ex causa, ff. qui pot. in pignor.* Et si forte creditor, qui pignori habet rem aliquam debitoris, rem ipsam, id est, proprietatem: Nam (*rei*) nomen, proprie proprietatem significat: si rem ipsam pignori obligaret, non consisteret obligatio, sicut is, cui ususfructus rei pignori datus est, posset quidem usumfructum alii pignerare, sed si rem ipsam pigneraret, nihil agit, *l.1. & 2. h. tit.* quia rei alienæ pignus non consistit, sed rei tantum nostræ, aut juris nostri cujuscunque. Secundus autem creditor, cui primus creditor pignus pignori dedit, quamdiu priori creditori non solvitur, non tantum habet actionem hypothecariam, vel retentionem ejus pignoris, *l. grege, §. cum pignori, ff. de pignor.* sed etiam habet jus distrahendi pignoris, sicut primus creditor, nec distractione perfecta integrum est creditori pecunia oblata, vel soluta, distractionem, sive emptionem dissolvere, ut in *l.2. sup. si antiqui. cred. pign. vend.* & in *l.1. h. tit.* In qua sub finem est scribendum, *post soluta pecunia*, non, *post solutam pecuniam*: & illo loco (*ante exsolutam a domino*) illa verba (*a domino*) abundant omnino: Nam si voluit dicere (*a quo soluta pecunia*) debuit dicere, *a vobis*, ut superiora verba requirunt.

AD TITULUM XXIV.

DE PARTU PIGNORIS, ET OMNI CAUSA.

AIT, *omni causa*, id est, de omni alia causa præter partum: Nam & partus est causa ancillæ, *l.8. de usur.* sicut fœtus pecoris, & fructus causa est fundi. Igitur de omni alia causa pignoris, veluti de operis, aut mercedibus operarum, quia de servis tantum pigneratis in hoc titulo agitur: ceterarum rerum causæ sunt fructus, pensiones, & fœtus primi, aut secundi, quoniam hæc vi ipsa insunt rebus ipsis, id est, sunt causæ rerum. Et de operis servi pignerati in *l.2.* hoc proditum est, creditorem, si operas servi pignerati percepit, aut percipere potuerit, quia sunt in fructu servi, *l.3. de oper. serv.* eas imputare creditorem primum in usuras, id est, in quantitatem graviorem, deinde in sortem. Denique operas servi pignerati, quas creditor percepit, aut percipere debuit, minuere debitam quantitatem, vel etiam absumere, si eam exæquant, *l.1.2.3. & ult. sup. de pignor. act. l.9. sup. de pignor. l.1. inf. de distract. pignor.* Partum autem pignoris creditor non imputat in usuras, vel in sortem, quia partus non est in fructu. Indignum est excellentia hominis, ut sit homo homini in fructu, & tamen in plerisque causis partus eodem jure sunt, quo fructus, ut in hac causa pignorum. In hoc tractatu, sicut fructus fundi pignerati, tacite pignori esse creduntur, qui scilicet a debitore percipiuntur, vel herede ejus, *l.3. sup. in quib. caus. pignus tac.* ita partus ancillæ pigneratæ, qui eduntur, vel nascuntur apud debitorem, vel heredem ejus, tacite pignori esse creduntur, *l.1. h. tit. l. fidejussor impetravit, in fine, l. Paulus, §.1. ff. de pignor.* Nec obstat, quod ita scripsit Paulus 2. *Sent.* fœtus, vel partus ejus rei, quæ pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenit: quæ sententia omnino pugnat cum his, quæ proposui ante, ut tacite fœtus, & partus sint pignori, cum dicat, non esse pignori, nisi ex conventione expressa. Sed vitandæ absurditatis gratia, in quam verisimile est non incidisse Paulum, ea senten-

tentia suo, & proprio casui coaptanda est, ita scilicet, ut intelligatur de fœtu, vel partu edito ante pignoris obligationem, vel etiam de partu edito post pignoris obligationem, apud alium, quam debitorem vel heredem ejus, vel creditorem, veluti apud emptorem ancillæ pigneratæ, cui debitor eam vendidit sine consensu creditoris: Nam hoc casu fœtus, vel partus non potest esse pignori obligatus, non potest cadere in pignoris obligationem, quia nunquam fuit in bonis debitoris, cum sit editus apud emptorem. Et hæc est distinctio *d. l. Paul.* §.1. distinctio ejusdem auctoris. Cui rursus objicitur *l. si convenerit*, §. *si fundus*, *ff. de pigner. act. l.1. in princ. ff. de Salv. interd.* quæ leges partum ancillæ pigneratæ editum apud emptorem ancillæ, statuunt venire in pignoris obligationem, quod omnino pugnat cum illa distinctione *l. Paulus*, §.1. & re diligentius inspecta, ita videtur hæc omnis res expediendа, & discernenda esse, ut dicamus partum ancillæ pigneratæ editum apud emptorem non venire in pignoris obligationem proprio jure taciti pignoris, quia nunquam fuit in bonis debitoris, licet apud eum conceptus sit: ob idipsum, quia non est (ut Stoici sentiunt, a quibus nostri auctores imbuti sunt) antequam in lucen editus sit. Et ideo in hac quæstione auctores nostri non conceptionis, sed editionis locum spectant. Sed tamen in actionem hypothecarium, qua creditor persequitur rem pignori obligatam, recte dicam venire fœtus ejus, & fructus, & partus editos apud emptorem, aut jure expressi pignoris; id est, si convenerit nominatim, ut pignori essent, & extent fœtus, fructus, vel partus, ut ex contrario indicat *l.1.* §. *cum prædium*, *ff. de pignor.* aut venire arbitrio judicis, tanquam tacite obligatos, si etiam extent, & res principalis creditori adimplendo non sufficiat, quod est valde notandum *ex l. si fundus*, §. *in vindicatione*, *in fine*, *ff. de pignor.* Et hujus juris color hic est (nam nullum jus est, quod careat ratione vera, aut colore) color, inquam, hic est, quia licet fœtus, fructus, partus nati apud emptorem nunquam fuerint debitoris, tamen res, ex qua nati, vel orti sunt, debitoris fuit tempore contractæ obligationis. Consumptos autem ab emptore partus, fœtus, fructus dicam neque venire arbitrio judicis in actione hypothecaria, id est, Serviana, neque jure expressi pignoris, *d. l.1.* §. *cum præd.* hac ratione, quia consumptio bonæ fidei emptoris absolvit, perficit, & consummat adquisitionem fructuum, vel quasi fructuum, qui nunquam venditoris fuerunt, ut nec jure hypothecæ, nec arbitrio judicis ab eo avocari possit post consumptionem, *l. quæsitum*, *ff. de adq. rer. dom. l.4.* §. *lana*, *ff. de usurp. & usuc.* §. *si quis a non domino*; *de rer. divis.* Et secundum hæc est accipienda *l.1. de Salv. interd.* itemque *d. l. si convenerit*, §. *si fundus*: ut post venditionem ancillæ pigneratæ, apud emptorem editus partus veniat in pignoris obligationem, si exstet, & ancilla creditori non sufficiat: & ut veniat non directo jure pignoris, sed arbitrio judicis, ut *d.* §. *in vindicatione*. Et ita arbitrio judicis veniat in actionem Servianam, & in interdictum Salvianum, quia utraque actio est arbitraria, §. *præterea*, *Institut. de action.* Et ita hæc quæstio dirimenda est omissa Accursii, & Doctorum nostrorum distinctione, utrum ancilla conceperit apud debitorem, vel creditorem, an apud emptorem, utrum fructus severit emptor, an debitor, quia juris auctores, qui verius sunt Doctores, & præceptores nostri, eam omiserunt, nec ullo loco spectarunt apud quem conciperet ancilla pignerata, sed apud quem eniteretur, & pareret.

A

AD TITULUM XXV.

DE REMISSIONE PIGNORIS.

EX hoc titulo licet intelligere pignoris obligationem nudo pacto, vel expresso, vel tacito remitti, atque dissolvi: sed non ipso jure, ne hoc dicamus: verum opposita exceptione pacti creditori agenti Serviana, ut aperte docet *l.2. hoc tit.* Et quod ait *l. major*, *sup. de pign.* creditorem majorem 25. annis, recte (ut *l.13. ejusd. tit* nam minori subvenire posset) Majorem, inquam, remissam pignoris conventionem persequi non posse, id non est ita accipiendum, ut ipso B jure non possit persequi, sed ut persequenti obstet exceptio doli mali, vel pacti, ex *l.2. hoc tit.* Et placet ratio *d. l. major*, *cum hoc solum pactum*, *vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur*: ubi *jurisdictio* pro edicto accipitur, ut *l.2. ejusd. t.* & disjunctio (*vel*) pro conjunctione, quia pactum, quod fit de pignore, non vi sua, sed ex edicto prætoris actionem parit, *l. si tibi*, §. *de pignore*, *D. de pact.* ex jurisdictione prætoris vires accipit. Nihil autem est tam naturale, quam quo genere quid colligatum est, id eodem dissolvere, *l. prout*, *D. de solut.* Pignus nudo pacto contrahitur, ergo & nudo pacto perimitur: sive pacto remittatur, & solvatur vinculum pignoris, sive remittatur sors principalis: nam sorte principali remissa, modo remissio facta sit ab eo, qui jure id facere potest, remissum etiam videtur pignus, *l.5. hoc tit.* Omne C pactum posteriore pacto dissolvitur, non ipso jure, sed per exceptionem, & eliditur verius, quam dissolvitur, quasi collisione facta duorum corporum, duorumve jurium, *l. si unus*, §. *pactus*, *D. de pact.* Videtur autem creditor remisisse pignus tacito pacto, si creditore sciente & tacente servus pigneratus manumissus sit, & in libertate moratus, *l.1. h. t.* cui est conjungenda *l.1. sup. de servo pign. dato man.* Item si res pignerata vendita sit a fisco sub hasta. Finge ex causa tributorum, sciente & tacente priori, & potiori creditore, sufficit silentium creditoris, ut non convellatur fides hastæ fiscalis, quod est singulare in hasta fiscali, *l.8. h. t.* sicut illud in libertate, ex *l.1.* Nam si ab alio, quam fisco res pignerata vendita sit, non sufficit scientia, & silentium creditoris, ut remisisse pignus videatur: Quid enim si securus sui pignoris, sui- D que juris bene conscius vendi cernat pignus suum, nec tamen propterea remittat? Igitur necesse est, ut nominatim consentiat (hic casus est excipiendus) programmate, id est libello publice proposito ab eo, qui pignoris auctionem facturus erat, admoniti fuerint creditores, ut adessent, & adfuerint, nec contradixerint: quia hoc casu plane consensisse videntur, & pignus remisisse, *l.6. h. tit.* Item remisisse intelligitur pignus, qui id reddit debitori, *l.9.* Idemque est, si debitori reddiderit cautionem pigneratitiam, vel testamento reddi jusserit, ut *l.7. hujus tit cap.4. ext. ut lite pend. nihil. innov.* Nam etiam qui cautionem creditæ pecuniæ, qui chirographum reddidit debitori, vel qui id scindit, atque corrumpit, creditum remisisse videtur, *l.2. D. de pact.* Et inde Optatus Aufer adversus Donatistas: *extorta debitoribus chirogra-* E *pha reddebantur*. Nam redditio chirographi, est liberatio debitoris, quod etiam iisdem verbis est scriptum in epist. quadam August. ad Bonifacium. Et his congruenter D. Ambrosius 1. offic. *Est benevolentiæ liberalitas, ut quod habes debitoris chirographum, scindens restituas, nihil a debitore consecutus debiti*. Et in lib. de Nabute cap.13. *Cautionem quoque*, inquit, *si quam habui debitoris*, *scissam sine debiti recuperatione reddidi*. Et similiter, qui servo suo reddidit instrumentum servitutis, quo probatur eum servum ejus esse, videtur eum manumisisse, *l. unic.* §. *pen. sup. de lat. libert. toll.* semel autem remissa hypotheca, semel remissum pignus, etiamsi fuerit generalis hypotheca præsentium, futurarumque rerum, pignore retento a debitore, vel recuperato ab emptore, cum venditioni

ni ſemel conſenſit creditor, nunquam reſtituitur, niſi novo pacto. Et hæc eſt ſententia *l. 4. & l. ult. h. t.*

AD TITULUM XXVI.

ETIAM OB CHIROGRAPHARIAM PECUNIAM, &c.

NON tantum remiſſione pignus perimitur, ut docuit ſuperior tit. ſed etiam, ut docet hic, novata debiti obligatione: ut ſi creditor, quod ſibi Titius debet, ſub pignore certo, animo novandæ obligationis dari ſtipuletur a Cajo; non repetito eodem pignore: Repeti potuit, vel conſe tiente Titio, qui eſt pignoris dominus, vel Cajo, ut ponit conſtitutio hujus tituli, in quem translata eſt obligatio, dominium pignoris adepto: aut ſi repetitum non ſit, novatione pignus peremptum eſt, quia prior debitor liberatus eſt, qui dederat pignus. Et hoc quoque genere fidejuſſores prioris debitoris liberantur, & uſuræ conſiſtunt, id eſt, currere deſinunt, *l. novatione, ff. de novat.* Repetito autem eodem pignore, etiamſi creditor agat adverſus Cajum, in quem transfuſa eſt obligatio, actione perſonali ex ſtipulatu, eumque condemnet, ſententiam conſecutus adverſus eum, pignus quod repetitum eſt, non perimitur, quia non condemnatione debitoris, ſed ſolutione a debitore facta pignus perimi, edictum prætoris de Serviana actione manifeſto declarat, vel ſuperioribus modis, id eſt, remiſſione, aut novatione, & novatione quidem voluntaria, quæ fiat ex conſenſu creditoris, & debitoris, & expromiſſoris, in quem transfunditur obligatio nova: Nam novatio neceſſaria non perimit pignus, quæ contingit judicio damnato debitore, & dicitur neceſſaria, quia judicium redditur in invitum, *l. inter ſtipulantem, §. 1. D. de verb. obligat.* Unde etiam noſter Theophilus deducit, *actionis* nomen, *quid agat, & compellat invitum.* Et novatio fit judicio damnato debitore, quia pro priſtina actione creditori datur nova actio, id eſt, actio judicati, *l. grege, §. etiam, l. ſi fundus, §. ſi pluris, D. de pignor. l. 3. §. & ideo, ſup. de uſur. rei judic.* Voluntaria ergo novatione pignus, quod prior debitor dederat, nec repetitum eſt, perimitur, quia & ejus debitoris, qui id dederat, principalis obligatio perimitur mutato debitore per novationem. At novatione facta neceſſaria, idem debitor manet obligatus. Ergo & pignus, quod dedit debitor, non mutatur, ſed actio tantum mutatur. Et hæc differentia inter novationem voluntariam, & neceſſariam proponitur initio hujus conſtitutionis, & pars ejus, quæ eſt de novatione neceſſaria, repetitur in *l. 8. ſup. de pignor.* Sunt autem, & in multis aliis rebus multæ aliæ differentiæ inter hanc, & illam novationem. Novatio voluntaria perimit privilegium priſtinæ actionis, veluti tutelæ, aut dotis, ſi hoc agatur: neceſſaria non item, *l. aliam, D. de novat. l. quæſitum, D. de reb. auctor. jud. poſſid.* Facta novatione voluntaria uſuræ non currunt, quæ cucurrerant ante, *l. novatione, D. de novat.* Facta novatione neceſſaria, id eſt, lite conteſtata, factoque judicio, uſuræ currunt, *l. lite, D. de uſur.* quæ ſecundum inſcriptionem eſt conjungenda cum *d. l. novatione*, conjunctio patefaciet differentiam. Item facta novatione voluntaria pœna promiſſa, ſi ad diem pecunia non ſolveretur, non committitur, *l. ſi creditor, ff. de novat.* Facta neceſſaria, committitur, *l. cum ſtipulati ſumus, ff. de verb. obligat.* Item novatio voluntaria tollit civilem & naturalem obligationem: neceſſaria, quæ ex judicato manat, non tollit naturalem, *l. Julianus, ff. de condict. indeb.* Ac poſtremo novatio voluntaria aufert creditoribus hereditariis commodum ſeparationis bonorum, non quæ fit ex neceſſitate, non neceſſaria novatio, *l. 1. §. illud ſciendum, & l. ult. ff. de ſeparat.* Hæc autem conſtitutio, propoſita illa differentia inter novationem voluntariam, & neceſſariam, deinde id proponit, quod

A ſolum habet rubrica, quaſi præcipuum caput hujus conſtitutionis, vel præcipuum finem: hoc nimirum, illum, qui pignus accepit ex cauſa certæ pecuniæ creditæ, etiam id pignus retinere poſſe oppoſita exceptione doli mali ex cauſa alterius pecuniæ creditæ ſine pignore, nudo chirographo, quæ chirographaria pecunia dicitur licet ejus pecuniæ nomine pignus acceptum non ſit. Denique pecuniam, aut eſſe hypothecariam, ſive pigneratitiam, puta ſi debeatur ſub pignore certo, aut eſſe chirographariam: Et ob pecuniam hypothecariam creditori, & retentionem competere, & perſecutionem pignoris, id eſt, actionem hypothecariam: Ob chirographariam autem pecuniam, competere retentionem tantum pignoris contracti propter aliam pecuniam, non perſecutionem: & ſoluta ab eo, qui debet partim chirographariam, partim hypo-
B thecariam pecuniam, omni pecunia hypothecaria, debitorem agentem actione pigneratitia de recuperando pignore, quod ſolverit pecuniam, in quam pignus obſtrictum erat, poſſe repelli per exceptionem doli mali, niſi etiam ſolvat chirographariam pecuniam, quam debet, debitorem repelli conſtitutio ait: Nam ſecundus creditor, ut ſubjicit eadem conſtitutio, non repellitur, ſi primo creditori offerat pecuniam hypothecariam tantum, non etiam chirographariam: Satis enim eſt, ſi priori creditori offerat pecuniam, quæ ſub pignore debetur, ut ſibi pignus confirmet, & in locum ſubeat primi creditoris, & adverſus eum agat cum effectu actione hypothecaria, Et hæc eſt ſententia hujus conſtitutionis valde ſingularis. Singulari conſtitutioni dedit ſingularem titulum; nam & ſimilis alia vel conſtitutio, vel juris auctoritas,
C quæ idem ſtatuat, nulla eſt. Et ratio conſtitutionis (quæ non eſt omittenda) hæc videtur eſſe, ut ſcilicet non tantum ob pigneratitiam pecuniam, ſed etiam ob chirographariam pignus poſſit retineri a creditore jure exceptionis oppoſitæ actioni pigneratitiæ, quam intendit debitor ſoluta pecunia hypothecaria, quæ eſt brevis interpretatio Rubricæ: Ratio, inquam, hujus juris hæc videtur eſſe, quod improbe facere videatur debitor: quamobrem & repellitur exceptione doli mali, qui id tantum æs alienum diſſolvit, quod ſub pignore debet, quia id non tam ſua ſponte facere videtur, quam coactus vinculo & nexu pignoris, quo forſitan indiget, plane demonſtrans, ſe id nunquam, aut vix exſoluturum, quod debet ſine pignore: quæ improba mens & cogitatio debitoris merito coercetur, etiam retento pignore ob æs alienum chi-
D rographarium, tametſi propter id obligatum non ſit. Et longe alia eſt ratio ſecundi creditoris, qui ultro primo creditori offert, quod ei ipſe non debuit. Et quæ eſt ſecundi creditoris, eadem etiam ratio eſt extranei cujuslibet, qui ultro offert creditori pro alio, quod ipſe non debet, *l. Paulus, §. ult. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſol. l. mulier, D. qui pot. in pign.* Eademque ratio primi creditoris, qui ultro offert ſecundo, quod ei debetur. Nam & primum ſecundo offerre poſſe (quod Accurſius notavit *in l. 1. ſup. qui pot. in pign. hab.*) veriſſimum eſſe probat Paulus 2. *Sentent. tit.* 13. his verbis, *Prior creditor ſecundum creditorem, ſi voluerit dimittere non prohibetur, quanquam ipſe in pignore ſit potior.* Eadem quoque ratio eſt, ſi ultro dominus rei, quam alius pignori habet, conſentiat ex benevolentiæ liberalitate quadam, ut eam rem ſuam
E pignori opponat: quia & hoc caſu a creditore pignus retinebitur ob pecuniam tantum, propter quam obligatum eſt: non etiam ob pecuniam chirograph. ſine nova voluntate domini, argumento *l. item quæritur, §. qui impleto, D. loc.* Et hæc fuit ſententia Placentini, quam confirmat, quod in ſpecie hujus conſtitutionis, ſi bene inſpicias, proponitur, pignus fuiſſe repetitum translato debito ſimul, atque dominio pignoris in alium, non etiam conſentiente domino, a quo debitum in alium ttanslatum eſt, facta novatione voluntaria. At conſtitutioni hujus tituli valde obſtat *l. ſolutum, §. ſi in ſortem, ff. de pigner. act.* quæ docet pignus obligatum in uſuras tantum, ſive ex pacto, ſive ex ſtipulatione debitas, uſuris ſolutis, non poſſe retineri ob ſortem chirographariam.

riam. Et idem esse lex ostendit ex diverso, ut pignus obligatum in sortem tantum non possit retineri ob usuras chirographarias. Et hoc quidem verum esse etiam probat *lex 4. sup. de usur.* Et facile admittitur ab interpretibus odio (ut ajunt) usurarum: at illud videtur esse falsum primum, ut pignus acceptum in usuras tantum, non possit retineri ob sortem chirographariam tantum, quod tamen proponit *d. §. si in sortem*: & pugnat id omnino cum hac constitutione. At fortiter defendi posset in *§. si in sortem*, sic esse legendum, *si in sortem duntaxat, non in usuras*, ut docuit *Observatio* 5. & 15. Sed esto, nihil mutemus, ut refractarii volunt, & volunt nulla alia adducta ratione certa, & perspicua, qua socient concordiam hujus constitutionis, *& d. §. si in sortem*, nihil, inquam, mutemus: Nam & Basilica nihil mutant, & non est, cur ob usuras chirographarias denegemus pignoris retentionem potius, quam ob sortem chirographariam: Nam odium usurarum, quod interpretes isti rei affingunt, jure civili nullum est. Nihil denique jure civili scriptum odio usurarum: nec enim jure civili sunt odiosæ usuræ: Nam & quod dicunt, ut pecuniæ creditæ usuræ non possint peti ex pacto facto incontinenti in credenda pecunia, quod est verissimum, *l. 3. sup. de usuris, L. Titius, ff. de præsc. verb. l. idemque, §. si Titio, ff. mand.* Quod, inquam, dicunt, hoc fieri odio usurarum, falsum est. Et verissima causa hujus rei in eo posita est, quod pacta incontinenti adjecta contractib. stricti juris, quale est negotium creditæ pecuniæ, non pariant actionem, sive petitionem, sed exceptionem tantum: nam ut etiam actionem pariant, est receptum tantum in contractibus bonæ fidei, *l. in bonæ fidei, sup. de pact. l. juris gentium, §. quin imo, ff. eod.* Nec pugnat *l. lecta, ff. de reb. cred.* quæ pactum inesse dicit stipulationi strictæ, non ut actionem pariat, id est, ex parte actoris, sed ex parte rei, ut pariat exceptionem tantum. Et probabilius rem omnem sic explicabimus, & hanc constitutionem cum illo §. sic in concordiam adducemus probabiliter. Hæc constitutio loquitur tantum de duplici sorte, de duab. sortibus, nempe hypothecaria, & chirographaria, ut soluta hypothecaria sorte, ob chirographariam pignus retineri possit: non loquitur de sorte, & usuris, sicut ille §. ut vel ob sortem chirographariam solutis usuris retineatur pignus acceptum in usuras duntaxat: vel contra, ut ob usuras chirographarias soluta sorte, retineatur pignus acceptum in sortem tantum. Et non est recedendum a finibus, quos hæc constitutio circumscripsit, quia cum sit singularis, restrictius accipienda est. Proinde dices non improbabiliter, constitutioni locum esse, si agatur de duabus sortibus hypothecaria, & chirographaria: non si de sorte chirographaria, & usuris hypothecariis & contra: Nam & Placentini, ut ante dixi, sententia placet, ad suos fines, suamque speciem coarctantis constitutionem hanc de pignore repetito post adquisitum dominium pignoris ei, in quem translata est obligatio facta novatione: non etiam, quoniam hunc casum constitutio non ponit, de pignore repetito consensu domini, & prioris debitoris: Et ideo hoc casu soluta pecunia hypothecaria, ob chirographariam pecuniam pignus retineri non potest sine novo consensu domini, & prioris debitoris, a quo obligatio transit in alium.

AD TITULUM XXVII.

DE DISTRACTIONE PIGNORUM.

PIGNUS non tantum remissione, aut novatione voluntaria perimitur, quod superiores tituli demonstrarunt, sed etiam distractione jure facta a creditore, cui pignus jure obligatum sit, ut *l. 11. & 17.* vel ab herede ejus, *l. pen. hoc tit.* Distractio enim pignorum non solvente debitore, est pignorum extrema linea, aut novissima meta, adeo ut a creditore jure distractis pignoribus nullus supersit, qui

A habeat jus offerendæ pecuniæ, quia res non est integra: vel qui directa in rem actione, vel quasi Serviana emptori eas res evincere possit, *l. 1. & 2. sup. si antiq. cred. l. 8. & 18. hoc tit.* a creditore, inquam, nam a debitore facta venditio non perimit causam pignoris, sed res transit cum sua causa, cum sua qualitate, & conditione, nisi fiat creditore consentiente, & remittente pignus, *l. 12. h. tit. l. 2. l. 4. l. pen. sup. de remiss. pign. l. creditor, ff. de div. reg. jur.* Et a creditore tamen facta venditio pignoris perimit causam pignoris, quia pro solutione cedit: nam ex pretio satisfit creditori in totum, vel ex parte: & si ex parte tantum ei satisfiat, ut puta quod pignus non sit idoneum in omnem debiti quantitatem, quod minoris sit, quam debeatur, hoc casu pignus quidem perimitur, sed in id, quod deest sorti principali, cre- B ditori superest actio personalis adversus debitorem, vel fidejussorem, aut mandatorem, *l. 3. hoc tit. l. quæsitum, §. ult. D. eod. l. creditor 2. D. de reb. cred. l. 10. sup. de obligat. & action.* Vel etiam eodem casu, cum pignoris pretium non sufficit, creditori competit actio hypothecaria ex generali clausula, quæ in pignoribus dandis adjici solet specialiter quibusdam rebus pignori datis, *ut cetera quoque bona debitoris, quæ habet, quæque habiturus est, pignori teneantur, l. & quæ nondum, §. 1. D. de pignor. l. 9. hoc tit. l. ult. sup. de remiss. pignor.* Videlicet quoniam hoc casu, quo specialem certarum rerum hypothecam sequitur generalis, prius est excutienda specialis, quam generalis, *l. 2. sup. de pignor.* Si ex pretio rerum specialiter pignori datarum creditor solidum, quod sibi debetur redigere non potuerit, tum cetera bona debitoris C ex generali hypotheca persequi potest, quæ est sententia *l. 9. hoc tit.* Sicut e contrario si creditor plus redegerit, quam ei debeatur, ut plerunque pignora solent superare quantitatem debiti, hoc casu de superfluo creditor debitori tenetur actione pigneratitia, ut superfluum reddat debitori, *l. ult. hoc tit. l. eleganter, §. si vendiderit, D. de pigner. act. l. in fraudem, §. si plus, D. de jure fisci, l. ult. si vend. pign. agat.* Sed *l. ult. hoc tit.* addit hanc exceptionem, nisi aliud specialiter convenerit, puta ut quod ex venditione pignoris conficeret creditor, totum id sibi haberet. Quam in rem hæc lex ult. est admodum singularis. Neque vero hæc conventio iniqua videri debet, cum & lex commissoria (id est, pactum commissorium) quod scilicet non soluta ad diem pecunia, creditori addicit pignus, quantumvis licet pretiosissimum: Hæc, in- D quam, lex ante Constantinum *in l. ult. de pact. pignor.* in pignoribus fuit admissa, sicut etiam hodie admittitur in venditionibus. Illa autem conventio, *ut quod creditor redegerit ex venditione pignoris, totum sibi habeat*, quæ longe diversa est a lege commissoria, non fuit improbata a Constantino. Ergo eandem exceptionem addi voluit superiori dicto, puta ut si minus, quam debeatur ex pretio pignoris redactum sit, creditori residui petitio supersit: quod autem dixi, ita scilicet, nisi specialiter convenerit, ut creditor contentus esset qualicunque pretio pignoris: Nam & Accursius testis est in *l. creditor, D. de reb. credit. & l. si pro mutua, sup. si cert. pet.* eam conventionem Venetos approbare, imo semper inesse existimavit pignori, quod tanti non est, quanta pecunia data est. Ex his autem intelligimus, hunc esse effectum E distractionis pignorum a creditore factæ, ut pignus perimat, quia pretium eorum redit ad creditorem, neque referre, id pretium æquet sortem, necne: Nam si partem tantum sortis expleat, pignus omnino perimitur. Et in hoc distat solutio sortis a distractione pignoris: nam soluta parte sortis, etiamsi maxima parte, ut non nisi supersit unus nummulus, pignus nulla ex parte liberatur, *l. 6. & 16. hoc tit. l. si rem alienam, §. omnis, D. de pigner. act. l. rem, D. de evict. l. aliquando, D. ad Senatusc. Vellej.* Et ratio hæc est, quia non omnis sors pervenit ad creditorem, & edicto prætorio manifesto comprehensum est, quod proposuit de pignore, ne pignus liberetur, nisi omni pecunia soluta: ne ergo liberetur parte soluta quantacunque. At redacta parte sortis ex venditione pignoris,

ris; pignus in totum perimitur, quia omne pretium pignoris pervenit ad creditorem: sed quia non omnis etiam sors ad eum pervenit, creditori, ut dixi, residuæ sortis petitio est, *l.3. h. tit.* Hoc etiam ex supradictis intelligere licet, pignoris a creditore recte distracti dominium transire in emptorem. Sed hoc ut liqueat magis, hæc adhibenda distinctio est: aut creditor pignus possidet, aut debitor: Si creditor pignus possidet, rem pigneratam jure distrahendo, & tradendo emptori (traditio enim exigitur) dominium ejus rei, eamque rem liberam in emptorem transfert, *l.13. & 15. h. tit.* Neque est novum, ut non dominus (veluti creditor, qui non est dominus pignoris) alii dominii causam præstet, vel præbeat: Nam curator datus bonis distrahendis, cum creditores missi sunt in possessionem bonorum omnium debitoris, tametsi non sit dominus, dominii causam præstat. Et ad hanc speciem videtur referendum, quod est in initio *l. non est novum, D. de adquir. rer. dom.* cum ea collata *l.2. D. de curator. bon. dan.* quæ eandem inscriptionem habet. Et distrahendo quidem, atque tradendo creditor, dominium transfert in emptorem, sive voluntate debitoris id faciat, id est, ex pactione, sive citra pactionem & voluntatem debitoris, debitore ter denuntiato, ut pignus reluat, & repigneret si velit, videlicet cum pignus simpliciter contractum est, vel ea lege, ne distraheretur: Nam ea lex, sive pactio, *ne pignus distrahatur*, est contra naturam pignoris: nam pignus non est pignus, aut inutile est, & futile, nisi quandoque distrahi possit. Ea igitur lex, cum omnino sit contra naturam pignoris, non omnino tuenda est, ut in *l. cum precario, D. de prec. §. de illa, Institut. de societ.* Neque tamen ea lex statim prorsus rejicitur, cum sine trina denutiatione, quæ fiat per intervalla justi temporis solemniter, & testato, non possit creditor ab illa lege migrare, *l.4. D. de pignerat. act.* Sic ergo statuamus: ex pactione, vel ex trina denuntiatione creditor pignus recte distrahit, etiam invito, & obnuntiante debitore, ut in *tit. seq.* nec propter obnuntiationem debitoris, qui vetat distrahi pignus, videtur res litigiosa distrahi, *l.1. inf. de litigios.* Sicut nec si contendat debitor, creditorem sibi concessisse precariam possessionem pignoris, quia neutro casu debitor pignoris controversiam facit: Non si obnuntiet creditori, si interdicat ne vendat, non enim propter hoc negat, rem esse pignori obligatam. Non, etiamsi a creditore debitor pignus precario acceperit, & se accepisse dicat, ut quotidie data pignora debitorib. rogantibus precario, conceduntur: nam ea precarii concessio non est remissio pignoris, argumento *l.4. sup. de his, qui a non domin.* Igitur debitor, qui dicit se precario pignus possidere, non facit controversiam pignoris, non facit rem litigiosam, quia non ideo dicit remissum esse pignus. Si debitor negaret rem esse pignori nexam: vel si diceret jam esse solutam nexu pignoris, faceret controversiam pignoris: & ideo, si creditor eam distraheret, incideret in pœnam venditæ rei litigiosæ, & re judicata secundum intentionem debitoris, ea res auferretur emptori, *l. ult. inf. de litigios.* Et secundum hæc omnia est accipienda *lex 2. h. tit.* cujus explicatio non erat in facili. Et hæc de creditore, qui pignus possidet. Quod si debitor pignus possideat, quod creditor tentat jure suo distrahere, ut potest, debet creditor prius debitori possessionem pignoris avocare per judicem, per actionem hypothecariam, & deinde distrahere, & dominium transferre in emptorem, ut *l.14. h. tit.* & si non avocet possessionem debitori, etiam pignus distrahere potest, verum dominium ejus non transfert in emptorem, quia nudo consensu ex causa emptionis, vel permutationis, vel donationis, vel dotis, sine traditione dominium non transfertur, *l. traditionibus, sup. de pact.* Adquiri potest dominium ipso jure, sine possessione, fateor, veluti ex causa legati, vel ex causa *legis cum duobus, §. idem respondit, D. pro soc.* Sed non ex causa emptionis, quæ perficitur quidem nudo consensu: sed nudo consensu, sine traditione, sine possessione, quam tradat emptori, venditor, dominium non transfert. Quid ergo, si debitore possidente pignus, creditor vendat pignus, non tradat, quod etiam non habet? Satis erit si emptori cedat jus suum, id est, persecutionem pignoris, *l. pen. D. de distract. pignor. l. emptori, D. de hered. vel act. vendit.* Ad hæc notandum est, ut valeat venditio pignoris a creditore facta, multa desiderari, quæ perstringam paucis: videlicet, ut fiat a creditore, cui pignus jure obligatum, nec dum finitum, vel extinctum sit, & cui sit jus distrahendi, puta, ut fiat a potiori creditore, & ex pacto, ut in *l. pen. D. de pignor. act.* ubi Florentiæ ita est scriptum: *In venditione, quæ fit ex facto*. Interjecta distinctione, quæ est tollenda, & manifesto legendum, *quæ fit ex pacto*, ut in *§. creditor, Institut. quibus alien. lic. quæ fit ex pactione, & l.7. hoc tit. quæ fit non refragante lege contractus*. Verum adde, ex pacto, vel citra pactum præcedente trina admonitione, sive denuntiatione, ut debitor pignus luat, ne distrahatur, *d. l.4. D. de pignerat. act.* Dixi paulo ante, *nec dum finitum sit pignus*: Nam finito pignore solutione sortis totius, vel obsignatione, & depositione, ut *l.8. h. tit.* vel ex fructibus pignoris perceptis a creditore, qui imputantur in sortem, redacta omni sorte, *l.1. h. tit.* vel remisso pignore, aut novato debiti obligatione, vel alio quocunque modo finito pignore, manifestum est nullum superesse jus distrahendi pignoris. Est etiam hic casus singularis *l.5. h. tit.* quo oblatio nuda impedit distractionem pignoris, si reliquator, *qui doit seulement quelque reste*, offerat creditori cognitionem, petens arbitrum rationibus excutiendis (*Venons à compte*) & offerens reliqua, quæ restiterint excussis rationibus apud judicem. Hæc honesta petitio debitoris, qui petit arbitrum discutiendis rationibus, dicens, *se paratum esse solvere; quod reliquum fuerit*, facit ut non possit creditor jure pignus distrahere, *l.5. h. tit.* Item necesse est, ut venditio pignorum fiat publice auctore judice, ut fiat solemniter, & sub hasta præconis, qua ex re proprie distractio dicitur, quia sub hasta, si plures res oppigneratæ sint, vel si sit generalis hypotheca omnium bonorum plerunque, ut Marcus Tullius ait in Quintiana, *reliquiæ vitæ debitoris lacerantur, & distrahuntur in varias personas*. Item necesse est, ut antequam fiat auctio publica, vel subhastatio, eam in celeberrimis locis civitatis proscribi, atque proponi, ut cuique liberum sit ad eam accedere, & licitari, quantum libuerit, *l.4. h. tit.* Item, sive ex pacto creditori non liceat distrahere, ante omnia ter denuntiari debitori debet, ut pignus luat, ne distrahatur: sive liceat ex pacto distrahere, etiam semel denuntiari debet debitori maxime absenti ab eo loco, quo fit proscriptio: Nam quod proscribitur, præsenti debitori denuntiari necesse non est: Nec enim juste potest causari præsens debitor, se ignorasse, quod omnis populus scivit, aut scire debuit, cum esset publice affixum programmate, *res illas, vel illas esse venales, & venum ituras illa, vel illa die*. Ceterum absenti debitori denuntiari debet, &, ut ait d. lex 4. quando licet, id est, quando est copia testium, testato creditor debitori dicere debet, ubi, *dicere* accipitur pro *condicere*, id est, denuntiare: ut veteres *municare* pro *communicare*, & *mentari* pro *commentari*. Item, ut ait d. lex 4. 7. 9. & 10. & plenius explicabitur *in tit. 29.* creditor, qui pignora distrahit; nihil debet agere per fraudem, per collusionem, per ambitionem, & gratiam, sed bona fide sibi rem gerere. Hæc sunt verba *leg.4.* bona fide sibi rem gerere, hoc est, suum negotium gerere, ut loquitur *lex pen. D. de pigner. act.* quæ explicanda est paucis. Jam ostendi in illa esse legendum (*ex pacto*) pro (*ex facto*) Sed sententia ejus legis hæc est: si pluris distractum sit pignus, quam debeatur, creditorem de superfluo teneri debitori, ut superfluum restituat actione pigneratitia, nec liberari creditorem, si velit debitori emptorem delegare, qui nondum solvit pretium illud ingens, quo pignus veniit supra modum debiti principalis, nisi deleget emptorem debitori suo periculo, id est, suscepto in se litis

peri-

periculo, ut *l. eleganter*, *§. si vendiderit*, *eod.* Et cur non liberetur creditor delegando debitori emptorem, hæc est ratio, quam illa lex ponit, quia in venditione, quæ fit ex pacto, creditor suum negotium gerit, ut scilicet recipiat, & servet, quod sibi debetur: Nam si alienum negotium gereret, delegatio pro justa præstatione esset, etiam non suscepto litis periculo, *l. si procuratorem*, *§. ult. de mand.* At quia suum negotium gessit, delegatio emptoris non liberabit creditorem, nisi in se suscipiat litis periculum. Et observandum est hæc verba (*sibi rem gerere*) in hoc titulo dupliciter accipi in hac *l.4. sibi rem gerere*, id est, suum negotium gerere, sui crediti servandi causa, in *l.10. hoc tit. sibi rem, vel negotium gerere creditorem*, est sibi emere pignus, quod creditor neque per se, neque per mediam personam efficere potest, quoniam est absurdum, eundem esse venditorem & emptorem, imo nec vendidisse videtur, qui rem semper tenuit. Et ideo rem semper tenente creditore, qui finxit se vendidisse, ac si nulla venditio intervenisset, quasi re integra, licet debitori oblata pecunia pignus repetere, nisi specialiter convenerit, ut id creditor retineret: in *l.10.* ab officiali, sive apparitore, qui extra ordinem in causam judicati pignus, quod cepit, distrahit, creditor emere potest, *l.2. sup. si in causa judic.* itemque a debitore *l. rescriptum*, *D. de distract. pignor.* Et ab emptore, cui ipse bona fide vendidit pignus, id etiam redimere potest, ut in hac *l.10.* non etiam a seipso, sive quod idem est, per imaginariam & subjectam personam. Et ita Paulus 2. *Sent. tit. 13. si creditor pignus suum invito debitore per suppositam personam comparaverit, emptio non videtur: & ideo quandoque lui potest: ex hoc enim causa pignoris, vel fiduciæ finiri non potest.*

AD TITULUM XXVIII.

DEBITOREM VENDITIONEM PIGNORIS IMPEDIRE NON POSSE.

EST etiam hic titulus de distractione pignorum, & docet, recte pignora a creditore distrahi contra obnuntiationem, vel prohibitionem debitoris, si debitor non solvat omnem pecuniam, vel obsignet omnem, atque deponat, si debitor moriens caverit, ne ulla prædia sua, ex quibus quædam creditoribus oppignerata erant a se, id est, extra nomen suum, familiamve suam venundarentur, adjecta pœna, ut quæ venirent exteris, redigerentur in fiscum, ut in specie *l. pater*, *§. fundum*, *de leg. 3. & l. 1. hoc tit.* in qua (*a se*) sicut dixi, interpretor extra nomen suum, ut a filiis, a liberis vendere in *l. 3. C. Theod. de dotib. & Nov. Severi*, *de abrog. capit. injust.* id est, extra nomen liberorum. Hæc autem prohibitio debitoris, *ne a se prædia alienentur*, id est, extra suos, suique nominis successores, non lædit jus creditorum, quibus prædia obligata sunt, *l. filiusfam. §. Divi*, *D. de legat. 1.* Nec videtur ea prædia mala fide emisse, qui non ignarus prohibitionis scriptæ testamento debitoris, ea a creditore comparavit, nec eo nomine fisco ulla tenetur actione, ad quem scripserat testator, ut prædia pertinerent, quæ alienarentur exteris: Nam hæc oratio fisco nullam actionem parit jure pignorum, ea distrahentibus creditoribus exteris personis. Idemque est, si contra quamcunque aliam prohibitionem debitoris scienti, & forte denuntiato quoque emptori, si contra aliam quamcunque denuntiationem debitoris creditor pignora rite distrahat, *l. 2. hoc tit.* Nam & ea denuntiatio rem litigiosam non facit, *l. 1. inf. de litigios.* quia nuda prohibitio est, quæ fit hoc sermone nudo (*veto ne vendas, aut ne emas*) cui nulla inest controversia proprietatis, aut obligationis jure contractæ. Denique nuda prohibitio est, quæ non impedit jus creditoris hypothecarii, jus distrahendi pignoris.

AD TITULUM XXIX.

SI VENDITO PIGNORE AGATUR.

EST etiam hic titulus de distractione pignorum, & pertinet ad id, quod in illo habuimus, *l. 4. 7. 9. 10.* creditorem in distrahendis pignoribus sinceriter & bona fide debere versari. Et ut paucis ea comprehendam, quæ in hoc titulo ea de re continentur: aut jure fit venditio pignorum a creditore, aut non jure. Jure fit, etiamsi fiat mala fide & dolo malo in fraudem debitoris, puta minore pretio distracto pignore, non dolo dante causam emptioni, id est, circumscripto emptore in hoc ipso, ut emeret, quod corrumperet etiam & vitiaret emptionem, quia est bonæ fidei contractus: Sed fraude tantum admissa in faciendo pretio, nihilominus jure venditio fit, modo solemnia juris observentur, & ritus, & is vendat, qui jus vendendi habet. Non jure fit venditio pignoris, si desint solemnia juris, vel si is vendat, cui non est jus vendendi, & ad hunc secundum casum pertinet *l. 2. h. tit.* ex qua intelligitur hoc casu, cum non jure facta est venditio pignorum, esse in arbitrio debitoris, ut rem vindicet ab emptore, & ut sentio, non reddito pretio emptori, quia cum ipso jure nulla sit venditio, debitor ejus rei dominus permansit, & jure ordinario eam vindicat ut dominus. Ergo redditio pretii ei non incumbit. Dominus a quocunq; vindicat rem suam, sine damno suo, sine impensa: Nam cur reddat pretium emptori rei, quæ sua est, & quam ipse non vendidit, aut cui vendendæ adsensus non est? Hoc verum esse comprobant multæ admodum leges, *l. 2. sup. de furt. l. si sciens*, *sup. ad Senatusc. Vellej. l. 2. sup. de præscript. trig. ann.* in qua, quod notandum, ponitur non jure facta venditio, cum eam venditionem, de qua illic agitur, appellet vitiosam & injustam. Adde etiam *l. 3. & l. si mancipium*, *sup. de rei vindicat. l. 2. sup. ne rei dom. vel temp. l. sup. empti*, *inf. de eviction.* Neque dicas in hoc casu cum non jure venit pignus, pretium rediisse in rem debitoris, quasi liberatus sit obligatione ad finem pretii, qua ratione merito cogeretur reddere pretium emptori, quod in rem ejus versum est: Sed dico non posse videri versum in rem ejus, quod emptor, cui res evincitur a debitore, mox est repetiturus a venditore actione ex empto, *d. l. super empti*. Est etiam in hoc casu in arbitrio debitoris, si hoc malit, ut agat adversus creditorem, qui non jure vendidit pignus actione pigneratitia in id quod interest, in quo continetur justum pretium rei, vel res ipsa. Et ita est accipienda *l. 2. h. tit.* Et hæc de venditione non jure facta. Quod si jure facta sit venditio, sed dolo malo in perniciem debitoris, puta re addicta viliori pretio, non dolo dante causam contractui, hoc casu debitori offerenti pecuniam debitam, in creditorem competit actio pigneratitia, qui minoris vendidit dolo malo, in id quod interest, in quo continetur res ipsa, vel justum pretium, *l. 4. & 7. sup. de distr. pignor. l. 3. inf. de jure fisci*. In creditorem, inquam, debitori hoc casu competit actio pigneratitia in id quod interest: in emptorem nulla competit actio, quamvis & ipse emptor in eo negotio mala fide versatus sit, dum curavit sibi minore pretio rem addici: præterquam in hoc casu, si creditor solvendo non sit: Nam hoc casu in emptorem, qui fraudis, vel gratiæ conscius & particeps fuit, debitori extra ordinem restituitur actio in rem, rescissa venditione, & re evicta emptori cum fructibus, eidemque vicissim reddito pretio cum usuris, quæ est sententia *l. 1. & 3. h. tit.* Extraordinario remedio opus est in emptorem, deficiente creditore facultatibus, id est, restitutione in integrum opus est, quia ipso jure pignoris dominium transiit in emptorem. Fuit enim justa emptio venditio. Emptor hoc casu non tenetur, nisi in subsidium, id est, deficientibus facultatibus creditoris, sive creditore non exi-

exiſtente ſolvendo. Unde notandum eſt, prius excutiendum creditorem, quam emptorem, etiam malæ fidei. Et ratio hæc eſt, ne temere convellatur fides haſtæ fiſcalis, auctioniſque publicæ, quæ jure perfecta eſt, nec aliter, quam ſi aliunde debitor ſuum ſervare non poſſit, id eſt, quod ſua intereſt. Notandum etiam eſt debitorem reſcindentem venditionem pignoris jure perfectam, pretium, & pretii uſuras reſtituere malæ fidei emptori, ut aperte oſtendit *l.* 1. Et ratio quidem hæc non eſt, quod pretium verſum ſit in rem debitoris, ut gloſſæ ajunt, quia non videtur verſum, quod non durat verſum, *l.* 10. §. *verſum*, *D. de in rem verſo*, id eſt, quod reddi oportet: ſed vera ratio hæc eſt, quia emptori, qui ex juſta emptione factus eſt dominus rei, debitor rem avellit, & adimit domino per reſtitutionem in integrum, creditore non exiſtente idoneo. Unde æquum eſt, ut unuſquiſque jus ſuum integrum recipiat: debitor rem cum fructibus, emptor pretium cum uſuris, quia omnis reſtitutio in integrum eſt reciproca, *l. quod ſi min.* §. *pen. D. de minor. l.* 3. & 4. *D. de iis quæ vi metuſ. cauſ. l.* 2. *ſup. de uxorib. milit.* Et ita hæc quæſtio definienda eſt. Sed adnotandum adhuc, in hanc quæſtionem male adduci *l. ſi fundum ſciens, inf. de eviction.* In gloſſa eſt corrupte ſcriptum *l. ſi prædium*, quoniam ea lex non quærit de eo, de quo inſtituimus ſermonem, an is qui rem evincit emptori, ei debeat reddere pretium quanti emit rem ab alio: ſed quæſtio illius legis longe alia eſt, an emptori re evicta ab alio, debeat venditor emptori reddere pretium. Et lex ait, non debere, ſi emptor ſcierit tempore emptionis rem eſſe alienam, nec ſibi caverit de evictione. Sed quæſtio hæc eſt aliena a propoſito noſtro. Et hoc tantum ad extremum admonendi ſumus, l. 4. hujus tituli eſſe accipiendam de venditione pignorum, jure quidem facta, ſed mala fide, id eſt, viliore pretio, quod (ne quis in hac re dubitet, quæ dubia eſt inter interpretes) indicant illa verba (*cum contra bonam fidem*) non dicit, cum non jure factam, ſed contra bonam fidem. Et paulo poſt (*quæ mala fide geſta præſtiterit*) Ad quæ verba dico etiam referenda eſſe hæc legis quartæ verba (*non obſervatis, quæ in diſtrahendis pignoribus celebrari conſueverunt*) ita ut dicat lex, mala fide omiſſa fuiſſe ea, quæ in diſtrahendis pignoribus celebrari conſueverunt, id eſt, omiſſas fuiſſe frequentes & liberas indicationes, adjectiones, licitationes, per fraudem & colluſionem creditoris, vel ambitionem & gratiam, ut amico pignora addicerentur minore pretio, quam eſſent, non etiam fuiſſe omiſſa ſolemnia juris: quoniam ſi omiſſa fuiſſent, debitori eſſet actio in rem, quaſi nulla emptione, etiam in emptorem bonæ fidei, jure dominii, quod apud debitorem permanſit, quod ab eo non tranſiit in emptorem facto creditoris, ſive injuſta diſtractione. Et hæc lex quarta ita demum ait, teneri emptorem debitori actione in rem, ſi fraudis particeps fuerit, & conſequenter cum hæc lex 4. ait, hoc caſu non tantum adverſus creditorem, ſed etiam adverſus emptorem fraudis participem debitori eſſe actionem, hoc ſic accipiendum eſt ſervato ordine ſcripturæ, ut prius excutiatur creditor, quam emptor juxta legem primam & tertiam hujus tituli, ne ſolemniter & jure facta venditio reſcindatur.

AD TITULUM XXX.

DE LUITIONE PIGNORIS.

PERTINET etiam hic titulus ad diſtractionem pignorum: Nam ex eo intelligitur, non impediri diſtractionem pignoris, niſi debitor luat pignus in ſolidum ſoluta omni pecunia. Et idem in *l.* 1. *hoc tit.* proponitur, quod in *l.* 16. *ſup. de diſtract. pign.* unum ex heredibus debitoris ſolventem pro hereditaria portione pecuniam debitam, non impedire diſtractionem totius pignoris, ſicut nec debitorem ſolventem partem pecuniæ debitæ, quia nulla ex parte pignus liberat, qui non totum ſolvit; vel unus nummus, qui reliquus eſt, totum pignus tenet, *l.* 6. *ſup. de diſtr. pign. l.* 2. *ſup. debit. vendit. pign. imped. non poſſ.* Et hoc eſt quod dicitur individuam eſſe cauſam pignoris, *l. rem*, *D. de evict. l. heredes*, §. *idem obſervatur*, *D. fam. erciſc.* id eſt, obligationem pignoris non recipere diviſionem partium, licet res pignerata poſſit recipere diviſionem. Res eſt dividua, obligatio individua, id eſt, quæ non poteſt ſolvi pro parte. Hæc ſpecies *legis* 1. *h. tit.* eſt aptanda etiam *legi* 2. quæ hoc tantum habet, *vincula pignoris durare, perſonali actione ſummota*. Hic figunt crucem ingenioſi, quod videatur abſurdum, ut duret vinculum pignoris, ſubmoto principali vinculo: & valde quærunt, quo caſu id eveniat, cum in promptu ſit lex 1. quæ hunc caſum ſuppeditat: Nam unus ex pluribus heredibus debitoris ſolvendo pro portione hereditaria liberat ſe perſonali actione, quæ inter coheredes lege 12. tabul. dividitur pro portionibus hereditariis. Et generaliter perſonales omnes actiones tam activæ, quam paſſivæ ex 12. tabulis, id eſt, ipſo jure dividuntur inter coheredes pro hereditariis portionibus, ut neque in plus teneantur ſinguli heredes, neque in plus teneant debitores hereditarios, *l.* 1. *ſup. ſi cert. pet.* Ergo unus ex heredibus debitoris ſolvendo pro parte hereditaria, omnino ſe liberat actione perſonali: ſed ſuam partem ex pignoribus non liberat, quia individua eſt cauſa pignoris. Itaque quamdiu reliquum non ſolvitur ab aliis coheredibus, creditor totum pignus vendere poteſt, computato eo, quod ab uno ex heredibus accepit, & pretio redacto ex venditione pignoris, & ſuperfluo reddito heredibus debitoris. Sic igitur fit, ut ſubmota actione perſonali, quod ad perſonam attinet heredis, qui ſolvit pro ſua parte, duret tamen omnino vinculum pignoris, & actio hypothecaria. Nec obſtat regula juris, *cum principalis cauſa non conſiſtit, nec ea quidem, quæ ſequitur, locum habet*, quoniam hæc regula ſic intelligitur, ut ſi ab initio non valeat obligatio perſonalis, non valeat etiam actio hypothecaria: vel ſi ab initio non valeat paternum teſtamentum, nec valeat pupillare, quod eſt ſequela paterni. At quæ ab initio valet obligatio perſonalis, ſi poſtea diſſolvatur, non continuo etiam diſſolvetur hypothecaria, ſicut nec poſtea ſubmoto teſtamento principali, pupillare non ſubmovetur, *l. in rat.* §. *ſi filio*, *D. ad legem Fal.* Et in ſpecie, quam poſui, quod attinet ad perſonam heredis, qui pecuniam ſolvit pro hereditaria portione, omnis obligatio perſonalis ſublata eſt, & remanet tamen hypothecaria in totum. Et nullam aliam vellem apponere ſpeciem ad *l.* 2. quam eam, quam ſuggerit vicinitas *l.* 1. & ipſe tractatus. Sed dignum eſt, ut adnotemus, idem etiam evenire, ut ſublata principali obligatione non tollatur hypothecaria, in ſpecie *l. ſervum quem*, *D. de pignor.* & *l. qui occidit*, §. 1. *D. ad l. Aquil.* puta ſi creditor cauſa ceciderit, non merito cauſæ: nam merito cauſæ abſoluto reo, & hypothecaria, & obligatio principalis perimitur, *l. ſi deferente*, *D. quibus mod. pign. vel hypoth. ſol.* Sed ſi cauſa ceciderit culpa ſua, vitio ſuo (*ſæpe bonæ cauſæ eſt inſtantia mala*, ut Tertull. de patient. ait, quæ facit, ut qui tuetur bonam cauſam, ea cadat) ut ſi plus petat ab initio, vel etiamſi in cauſa appellationis ex præſcriptione dierum fatalium vincatur, quod judicio non adfuerit in tempore, is litem amittit, non merito cauſæ, ſed vitio ſuo, culpa ſua, ut ſupradictis *ll. l. Heren. in fine*, *D. de evict. l. Stich.* §. *pen. D. de ſol. l.* 5. *ſup. de pign. l. ſi expreſſ. D. de appell. l.* 6. §. *pen. D. de decur.* & *l.* 9. *D. ſi ſervit. vindic.* Hoc ergo caſu, cum quis vitio ſuo amittit actionem perſonalem, non amittit etiam hypothecariam, in quam nullam culpam admiſit, ut *dict. l. ſervum quem*, & *l. qui occidit*, §. 1. Idem etiam evenit in ſpecie *l. debitor*, *D. ad Trebell.* & *l. cum quis*, §. *ult. D. de ſolut.* puta ſi debitor creditori heres extiterit, vel contra: nam iſta confuſione tollitur actio perſonalis, non hypothecaria, quia fit confuſio perſonarum tantum: pignus hæret in re, non in perſona. Ergo confuſis perſo-

nis

nis debitoris, & creditoris in unam, non confunditur pignus. Confusio personarum non mutat causam rei. Admitto etiam idem evenire (quod Accursius annotavit) sublata actione personali præscriptione triginta annorum: Nam hypothecaria durat usque ad quadraginta annos, non adversus omnes possessores pignorum, sed adversus debitorem, vel heredem ejus, vel secundum creditorem possidentem nomine debitoris, vel utentem accessione temporis possessionis debitoris, *l. cum notissimi*, *sup. de præscript. 30. annor.* At hic titulus quamvis (ut dixi) possit accommodari ad distractionem pignorum, tamen est potissimum de luitione pignoris, *du desgagement*, ut intelligamus eam esse individuam, ut *l. 1. & 2. h. tit.* nec fieri post distractionem, *n'y a point lieu de desgagement depuis que la vente est faite*, sed ante: vel etiam post addictionem creditori factam intra biennium, ut dicemus titul. 33. Et *luere*, quod est verbum 12. tab. pro quo etiam dicunt *reluere, & pignorare*, non tantum esse solvere pecuniam, sed etiam deponere, & obsignare publice, vel creditori dare in solutum, vel ei vendere pignus, pretio compensato cum debito: & luitionem pignoris debitori parere actionem pigneratit. de recuperando pign. quæ omnia proponuntur *l. 3. hoc tit.*

AD TITULUM XXXI.

SI UNUS EX PLURIBUS HEREDIBUS CREDITORIS, VEL DEBITORIS PARTEM SUAM DEBITI SOLVERIT, VEL ACCEPERIT.

QUOD habuimus tit. superiori, & in *l. 16. sup. de distract. pignor.* idem etiam in hoc tit. 31. proponitur in *l. 2.* nec tamen supervacuo, sed ut hanc comparationem adornet, atque constituat: ut quemadmodum unus ex heredibus debitoris, si solverit pro portione hereditaria, actione personali liberatur, manente actione hypothecaria in solidum in eum, si possideat, vel alios possessores, & creditore habente jus distrahendi totius pignoris, computato eo, quod unus solvit pro sua parte, *l. 2. hoc tit.* Ita si unus ex heredibus creditoris acceperit pecuniam pro parte sua hereditaria, ut actionem personalem amittat, hypothecaria maneat in solidum, possintque coheredes totum pignus vendere, oblato eo, quod acceptum est, pro parte unius heredis. Denique obligationem personalem, activam & passivam esse dividuam ex 12. tabul. hypothecariam vero individuam.

AD TITULUM XXXII.

SI PIGNORIS CONVENTIONEM NUMERATIO SECUTA NON SIT.

IN hoc titulo ostenditur non tantum chiropropho creditæ pecuniæ, sed etiam cautioni, vel dationi pignoris obstare exceptionem, vel replicationem non numeratæ pecuniæ, si numerata. i. credita pecunia non sit: Nam etsi soluta principali obligatione, non semper solvatur hypothec. ut docui *tit. 30. & 31.* ubi tamen non consistit principalis obligatio, vel actio ubi excluditur exceptione doli, vel in factum, puta non numeratæ pecuniæ, eadem exceptione excluditur etiam actio hypothecaria intra biennium continuum: Nam exceptio non numeratæ pecuniæ finitur biennio, *l. in contractibus*, *sup. de non numer. pecun.* vel si is, qui rem pignori dedit, spe futuræ numerationis, post non secuta numeratione eam rem suam esse vindicet ab eo, cui dedit tanquam pignori, ut in *l. 1. h. tit.* vel etiam (quod potest) si adversus eum agat actione pigneratitia, *l. solutum*, *§. 1. D. de pigner. act.* & is utatur exceptione dati pignoris, nec solutæ pecuniæ, hoc modo, ut concipiam formulam: *si non convenit, ut ea*

A *res pignori nexa esset, nec dum pecunia soluta est*: ille, qui agit, hanc exceptionem excludit, opposita replicatione non numeratæ pæcuniæ, quæ in reum transferet onus probandi, a se redditam fuisse pecuniam, ut in *l. 3. sup. de non numer. pec.* Igitur, quod ait *l. 1.* (*Nam intentio dati pignoris, neque redditæ pecuniæ*) intentio dati pignoris, id est, exceptio dati pignoris, qua tuetur se creditor adversus eum, qui pignus dedit, quod nunc vindicat, vel repetit. Intentio, id est, exceptio: Et etiam Basilica ita recte interpretantur, proposita veteri formula exceptionis his verbis: *οὐκ ἀντίκειται παραγραφὴ ἡ λέγουσα, ἀλλ' εἰ μὴ δέδωκας τὸ χρέος*: *Domino vindicanti pignus, quod antevertit dare, antequam ei pecunia crederetur, quæ post non est ei credita, non opponi exceptionem hanc*: *At si non solvisti pecuniam*: *nisi is, qui hac exceptione utitur, probet se pecuniam credidisse*. Et hæc est sententia hujus tit.

B

AD TITULUM XXXIII.

DE JURE DOMINII IMPETRANDO.

CREDITOR, qui distrahit pignus, de quo convenit inter eum & debitorem, certe id addicere non sibi potest, ne idem sit venditor & emptor, *l. 10. sup. de distract. pignor.* sed decursis proscriptionum, & hastarum solemnibus, si non inveniat emptorem pignoris, pignus ei postulanti a Principe addici potest jure dominii, ut in *l. eleganter*, *D. de pigne-*
C *rat. act. l. si is qui in aliena*, *§. ult. D. de adquir. rer. domin. l. debitor*, *D. ad SC. Trebell.* Et hoc de pignore conventionali. Sed idem fit etiam, si pignus captum sit ex officio in causam judicati: Nam & hoc non invento emptore, auctoritate Cæsaris creditori addici potest, *l. ult. sup. si in causa judic. pign. capt. sit.* Proinde idem etiam videtur dicendum in prætorio pignore, si non inveniatur emptor bonorum, ut a Principe addici possint bona debitoris uni ex creditoribus, vel omnibus pro ea quantitate, quæ debetur. Solus Princeps hoc concedere potest, & facile concedit, id est, facile pignoris dominium addicit creditori, non invento emptore, si sit speciale pignus, specialis hypotheca. Ex generali autem hypotheca, nunquam Princeps creditori addicit universa bona, quamvis universa ei pignerata sint, *l. 1. h. tit.* sed pro modo
D debiti tantum, id est, quantum debito satis est servando. Huic autem beneficio Principis, quo creditori addicit dominium pignoris non invento emptore, creditor videtur renuntiare, si postquam id impetravit a Principe, usuras pecuniæ creditæ, ut solebat, a debitore suo pergat petere, quæ est sententia *l. 2. h. tit.* Nec rursus variare potest, postquam petiit usuras, & egit ex jure pristino, id est, non potest ad beneficium Principis reverti, a quo semel recessit, petitis usuris post impetratum rescriptum Principis, ut *l. pen. D. de lege commiss.* quia semel jam variavit, & variatio sæpius admitti, inconstantia multiplex admitti non solet. Nec obstat, si dicas, eum non videri renuntiasse privilegio suo, vel immunitati sibi concessæ, qui quandoque ea non utitur: ut veteranis datur immunitas a muneribus civilibus, quæ tamen non labefacta-
E tur, si veteranus aliquando sua voluntate munus aliquod publicum suscipiat, *l. 2. D. de privil. veter. l. voluntariæ*, *sup. de excus. tut.* quoniam (ut respondeamus) hoc verum est, cum privilegium, aut beneficium singulare, generale est; ut scilicet qui eo non utitur in una re, vel persona, non prohibeatur uti in aliis, nec videatur penitus ob eo recessisse, aut ei renuntiasse: sed si sit beneficium speciale, ut in hoc proposito, puta, ut illud pignus tuum fiat jure dominii, & desinat esse debitoris tui: Hoc, inquam, beneficium speciale videtur contemnere, qui eo non utitur, sed postquam id impetravit, pergit uti jure pristino, & usuras a debitore petere, abjecto beneficio rescripti: quoniam in qua re potuit exercere beneficium rescripti, plane se nolle exercere demonstrat, cum ma- vult

vult uti pristino, quam novo jure. Et ita est explicanda *l.2. h. tit.* Ergo quoties non inveniuntur emptores pignorum, creditoribus postulantibus, potest addici dominium pignorum, *que vous appellez, estrousser.* Confundunt interpretes vulgo omnes, *addicere*, & *adjicere*, inter quæ multum distat addicere, *c'est encherir*, *supra adjicere*, ut Cicero loquitur: addicere, *c'est estrousser.* Deficientibus ergo emptoribus beneficio Principis pignora addicuntur creditori jure dominii, sed postquam addicta sunt a principe, qui solus hoc concedere potest, adhuc licebat debitori, cujus dominio pignus abscesserat, per addictionem principis, intra certum tempus pignus luere, & dominium ad se revocare, perinde atque si addictum pignus non fuisset creditori. Et olim quidem licebat luere post addictionem intra annum, ut *d. l. si quis in aliena*, §. *ult.* hodie licet intra biennium ex const. Justiniani, id est, ex *l. ult. hoc tit.* intra biennium post addictionem factam auctoritate principis. Et ex eadem constit. non addicitur pignus creditori jure dominii ante biennium post condemnationem debitoris, vel post denuntiationem ei factam, ut pignus luat, ne distrahatur, videlicet si de pignore distrahendo nihil convenerit inter contrahentes: Nam quod conventum erit, tuendum est, sive convenerit de tempore, quo veniret pignus, sive de loco, sive de pretio, sive de lege venditionis, ut in hac *l. ult. & l. 5.* quæ ex hac l. explicanda est, *ff. de pign. act.* At si de ea re nihil convenerit, si lex contractus huic rei non imposuerit modum & finem, Justinianus biennium præstituit, non proscribendo pignori, quod proscribi, & venum exponi quandoque potest, cessante solutione: sed potissimum biennium præstituit addicendo dominio pignoris post condemnatum, vel denuntiatum debitorem, ut ante biennium non addicatur dominium creditori auctoritate Principis: Et rursus post addictionem, quæ fit transacto illo biennio, dat Justinianus debitori aliud biennium luendo pignori, soluta omni pecunia, & usuris, & sumptibus litis factis in impetranda addictione a principe, & omnibus damnis æstimandis, ut ait *lex ult. de jurejurando creditoris.* Atque ita ex iis longis temporibus, quæ concedit Justin. apparet ægre eum concedere creditoribus dominii impetrationem, & hoc quodammodo agere, ut nunquam obtineat, cum nolit addici ante biennium, & post biennium factam addictionem, velit intra aliud biennium posse rescindi oblato debito omni, & eo quod interest, facta integra perfectaque luitione pignoris. Cetera sunt facillima in *l. ult.* & jam a nobis attacta in superioribus.

AD TITULUM XXXIV.

DE PACTIS PIGNORUM, ET DE LEGE COMMISS. IN PIGNORIBUS RESCINDENDA.

IN hoc tit. tractatur de pactis justis, vel injustis, quæ fieri solent in contrahendis pignoribus. Justum est pactum, si debitor paciscatur, *ut pecunia ad diem certam non soluta, pignus cedat creditori.* Quo pacto *l. 1. h. tit.* hoc actum interpretatur, ut ad diem condictum non soluta pecunia, creditor pignus suo jure distrahat, non etiam, ut id habeat jure emptionis pretio compensato cum debito, & superfluo præstito, quod tamem agi posset inter contrahentes, & hoc pacto liberaretur debitor, *l. 3. C. de luit. pignor.* qui tamen non liberatur cedendo pignora, & sinendo, ut ea creditor distrahat: Nam si non sint idonea creditori, in eum superest actio de residuo, *l. 1. sup. de pign.* Et hoc tantum velim vos adnotare *ad l. 1. h. t.* missis ceteris: Justum etiam est pactum, ut pignus, quod dedi evictionis nomine emptori, cui aliquis faciebat controversiam rei, quam ei vendideram, ea re judicata secundum emptorem, mihi restituatur, id est, ut perpetuo non teneatur in omnem causam evictionis, sed in hanc tantum, quæ vertitur inter emptorem, & alium hoc tempore, hoc die, in qua si vincat emptor, hoc pacto agitur, ut pignus solvatur, & rata habenda venditio est, *l. 2. h. tit.* quæ tamen exigit, ut res sit integra, ut negotium sit in integro, id est, ut denuo idem pignus non sit obligatum eodem nomine, *l. 4. sup. de remiss. pign.* Tres sunt leges h. t. Pacta, quæ proponuntur *in l. 1. & 2.* justa, & rata sunt, ut jam exposui. At quod proponitur in *l. 3.* improbatur a Constantino, id est, pactum legis commissoriæ, ut vulgo appellatur; non inepte: nam licet lex significet pactionem illo loco, licet lex commissoria sit pactio adjecta venditioni, vel pignori, tamen non male dicimus pactum legis commissoriæ, sicut pactum conditionis sæpissime. Hoc, inquam, pactum legis commissoriæ in pignoribus reprobatur, puta si convenerit, ut ad diem non soluta pecunia, pignus fiat creditoris pleno jure, id est, ut ei committatur. Committi mihi dicitur, quod meum fit jure dominii. Hoc, inquam, pactum, ut ad diem non soluta pecunia, pignus adquiratur creditori, improbatur: & tamen non improbatur in venditionibus, puta, ut ad diem non soluto pretio, res committatur venditori, id est, redeat ad venditorem, & fiat inempta, licet in venditionibus ea pactio Antonino displicebat, ut constat ex *l. Æmilius, ff. de minor.* Lex illa in pignoribus olim appellabatur *fiducia*, quia pignus mancipabatur creditori translato dominio ea lege, ut soluta pecunia ad diem, remanciparetur debitori, non soluta, remaneret apud creditorem perpetuo jure. Qua de causa Constantinus *in hac l. ult.* damnata fiducia, id est, lege commissoria in pignoribus, ait creditorem rem amittere, quæ scilicet ei fuerat mancipata: *debitores*, inquit, *re amissa, jubemus recipere, quod dederunt.* Ratio autem cur in venditionibus non sit improbata lex commissoria, & sit improbata in pignoribus, hæc est, ut opinor: quia in venditionibus nulla fraus existit, vel emptoris, vel venditoris, si ob non solutum pretium sua die resolvatur venditio. At in pignoribus plerunque est ingens fraus debitoris, & non toleranda, si non soluta pecunia ad diem pignus adquiratur creditori, quia plerunque pro parva pecunia dantur pignori res pretiosissimæ, pretiosissima monilia: & iniquum est, ut ingentem hanc fraudem sustineat debitor. Ideoque merito hæc pactio est improbata in pignoribus, & tamen valet pactum, ut id, quod creditor redegerit ex venditione pignoris, totum sibi habeat, *l. ult. sup. de distr. pig.* quia incertus est eventus venditionis: sicut e contrario valet pactum, ut si creditor vel minimum redegerit ex venditione pignoris, eo sit contentus in vicem crediti, *l. a Divo Pio*, §. *si pignora, D. de re judicata.*

AD TITULUM XXXV.

DE EXCEPTIONIBUS, SIVE PRÆSCRIPTIONIB.

PROPOSITIS variis negotiis, & actionibus civilibus, priusquam dicat de criminalibus, quibus reservat librum sequentem, dicere instituit de exceptionibus, quibus civiles actiones excludi solent, & de negotiorum civilium, de quibus superioribus libris tractatum est, adminiculis, sive vinculis quibusdam, veluti stipulationibus, deque aliis causis ad res civiles pertinentibus, quas superiores libri non habuerunt, veluti de patria potestate, de captis ab hostibus, de donationibus, & aliis quibusdam supra prætermissis, ut profligato, absolutoque omni tractatu rerum civilium, expeditior veniat ad criminalem lib. seq. Et hoc de ratione titulorum satis est. Exceptio autem *est intentio rei opposita intentioni actoris*: vel *defensio justa, quæ objicitur actioni, defensio juris, quæ eludit, elidit, opprimit actionem.* Actio est telum, exceptio clypeus, ut Grammat. loquuntur. Exceptio est aries, quo actio infringitur. M. Tull. in Topic. *Aries ille subjicitur in vestris actionibus, si telum manu fugit magis, quam jecit*: nam illa, *si telum manu fugit*, est exceptio, qua eliditur actio legis Aquil. ex qua etiam D. Augustinus lib. de libero arbitrio, *cui*, in-

inquit, *invito, & imprudenti telum manu fugit*. Et est sic legendum in *Can. si hominem 23. quæst.5.* Ac similiter in translatione D. Hieronymi Deuter. 19. *si ferrum manu fugit*, quam versionem sequitur Jonathas Chaldæus interpres. Et exceptio subiici dicitur actioni, quod utraque simul a prætore detur, atque conjunctim, quod eodem tenore, & contextu actioni addatur exceptio, ut *l.7. de cond. instit.* ait in ipsa actione prætorem tueri reum, addita nimirum exceptione, hoc fere modo: *Sempronius judex esto: si paret Lucium Titium Cajo Sejo ex causa crediti centum dare oportere, nisi de non petenda eo pecunia inter se pepigerint, Lucium Titium Cajo Sejo judex condemnato*. Actioni inseritur, & interponitur (ut ait *l.2. D. de except.*) exceptio, unaque orationis conceptione, una saliva datur, & actio, & exceptio. Et sic in *l. ex contractu, D. de re jud.* dandam actionem addita exceptione, B *nisi culpa tutorum pupilla condemnata est*. Qua de causa recte in *l. exceptio, de except.* exceptio definitur esse conditio, addita scilicet actioni, vel inserta actioni, quæ actionem ipsam perimit, aut minuit, quæ actionem conterit, aut penitus excludit, vel illo verbo (*nisi*) ut *d. l. ex cont. l.1. §. Labeo, de flumi. & in §.ult. Instit. de replic.* ut ex veteribus est legendum, *nisi bonis cesserit*: vel etiam his verbis (*si non, at si non, extra quam*) ut sæpissime in libris nostris, & in aliis auctoribus exceptiones concipiuntur, & ita semper conditionaliter. Pura est actio, cui non adiicitur exceptio. Conditionalis est actio, cui inest exceptio. Et recte Cornif. 1. Rhet. ad Heren. *in privata actione prætoriæ exceptiones sunt*, & Cic. 1. de Invent. *Is, qui agit, judicium purum postulat: is, quo cum agitur, exceptionem ait addi oportere*. C Velim autem vos nullam, ne minimam quidem differentiam facere inter exceptiones, & præscriptiones: utraque appellatio idem potest: & in hac rubrica *de exceptionibus, sive præscriptionibus* hæc conjunctio (*sive*) est connexio vocum idem significantium. Veniam nunc ad singulas leges hujus tituli.

Ad L. I. Debitor s... *hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsolvisti, quibus nomen patris tui testator in divisione adscripserat, doli mali exceptione adversus alios agentes tueri te potes.*

PRima est de exceptione doli mali, quæ obiicitur heredi agenti contra voluntatem defuncti, ut in *l. apud Celsum, §. præterea, D. de doli except.* D quia improbe & impie facit heres, qui non obsequitur voluntati defuncti, & merito ei obiicitur exceptio doli mali. Et sciendum est, ut intelligatur sententia legis 1. divisionem nominum, id est, actionum, quas defunctus habuit, vel quibus obstrictus fuit. (Nam *nomina* dicimus non tantum quæ nos debemus, sed etiam, quæ nobis debentur, id est, ut vulgo loquuntur, *obligationes activas, & passivas*) Divisionem, inquam, nominum hereditariorum inter coheredes fieri, aut ipso jure, id est ex l. XII. tabul. pro hereditariis portionibus, quibus scripti sunt *l. ea quæ sup. fam. ercisc. l. ult. sup. de her. act. l. pacto, sup. de pact.* quam *l. 1. h. t.* vocat *antiquam legem*, est l. 12. tab. quæ pro hereditariis portionibus dividit nomina inter coheredes, ut jam ea divisionem non recipiant, quam semel receperunt ipso jure. E Sed quandoque aliter, quam diviserit lex XII. tab. divisio nominum fit ex conventione coheredum interpositis delegationibus, ut *l. tale pactum, §. post divis. de pact.* vel ex judicio testatoris, ut si testator in divisione nominum, & rerum uni ex heredibus certa quædam nomina adscribat, quo casu coheredes ea nomina exigentes pro hereditariis portionibus, quia faciunt contra voluntatem defuncti, qui unum ex eis ea voluit in solidum exigere, repelluntur exceptione doli mali, maxime si debitores (ut ponit l. 1.) ea nomina in solidum dissolverint ei, cui erant adscripta in divisione nominum testamento facta.

Ad L. II. Pro portione tua, *quæ domum ad te pertinere dixis, si judicatum non est, actionem dirigere potes: Nam exceptio rei judicatæ ei demum obstat, vel successoribus ejus, inter quos cognitum super ea re, & pronuntiatum est.*

LEx 2. est de exceptione rei judicatæ, qua repellitur is, qui judicio superatus est, vel heres ejus, si rursus agat eadem de re: Nam alii, contra quem nihil judicatum est, exceptio rei inter alios judicatæ nihil nocet, ut (quæ est species l. 2.) si domus sit communis inter me & te, & eam tu vindicaveris a possessore pro tua parte, & causa cecideris, mihi postea eandem domum vindicanti pro parte mea, non obstat exceptio rei judicatæ, sed tibi duntaxat, heredive tuo, & eleganter *l. Claud. in fi. qui potior. in pign. hab.* sine præjudicio sententiæ ei, qui non litigavit, vel qui per contumaciam judicio non abfuit, jus suum integrum relinquit, *& l. is qui fundum, D. de usuf. leg.* non posse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare. Et sic in *l. 1. sup. quib. res jud. non noc.* Et de hac quoque exceptione rei judicatæ ita M. Tul. 1. de Or. *Petitor rursus cum peteret, exceptione excluderetur, quod ea res antea in judicium venisset*, sic leg. Et Suidas ex libris Rhetor. explicans quid sit παραγραφή, utitur hoc exemplo exceptionis rei judicatæ, his fere verbis: ὅταν λέγει τις τό πρᾶγμα περὶ τοῦ, &c. id est, *cum quis dicit, rem, de qua agitur, jam ante in judicium venisse, & de ea pronuntiatum fuisse*: & leges profert, quæ vetant *bis eadem de re quæri inter easdem personas*, videlicet hoc esse παραγραφὴν, hoc est, præscriptionem: speciem scilicet, παραγραφῆς. Et addit παραγραφὴν appellari, cum qua de re quis agit, adversarius contendit nullam legibus esse proditam actionem, *tendant aux fins de non recevoir*; quod tamen nos non vocamus præscriptionem, vel exceptionem, sed allegationem generali nomine, qua asserimus actori nullam ipso jure actionem esse.

Ad L. III. Adversus fratrem *tuum quondam tutorem legitimum tutelæ judicio si expertus non es, proposita actione consiste, nec timueris exceptionem pacti; si in ea fraudem, dolumque admissum probare potes: Nam replicatio doli opposita, bonæ fidei judicium facit, & commentum fraudis repellit.*

LEx 3. est *de exceptione pacti, & doli mali*. Species est de fratre, qui fratris tutelam legitimam gessit, & plane legitimam, non fiduciariam, ut glos. annotat: nam ponendum est, fratres nunquam exiisse familia patris, quo casu proculdubio major 25. annis fratri impuberi est tutor legitimus deficiente testamentario, ut *l. tutor, D. ad Vell. l.9. §.1. D. de tutel. & rat. distrah. & l.1. D. de legit. tutor.* dum ait, *legitimam tutelam conferri consanguineis*. Nam in jure *consanguinei* semper accipiuntur pro fratribus agnatis, non pro cognatis, veluti emancipatis, non pro cognatis, veluti emancipatis, non pro ceteris, vel agnatis, vel cognatis: sed ex constitutione Anastasii etiam frater emancipatus fratri impuberi, qui nunquam exiit familia, & potestate patris dum vixit, est tutor legitimus, *l.4. sup. de leg. tut.* At fratri impuberi emancipato, frater pubes, sive sit suus, sive emancipatus, hoc solo casu est tutor fiduciarius, non legitimus, ut ostendi tit. *Inst. de fiduc. tut.* Finge igitur: Frater fratris tutelam legitimam gessit: finita tutela pubertate, cum inter eos controverteretur de tutelæ rationibus, inter se pacti sunt, facta transactione, ut nihil frater a fratre exigeret ex rationibus tutelæ. At is frater in tutela administranda multa admiserat per fraudem, & dolum malum, multa interverterat, interceperat, quorum nomine nunc frater, cujus tutelam alter gessit, agit actione tutelæ adversus fratrem, & opponitur ei exceptio pacti, sive transactionis, qua convenit inter eos, ne quid exigeretur ex tutelæ rationibus. Sed lex ait, *hanc exceptionem pacti elidi, & excludi replicatione doli mali*, quod frater dolo malo versatus sit in administratione tutelæ: *& generali pacto, ne quid exigatur, non intelligi remissam obligationem, quæ ex dolo tutoris venit, l. tres fratres, D. de pact. l.8. §. pen. & l.9. D. de*

lib.

lib. leg. Unde eleganter *l. 3. replicationem doli oppositam, judicium bonæ fidei facere, & commentum fraudis repellere*, quia nihil est magis contrarium bonæ fidei, quam dolus malus. Et summe notanda est hæc sententia: *Exceptionem doli mali* (nam & replicatio, duplicatio, triplicatio, exceptiones sunt) *Exceptionem*, inquam, *doli mali, judicium bonæ fidei facere*, etiam id quod est strictum sui natura, ut probat aperte *l. Seja, D. de mort. causa don.* quod ad eam annotavit Doroth. Hoc igitur dico, hoc ipso, quod Prætor actioni strictæ, veluti ex stipulatu, inserit, & injicit *doli mali*, eam actionem facere bonæ fidei: & quoties eandem exceptionem doli mali injicit actioni bonæ fidei, veluti actioni tutelæ, ut in h. specie (quod supervacue facit: Nam bonæ fidei actioni tacite inest exceptio doli, etiam non opposita, non adscripta, non allegata, sive prolata in judicio, *l. sed & si ideo, D. sol. matr.*) quotiens tamen nominatim prætor actioni bonæ fidei addit exceptionem doli mali, ea actio tunc non tam per se videtur esse bonæ fidei, quam fieri per exceptionem doli mali a prætore nominatim additam, aut quam maxime fieri bonæ fidei, quæ est bonæ fidei, si quæ tacite inest, etiam nominatim exprimatur exceptio doli mali. Et ita hic locus est explicandus. Magna ergo est vis exceptionis, sive replicationis doli mali. Nam omne judicium bonæ fidei facit, ut probavi. Item per doli mali exceptionem etiam malæ fidei possessor retinet sumptus necessarios, vel utiles, quos fecit in rem alienam, ut *l. Paul. respondit, D. de doli except.* & per exceptionem doli mali inducitur sæpe retractatio rei judicatæ, restauratio litis, ut in *l. non distinguemus, §. cum quidam, D. de recep. l. ex divers. §. ult. D. sol. mat.* Ac postremo exceptio doli mali latissime manat, & vi sua complectitur omnes exceptiones, sive concurrit cum aliis exceptionibus, veluti pacti, aut jurisjurandi, aut rei judicatæ, aut non numeratæ pecuniæ, & similibus. Et hoc est, quod ait *l. qui æquitate, D. de except. doli mali. Qui æquitate*, inquit *defensionis cujuscunque actionem infringere potest, doli mali exceptione tutus est*, id est, doli mali exceptio generalis est.

Ad L. IV. Cum non dum finitam *sententia causam, sed dilatam allegetis: non est dubium, omnes integras defensiones vobis esse.*

Ad L. VIII. Præscriptionem *peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, objicere quandoque licet.*

Ad L. IX. Si quidem intentionem *actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem suam, secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit.*

Ad L. ult. Præscriptiones fori *in principio litis a litigatoribus opponendas esse, legum decrevit auctoritas.*

IN h. *l. 4.* explicatur etiam *l. 8. 9. pen. & ult.* quæ pertinent ad omnes exceptiones peremptorias, quas *l. 4.* docet, quandocunque ante sententiam opponi posse nondum causa finita, sed dilata, ut ait, veluti ampliata, judice pronuntiante nondum liquere, ut in *l. Pomp. D. de re jud. l. Pomp. §. ult. D. de recep.* Aliæ sunt exceptiones peremptoriæ, aliæ dilatoriæ. Peremptoriæ sunt, quæ actionem protinus excludunt, atque consumunt, si judici probentur esse veræ, ut exceptio doli mali, longi temporis, pacti ne omnino pecunia petatur, exceptio rei judicatæ, SC. Macedoniani, aut Vellejani. Dilatoriæ sunt, quæ non excludunt protinus actionem, sed differunt, & sustinent, & impediunt, ne vim suam exerceat statim, ut *exceptio fori*, quotiens dicitur non apud eum judicem agi, cujus ea de re jurisdictio est, & mutandum esse judicem, vel exceptio procuratoria, quoties alieno nomine agere dicitur is, cui procuratori esse non licet, & mutandum esse actorem, ut apud Fabium in 3. *Non licet tibi agere mecum, cognitor enim* (id est, procurator) A *fieri non potuisti:* Et in 4. *Male petis; procuratori enim tibi esse non licet, sed neque illi, cujus nomine litigas, habere procuratorem.* Eæ sunt exceptiones, quæ procutatoriæ vocantur, vel etiam dilatoria exceptio est, quoties dicitur, non eo tempore agi, quo agi oportet, & tempus differendum: ut si dicatur agi die feriato, vel ante diem, intra quem convenerat ne pecunia peteretur. Et hæ quidem dilatoriæ exceptiones opponendæ sunt statim initio litis contestandæ, ut ait *l. ult. h. t.* præscriptiones fori quibus dicitur judex esse incompetens & incongruus, esse opponendas in principio litis. Idemque probat *l. excep. sup. de probat. l. 4. sup. de jurisdict. omn. judic. l. ita demum, sup. de procurat. l. sed & si suscepit, initio D. de judic.* Opponendæ, inquam, sunt initio litis, in ipso limine quæstionis, ut ait Symmachus 1. *Epist. ad Theod.* scribens B de procuratoria exceptione, quam dicit esse contestandam in ipso limine quæstionis dilatoriæ: ergo exceptiones opponendæ sunt initio litis, & probandæ etiam initio, postquam actor probavit intentionem suam: Nam frustra probas exceptionem, si nondum actor fundavit intentionem suam, *d. l. excep.* post litem contestatam dilatoriæ exceptiones præpostere opponuntur, & mulctatur etiam advocatus, qui post litem judicatam in dilatoria exceptione opponenda pervicaciter perstat, *l. pen. h. t.* Peremptoriæ autem exceptiones *quandoque*, ut ait *l. 8.* id est, quandocunque, si forte omissæ fuerint initio litis contestandæ, ante sententiam objici possunt, *d. l. 8.* ubi *omissam*, id est, non contestatam peremptoriam exceptionem initio litis, quod sufficeret nihilominus, quandocunque opponi post litem contestatam, ante senten- C tiam posse, ut *l. 2. sup. sentent. rescindi non posse.* Et illo loco legis 8. alias non male legitur, *vel omissam*, sed ut dilatoriæ exceptiones; ita etiam peremptoriæ non sunt probandæ antequam actor probaverit intentionem suam, *l. emptor, sup. de præsc. long. tem. & l. 9. h. tit.* quia actore non probante, nihil superest aliud, quam ut reus absolvatur, etiamsi nihil ipse præstet, ut eleganter ait *l. qui accusare, de edendo*, id est, etiamsi exceptionem forte, quam contestatus est, minime probet, quia probatione non indiget exceptio: & retro reus non indiget exceptione actore non probante. Nec omittendum, nonnunquam etiam peremptorias exceptiones opponi posse post sententiam, actioni judicati scilicet. Et hujus generis est exceptio Senatusc. Macedoniani, & Senatusc. Vellejani, quæ recte opponuntur etiam post sententiam, D quod jus est ex ipsis SC. *l. tamen, D. ad SC. Maced.* Hujus etiam generis sunt omnes exceptiones, quæ dantur militibus ex constit. Antonini, *l. 1. sup. de jur. & fact. ignor.* & hæc exceptio, ne teneatur ultra facultates, quæ donatori competit: Nam hæc etiam opponitur post sententiam ex constit. D. Pii, *l. Nesennius, §. ult. de re jud. l. qui id, quod, D. de donat.* Et hæ solæ sunt exceptiones peremptoriæ, quæ opponi possunt etiam post sententiam, quæ significantur in *l. 2. D. de except.* dum ait, *exceptiones excludere ea, quæ in intentionem, vel condemnationem deducuntur.* Quomodo condemnationem? quia quædam sunt, quæ opponuntur post condemnationem, & subjiciuntur actioni judicati. Non est etiam omittendum, uno casu peremptoriam exceptionem perinde ac dilatoriam esse opponendam initio judicii, pu- E ta, si opponatur exceptio lapsi temporis in causis appellationis. Casus est singularis in *l. 2. sup. de temp. ap.* Regulariter dilatoriæ exceptiones opponuntur initio litis: peremptoriæ, vel initio litis, vel post litem contestatam ante sententiam. Et ratio differentiæ inter exceptiones dilatorias, & peremptorias hæc est, quia exceptiones dilatoriæ ea respiciunt, quæ judicium potissimum constituunt, et cum quæritur, an apud eum agatur, qui sit judex competens in præscriptione fori: vel cum quæritur an is agat, qui agere potest, an cum eo agatur, qui cum agi potest, denique an justæ & legitimæ sint personæ litigatorum, vel cum quæritur an quo tempore agi potest, agatur. Quas quæstiones Rhetores translationes appellant, quia cum hæc proponuntur, videtur actio indige-

re

re translatione, & commutatione. Et iidem Rhetores translationis, & præscriptionis eandem definitionem addunt, quam dedi exceptioni peremptoriæ, & dilatoriæ. Verba sunt Curii Fortunatiani, qui idem & Rhetor, & JC. fuit: *Quid interest*, inquit, *inter translationem, & præscriptionem? quod*, inquit, *præscriptio excludit actionem, translatio autem differt*. Hoc ergo interest, quo interesse nos dicimus exceptionem peremptoriam a dilatoria. Quia autem dilatoriæ exceptiones sunt de constituendo judicio, & de personis, quibus judicium constat, vel de tempore & loco, quo judicium oportet institui, plane necesse est, eas ante judicium opponi, excuti, disceptari, quia jam constituto judicio, præpostere agitur de eo constituendo, quod utique semper agitur oppositis dilatoriis exceptionibus. Cic. in Part. *De constituendis actionib. accipiendis, subeundisque judiciis.* Ea fere generis hujus sunt, ut etsi in ipsum judicium sæpe delabantur, tamen ante judicium tractanda videantur. Peremptoriæ autem, quia non sunt de constituendo judicio, sed de jam constituto finiendo, & profligando, quia rem ipsam feriunt, finiunt, qua de agitur, & proprie reorum defensiones sunt, ideo quandiu judicium durat, quandoque opponuntur. Quod etsi edicto perpetuo cautum sit, ut ait *l.2. sup. sent. rescind. non poss.* tamen & naturæ congruit, ut ubi quandocunque pulsemur, integrum nobis sit promere nostras defensiones.

Ad L. V. Licet unde vi *interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei, qui per vim expulsus, post retinuit possessionem, auctoritate juris manifestatur.*

Ad L. VI. Si pactum intercessit, *in exceptione sine temporis præfinitione de dolo replicare potes.*

Ad L. VII. Si ex majore debiti *quantitate, minor tibi soluta est, nec liberationem debitori tuo præstitisti: petere quod non probatur redditum, contra exceptionem pacti replicationem tuam adjuvans intentionem, minime prohiberis.*

Ad L. X. Non exceptionibus *actores, quibus reis auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem, si quam habeant, muniant.*

LEx 5. *h. tit.* est de exceptione *quod vi, metusve causa factum sit*, quam ea lex docet eo distare ab interdicto unde vi, quo hoc sit annale, *l.2. sup. unde vi*, exceptio de vi sit perpetua: ut si is, qui per vim possessione sua depulsus est, eam casu aliquo recuperavit, retinebit eam adversus illum, a quo expulsus fuerat, proposita exceptione perpetua, quod vi se pridem expulerit, id est, eo, qui eum vi expulit, agente rei vindicatione, vel actione momenti, possessor tuebitur se hac exceptione, *si non adversus me agat, qui me per vim possessione dejecerat*, quæ est exceptio perpetua. Hæc est sententia *l.5.* Denique actio de vi, sive interdictum est annale, exceptio de vi perpetua. Et ita actio de dolo jure veteri est annalis: ex constit. Constantini est biennis, *l.ult. sup. de dolo*. At exceptio doli est perpetua. Et hæc ratio differentiæ proponitur in *l. pure, §. ult. ff. de doli except.* Exceptionem doli, vel de vi esse perpetuam, quæ reo competit, quia reus non habet in sua potestate, quando conveniatur, & consequenter quando se defendat, & eam exceptionem opponat: actor autem habet in sua potestate quando agat; quæ ratio est probabilis, & ea etiam Imperator utitur *in l. pen. sup. de tempor. in integr. restit.* Valebat plurimum hæc ratio, cum non dabatur unquam exceptio sine actione. Sed placuit (quod notandum) etiam sine actione exceptionem publice contestari posse in modum querelæ, ut sit querela verius, quam exceptio quando nemo agit. Quare exceptio non numeratæ pecuniæ finitur biennio, quia in potestate debitoris est, qui cavit se accepisse pecuniam, quam nunc dicit se non accepisse, exceptionem non numeratæ pecuniæ contestari, etiam nemine agente de pecunia credita, *l.8. 9. & l. in contr. initio, sup. de non numer. pec. l. ult. sup. de cond. ex lege*. Sed probabilitas supradictæ rationis confirmatur ad-

A dita hac communi ratione, quod *favorabiliores sint rei, quam actores*, exceptiones perpetuæ sunt, ubi actiones sunt temporariæ. Et notandum maxime, non tantum exceptionem, sed etiam adjectionem doli plerumque esse perpetuam: Nam sciendum est aliam esse actionem doli, aliam esse adjectionem doli: actio de dolo per se consistit: adjectio de dolo, est appendix alterius actionis. Et ita actio de peculio dicitur hanc habere adjectionem, *& si quid dolo malo captus, fraudatusque actor est*, adjectionem de dolo, sic vocatur *in l. bonæ fidei, in fi. D. de pecul.* quod etiam confirmat *l.1. §. filiumfam. D. depos. l.1. initio, D. quando de pecul. act. annal. sit.* Hæc autem adjectio de dolo affixa actioni de peculio, est perpetua, sicut actio ipsa de peculio, cui adhæret, nisi forte prætor in actione de peculio non patiatur eam adjici post tempus constitutum B actioni de peculio, quod forsitan non patietur prætor, motus æquitate quadam: alioqui adjectio de dolo erit perpetua. Et ita est explicanda *lex quæsitum, §. ult. D. de pecul.* ubi pro *objiciendo*, & *objici*, malo, *adjiciendo, & adjici*, quoniam loquitur, non (ut vulgus arbitratur) de replicatione doli, sed de adjectione de dolo malo affixa actioni de peculio. At replicationem doli mali, etiam constat esse perpetuam, ut patet ex *l.6. h. tit.* quia actio cui opitulatur, est perpetua, & ait *lex 6.* in exceptione pacti de dolo, replicari sine præfinitione temporis, id est, perpetuo. Unde notandum, ut in actione exceptionem (quod heri ostendi); ita in exceptione addi replicationem, exceptionem autem pacti elidi, & irritam constitui replicatione doli mali. Et hoc vult *l.6.* Hoc idem ostendit *sup. l.3. & l.7.* Exceptionem pacti excludi posita replica- C tione doli mali in hac specie: si creditor, qui partem pecuniæ accepit, spe mox recipiendæ alterius partis, non transigendi animo caverit se omnem pecuniam accepisse, nilque amplius petiturum, & petat reliquam pecuniam, & opponatur ei exceptio pacti, sive cautionis ab eo perscriptæ, tuebitur se replicatione doli mali, ut *in l. si inter, inf. de solut.* Et ita est explicanda *l.7.* Replicationes sunt subsidia actorum, exceptiones vero subsidia reorum *l.10. h. tit.*

Ad L. XI. Defensiones, sive exceptiones *ad intercessores extendi, quibus reus principalis integro manente statu munitus est, constat.*

REstat tantum ex tit. de except. lex 11. in qua proponitur hæc regula, *Defensiones, sive exceptiones, &c.* D Ergo exceptiones, quæ debitori principali competunt ad excipiendam iniquitatem actionis, competunt etiam intercessoribus ejus, id est, fidejussoribus, vel mandatoribus, vel iis, qui pro eo pecuniam se soluturos constituerunt, & aliquando etiam *expromissoribus*, id est, in quos translata est obligatio novationis genere, ut in *l.1. §. except. D. quar. rer. act. non det.* Et hujus regulæ duplex est ratio: una, ne fidejussor pecuniam amittat, ne in damno versetur, si forte debitor principalis solvendo non sit, nec possit fidejussori reddere, quod pro eo solvit. Qua de causa etiam invito reo, quæ ei prodest exceptio, prodest & fidejussori ejus, *l. fidejuss. D. de don. l. omnes, D. de except. l. si stip. & l. ex pers. de fidejus.* Altera ratio hæc est, quia nil prodest exceptio debitori, nisi etiam prosit fidejussori ejus, vel alii accessioni, sive intercessioni, pro- E pterea quod fidejussor, vel alius intercessor, quod solverit, mox a debitore potest repetere actione mandati. Et hoc est, quod dicitur eum, qui a fidejussore petit, *τῇ δυνάμει*, vi ipsa a debitore petere, *l. adversus, D. de recept. qui arb. recep.* Quare quibus casibus fidejussori, qui solvit, non est actio mandati, non est regressus adversus debitorem, pro quo solvit, sane iis etiam omnibus casibus hæc regula cessat, id est, *quæ debitori prodest exceptio, non prodest etiam fidejussori*: ut si fidejusserit donandi animo, vel in rem suam, *l. si quis reum, D. de liber. leg.* vel si fidejusserit pro invito debitore, *l. si pro te, D. mand.* vel si fidejusserit jussu testatoris, ut in casu *l. tribus, D. de usufr. earum rer. quæ usu consum.* vel si debitor adversus fidejussorem in integrum restitutus fuerit, *l.1. sup. de fidejuss. minor.*

minor. qua ratione etiam huic regulæ tantum locus est integro manente statu debitoris, ut ait *hæc l.* id est, debitore capite non deminuto: Nam debitore principali capite deminuto, veluti deportato in insulam, debitor quidem ipse omnimodo liberatur, *l. si deb. D. de fidejuss. l.2. D.de cap. min.* fidejussor autem ejus non liberatur, *l.1. inf. de fidejuss.* Et ratio ea est, quam ante notavi, quod cesset actio mandati, id est (ut dicam solicitius) quia si fidejussor solverit, adversus debitorem capite deminutum non habet actionem mandati, nec ullum alium regressum, aliamve viam repetendæ ab eo pecuniæ, quam pro eo solvit, sed habet tantum regressum adversus fiscum, ad quem bona deportati pervenerunt. Qua de causa apud Quintilianum in debitore adultero, id est, in *declam.*273. fidejussor sic loquitur: *integro statu debitoris mei, si a me petere maluisses, ad debitorem reverterer.* Utitur iisdem verbis, quibus *h. l.*11. *integro statu debitoris*: quia capite deminuto debitore, si fidejussor solverit, ad eum reverti non potest. Verum huic sententiæ objicitur *l. sed & si quis, in princ. Si quis cautio. jud. sist.* quæ l. ait, *eo qui datis fidejuss. promiserat stipulanti jud. sisti in diem certum, atque condictum: eo*, inquam, *mortuo, vel capite minuto*, id est, *mortuo civiliter ante diem, quo sisti debuit, fidejussor non tenetur.* Ergo capite minuto debitore, etiam fidejussor liberatur. Sed hoc casu ratio est evidens, cur & fidejussor liberetur, sicut debitor, qui liberatur morte naturali, vel civili, id est, capitis deminutione, quia desiit posse sisti in judicio, antequam committeretur stipulatio judicio sisti, id est, ante diem exhibitionis, quo exhiberi, & sisti debuit: Nam si post diem, quo sisti debuit, id est, post commissam stipulationem, moriatur debitor, vel capite minuatur, proculdubio cum fidejussore utiliter agi potest, quod non exhibuerit hominem condicto die, quod fefellerit ad condictum, ut in *l. si decess. D. qui satisd. cog.* Idemque est in stipulatione judicatum solvi, si quis pro alio fidejubeat judicatum solvi, & ille post judicationem, post condemnationem moriatur, vel capite minuatur: Nam & hoc casu cum fidejussore recte agitur, quia commissa fuit stipulatio, antequam promissor moreretur, vel capite minueretur, non etiam si mors contigerit naturalis, vel civilis ante condemnationem, quia jam desiit condemnari posse, ac proinde jam desiit committi posse stipulatio judicatum solvi: nec enim mortui condemnantur, aut capite minuuntur ex suis negotiis, vel litibus ab eis institutis. Et ita est accipienda *l.5. D. qui satisd. cog.* non ut vulgo, ut idem in ea proponatur, quod in *l.4. ex continenti*, cum *l.4.* sit de stipulatione judicio sisti, *l.5.* ut condemnationis nomen demonstrat, de stipulatione judicatum solvi. Verum in utraque idem juris est. Illud etiam adnotandum est, nos loqui generaliter de debitore capite deminuto, quæcunque capitis deminutio ei contigerit: nam semper fidejussores ejus manent obligati, & regulæ tantum locus est, manente integro statu debitoris. Sed hoc tamen interest inter minimam, & maximam, vel mediam capitis deminutionem, quod qui maximam, vel mediam capitis deminutionem patitur, id est, qui libertatem, vel civitatem amittit; liberatur omni jure naturali, & civili, *l. si deb. D. de fidejuss.* Ubi tota obligatio tollitur, id est, etiam naturalis, nec in eum ulla actio restituitur unquam, *l.2. l. tut. §. pen. & ult. D. de cap. minut.* qui autem patitur minimam capitis deminutionem, ut qui adoptatur in alienam familiam, vel qui emancipatur, liberatur jure civili, non jure naturali, & actio quoque civilis in eum restituitur a prætore post minimam capitis deminutionem, *d. l.2. de cap. min.* Facilius restituitur obligatio, quæ jure naturali consistit, quam quæ nullo jure consistit. Etiam illud notandum, huic regulæ, etiam integro manente statu debitoris, aliquando locum non esse, ut si debitor bonis cesserit beneficio leg. Juliæ: Nam exceptio hæc si non bonis cesserit, ei quidem prodest: verum fidejussori ejus non prodest, *§. ult. Instit. de replic.* qui non utitur hac ratione, quod hæc exceptio personæ cohæreat, ut fingunt omnes interpretes omittentes rationem traditam in eo §. sta-

A tuentes, ideo hanc exceptionem non prodesse fidejussori, quod cohæreat personæ debitoris, quod est falsum. Nam si cohæreret personæ debitoris, non competeret heredi ejus: Nam cohærere personæ, est non transire in heredem ejus personæ, *l. & si fid. & l. seq. de re jud.* At nemo negabit, quod si defunctus bonis cesserit, cessio bonorum prodest heredi. Quare etiam ille *§. ult.* exceptionem cessionis bonorum, quæ debitori competit, non ideo negat competere fidejussori, quod cohæreat personæ: nam certissimum est personæ cohærentes, aliis non prodesse. Et hæc exceptio opponitur huic regulæ, quæ est de exceptionibus cohærentibus rei, sive causæ: sed hæc ratio redditur in *hoc §.* quia fidejussor in hoc accipitur, ut facultatibus lapso debitore, creditor ab eo suum consequatur, sive bonis cesserit, sive bona ejus capite de- B minuti in alium translata fuerint. Ergo non est æquum in necem creditoris fidejussori prodesse hanc exceptionem. Et ita Fabius Declam. dicta, *sponsor in hoc*, inquit, *accipitur, ne creditor in damno sit.* Et ita auxilium restitutionis in integrum, quod adversus creditorem datur minori 25. annis, si deceptus & lapsus sit re ipsa, non dolo creditoris, non prodest fidejussori: non quia cohæret personæ minoris (nec enim cohæret, cum transeat in heredem minoris, *l. non solum, D. de rest. in integ.*) sed quia in hoc potissimum fidejussor accipitur ab eo, qui contrahit cum minore 25. annis, quod ei potius, quam minori fidem habeat. Ergo æquum est, ut ei frustra non sit, id est, ne in vanum ei cedat satis acceptio. Et hæc etiam ratio notanda in *l. in causæ, D. de minor.* alioquin, quæ minori 25. annis, circumscripto dolo adversarii, datur ex- C ceptio ex lege Lætoria (quod notandum) posset dici eadem ratione cohærere personæ minoris 25. annis, quæ tamen datur hoc casu etiam fidejussori ejus, *l.2. sup. de fidejuss. min. l.7. infr. D. de except.* Locus est valde notandus, & referendus ad legem Lætoriam, dum ait, *minore 25. ann. circumscripto dolo adversarii* (ut recte supplet glossa) *non tantum ei subveniri per exceptionem*, scilicet ex *l. Lætoria*, quia tractat de exceptionibus, & circumscriptio adolescentum vindicatur lege Lætoria, ut ait *Cicer. 3. offic.* sed etiam subveniri eodem modo fidejussori, data eadem exceptione ex lege Lætoria, quæ lex etiam definit adolescentiam usque ad 25. annum, qua ex re ea ætas vocatur legitima, quia definita est lege Lætoria, ut ait nominatim *l.2. C. Theod. de donat. intra annos legis Lætoriæ.*

D

AD TITULUM XXXVI.
DE LITIGIOSIS.

HIC tit. est de exceptione litigiosi, qua scilicet actori objicitur vitium litigiosi. Et *litigiosi* appellatione non tantum res continetur mobilis, vel immobilis, de cujus proprietate litem habet is, qui eam in alium transfert, ut definit Novella 112. sed etiam nomen debitoris, de quo agitur, & actio in judicium deducta, sive ambiguum chirographum, ut loquitur *l.3. hoc tit.* Et quamvis ipso jure tenet venditio, aut pigneratio, vel donatio, vel quæ alia alienatio rei, vel cautionis, sive actionis litigiosæ, *l.17. & 18.* E *ff. de rei vindic.* tamen ad irritum constituitur, & rescinditur, ut aperte ostendit *l.2. & ult. hoc tit.* & perinde est, atque si ea alienatio non intervenisset, re eodem loco restituta, quo fuit ante: per eosdem peragitur lis, in quos inchoata fuit, nec mutantur personæ litigatorum propter alienationem factam pendente lite ab uno ex litigatoribus, quoniam rescinditur, & emptor, vel donatarius vel creditor, si eam rem persequatur, quam ab eo accepit, qui de ea litem habuit cum alio, repellitur exceptione litigiosi, ut in *l.1. ff. eod. l.1. §. ult. D. quæ res pignor. oblig. poss. l. bona, §.1. ff. ad Senatusc. Vellej.* & hoc indistincte, sive sciverit rem esse litigiosam emptor, aut donatarius, aut creditor: sive ignoraverit, ut constat ex principio *legis ult.* Et ratio hæc est, quia debuit esse curiosus, &

dili-

diligenter inquirere, quæ res sibi venderetur, nec temere emere ab improbo venditore, qui pendente lite rem divendit, vel alio modo alienat, ut duriorem faciat conditionem adversarii, puta opposito fisco, vel alio potentiori adversario, cui divendit rem. Qua ratione, quamvis quis rem vendiderit ante litem motam futuræ litis, quam prospicit, mutandæ gratia, is adversario tenetur actione in factum in id quod est ex edicto de alienatione judicii mutandi causa facta, quamvis vendiderit rem non litigiosam, quia vendidit futuræ litis prospectu. Quod si vendiderit rem litigiosam post motam litem, etiam adversario tenetur in duplum ex 12. tabul. si rem, ut dixi, alienaverit post litem motam, puta si eam in sacrum dedicavit, quia ea dedicatio rescindi non poterit, quia judices & Pontifices religioni favent. Ideoque, qui hoc genere rem litigiosam alienavit, quia irrita fieri alienatio non potest, adversario tenetur in duplum ex 12. tabulis, *l. ult. ff. de litigios.* Idemque dicendum opinor eadem ratione, si quis servum litigiosum manumiserit, ut teneri debeat adversario in duplum, in cujus fraudem manumiserit consulta opera, quia vix manumissio rescindi potest, quia prætores favent libertatibus, *l. 3. §. 1. ff. de alienat. jud. mut.* Sed si alio genere, quam dedicatione, vel manumissione rem litigiosam alienaverit, adversario non tenetur, in cujus fraudem hoc fecit, quia satis est adversario, quod alienatio irrita constituitur, & emptor, vel quivis alius, in quem res est alienata, repellitur exceptione litigiosi. Priori casu, id est, re vendita ante motam litem, emptio non rescinditur, nec emptor ulla exceptione repellitur. Sed qui vendidit, ut dixi, tenetur adversario in id quod interest, quæ distinctio est valde notanda. Et hæc quidem locum habent, cum quis rem litigiosam accepit ex causa emptionis, vel donationis, vel permutationis, vel ex causa pignoris, vel ususfructus, aut emphyteuseos: non etiam, si cui testamento, vel codicillis res litigiosa legata sit: Nam ad hanc speciem non pertinet exceptio litigiosi, quia hujus alienationis occasio est mors litigatoris, non cupiditas vexandi adversarii: unde qui eam rem petit ex testamento, vel codicillis, nulla exceptione submovetur, sed ex sententia *l. 3. h. tit.* heredes ei præstant æstimationem, non rem ipsam, de qua lis pendet, & litem peragunt heredes suo periculo. Legatum igitur rei litigiosæ magis in æstimatione, quam in corpore consistit ex *l. 3. h. tit.* Quæ tamen corrigitur in *Novella* 112. ex qua tale legatum consistit in eventu litis, ita ut si vicerit heres, debeatur: si non vicerit, non debeatur, qua de causa & liti adesse legatarius potest, & jus defuncti tueri, ne quid per collusionem fiat inter heredem & adversarium, ut in *l. si suspecta, D. de inoff. testam.* Utut sit, res litigiosa omnimodo recte relinquitur in testamento, vel codicillis, nec exceptio litigiosi pertinet ad hoc genus alienationis. Constat etiam recte in alium transferri rem litigiosam ex causa transactionis, & divisionis rerum hereditariarum factæ inter coheredes, *l. ult. h. tit.* & rationem reddit Justinianus in *d. Novella*, quod divisio omnium rerum hereditariarum facta inter coheredes non videtur esse alienatio, cum ad eos res litigiosa jure hereditario pervenit, & in *l. ult.* hæc verba (*transactionis, vel divisionis*) quæ non capiunt glossæ, ego pro uno eodemque negotio accipio, videlicet cum transactionis causa inter se coheredes faciunt divisionem bonorum. Vix unquam fit divisio inter consortes sine transactione, ideoque sæpe divisioni jungitur transactio, *l. tres fratres, D. de pact. l. cum proponas 2. sup. eod. l. qui Romæ, §. ult. D. de verbor. oblig. l. cum putarem, in fine, D. fam. ercisc. l. 2. sup. int. al. act. vel judic. al. non noc.* Placet etiam rem litigiosam in alium transferri posse ex dotis causa, vel donationis propter nuptias, *l. ult. h. tit.* Et ratio hæc est, quia & occasio hujus alienationis est affectio nuptiarum, dum forte non suppetit alia res, quæ in dotem detur, non cupiditas vexandi adversarii. Iis igitur causis exceptis, legati, divisionis, & transactionis, & dotis, ac donationis propter nuptias, ex aliis omnibus causis, qui rem litigiosam ac-

A cepit a litigatore, sciens vel ignorans, repellitur exceptione litigiosi si agat, & redhibere rem cogitur, & in suum locum reponere, ut iidem peragant litem, qui eam inchoarunt. Adnotandum, non tantum esse exceptionem litigiosi, sed etiam pœnam litigiosi quandam, *l. 2. D. de litigios.* quæ fisco præstatur *l. 1. D. de jur. fisci*, & definitur in *l. ult. hoc tit.* Exceptio litigiosi obstat & scienti & ignoranti, ut ante dixi: Pœna proponitur scienti duntaxat, *d. l. 2.* ita scilicet ut qui sciens rem litigiosam emit, vel ex donationis causa accepit, vel qua alia ex causa superius non excepta, pretium quanti emit, si emit, præstet fisco: cui etiam fisco tantundem præstat venditor, quanti vendidit: vel si jam venditor pretium accepit ab emptore, fisco venditor præstat duplum, emptor nihil, exemplo domus venditæ demoliendi causa,
B *l. ult. D. de dam. infecto, l. senatus, D. de contrah. empt.* Donator quoque & donatarius, qui sciebant rem esse litigiosam, fisco conferunt duplum veri pretii, quanti res est. Et ita puniuntur scientes: Ignorans autem emptor vel donatarius (nam falsum, quod ajunt Accursius & Joannes Faber, legem ultimam non distinguere inter scientem & ignorantem donatarium, sed emptorem tantum) Ignorans igitur emptor, vel donatarius, qui rem litigiosam accepit a litigatore, & a sciente igitur, tantum abest, emptione rescissa, ut teneatur in pœnam, ut litigator, qui in eum rem transtulit, teneatur potius emptori reddere pretium conventum, aut donatario verum pretium, quanti res donata est, & hoc amplius tertiam partem pretii, fisco autem duas partes, ut quidam peritissimi viri & acutissimi notarunt hoc loco,
C teste Accursio: fisco, inquam, duas partes, ita ut sciens plectatur in duplum, nimirum præstando ei, quem decepit, pretium rei, & ejusdem quantitatis partem tertiam, & reliquas duas partes fisco propter improbitatem & reticentiam suam, qui emptori, vel donatori non dixit, se in eum transferre rem litigiosam. Et ita accipienda est *lex ult. hujus tit.*

AD TITULUM XXXVII.

DE CONTRAHENDA, ET COMMITTENDA STIPULATIONE.

INITIO 35. tituli, de except. jam dixi (ut constaret
D vobis ratio dispositionis titulorum) peracto tractatu negotiorum, actionumque civilium, primum proponi exceptiones, quibus actiones civiles, vel honorariæ excluduntur, deinde vincula & remedia juris, quæ adhibita negotiis & obligationibus civilibus eis adminiculari solent. Hæc juris remedia sunt stipulationes, ut in *l. licet, sup. famil. ercisc. Stipulationis*, inquit, *& juris remedio adhibito*, id est, *stipulationis justæ remedio*, ἐν διὰ δυοῖν, *stipulationis justa, stipulationis legibus cognitæ*, *l. 10. hoc tit.* Et vincula obligationum civilium stipulationes sunt, omnes obligationes sunt vincula. Sed longe plurimum valent vinculorum vincula, quæ stipulationes sunt, vincula & catenæ, ut est in Satyra Horatii.

. . . . . mille adde catenas:
Effugiet tamen hæc sceleratus vincula Protheus.

E Intelligit enim stipulationes, quas Jurisconsulti introduxerunt, ut ceteris obligationibus subjicerentur, earum adstringendarum & firmandarum gratia, tam civilibus, veluti ex contractibus juris gentium, vel juris civilis, quam naturalibus tantum: veluti ex pactis conventis, unde & nomen traxere. Paulus 5. Sententiarum, *Stipulationes*, ait, *appellatæ sunt, quod per eas firmitas obligationum constringitur: Stipulum enim*, inquit, *veteres firmum appellabant.* Et quod additur *Institutionibus initio tit. de verb. obligat.* (*forte a stipite descendens*) debet intelligi, non de quolibet stipite, neque enim firmi & robusti sunt omnes, sed de stipite, cui argilla, vel creta, vel cera superimposita figuli simulacra, aut vasa, quæ fingunt, firmare solent. Verbo (*firmare*) in ea re Festus utitur: Et

Et is stipes Græce *κάνναβος* dicitur auctore Polluce & Hesychio, & a Tertull. *crux*, *& patibulum* in Apologet. cap.12. & 16. Stipulationes igitur per se solæ non consistunt, sed aliarum obligationum fulcimenta & accessiones sunt, ut ostendit *l.5. §. conventionales*, *D. de verb. oblig.* ut scilicet id, de quo prius inter aliquos convenit, mox verbis quoque stipulationis concludatur, & confirmetur *l. si dominus*, *D. de præscriptis verbis*, & quæ ex priori conventione, vel causa non competit actio, competat ex stipulatu, vel ut præter eam, quæ competit ex priore causa, competat etiam ex stipulatu, vel ut novetur prior causa. Exemplo sit stipulatio solvendi legati, quæ interponitur, vel quod ex testamento peti nequeat, ut *l. fideicommissum*, *D. de condict. indeb.* vel ut non tantum ex testamento, sed etiam ex stipulatu peti possit, *l. Titius in fine*, *D. ad Senatusconf. Trebell.* vel ut causa testamenti novetur, *l.8. §.1. D. de novat.* & ut etiam ex stipulatu agi possit, quia etiamsi alia suppetat actio, & sufficiat; tamen nulla alia actio est, vel bonæ fidei, vel stricta, quæ sit actori commodior, aptior, utilior ad jus suum obtinendum, & quidem summum, quam actio ex stipulatu: & utique actio stricta semper est melior actori, quam sit actio bonæ fidei, tametsi Accursii aliud sit judicium in *l. si cui*, *§. si Titio*, *D. de leg.1.* Sed refellitur, quia in judicio bonæ fidei nimia est licentia judicis, quæ res materiam sæpe præbet gratiæ, vel ambitionis, vel sordium. In judicio stricto nulla, vel arcta admodum est licentia judicis. Et sic in *l. si vendidero*, *§. si Titius*, *D. de furt. & l. cum quis*, *§.1. D. de solut.* ostenditur, actori meliorem esse condictionem furtivam, quæ est stricta, quam negotiorum gestorum, quæ est bonæ fidei. Sic fit ut plurimum contractibus bonæ fidei subjiciantur stipulationes, ut etiam ex stipulatu agi possit, si malit actor agere directo & aspero judicio. Denique ex iis, quæ diximus hactenus, apparet, stipulationem sine causa aliqua non fieri, quæ præcedat, vel sequatur, quæ subsit. Sane, si quando fiat stipulatio nulla existente conventione, vel causa, per exceptionem doli mali irrita constituitur, *l.2. §. circa*, *D. de doli except. l. si stipulatus esses*, *D. de fidejussor.* Et rectissime Cajus in Institut. *verborum obligationem*, ait, *contrahi ex interrogatione dantis, & responsione accipientis*. Verba illa (*dantis & accipientis*) demonstrant, stipulationem pendere ex alio contractu, ex alia conventione, vel causa, quæ præcedat stipulationem, vel etiam sequatur, ut si crediturus pecuniam, antequam eam adnumeret, eam sibi reddi stipuletur. Semper enim causa, propter quam interponitur stipulatio, intelligitur esse prior, licet tempore posterior, ut *l. petens*, *sup. de pact. l.3. §. ult. l. contra*, *D. ad Senatusc. Macedon.* Ex supradictis etiam apparet, cur stipulationes stricte appellentur. Boetius 6. Commentario in Topic. Cic. *In bonæ fidei judiciis*, inquit, *judices non strictas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quærunt*. Strictas appellat stipulationes, tum quod alias conventiones adstringant, tum etiam, quod ipsæ strictas interpretationes recipiant, ut ostendit *l. quidquid adstringendæ*, *D. de verb. oblig.* & omnium optime *lex stipulatus* 44. *D. de fidejuss.* Et de vi quidem, natura, & usu stipulationis hactenus. Nunc quia hic titulus duo pollicetur se demonstraturum, ut contrahatur, & ut committatur stipulatio, videamus primum, ut contrahatur. Et hoc nemo ignorat, stipulationem contrahi propriis verbis, hodie quibuscunque verbis ex Constitutione Leonis, id est, ex *l.10. hoc tit. l.4. §. si quis autem*, *sup. de receptis arbitris*. Olim non contrahebatur, nisi solemnibus & directis, ut ait lex 10. id est, *civilibus & legitimis*, quibus scilicet leges & legum consulti uti solent, non vulgaribus verbis, sed verbis juris civilis, veluti *spondes? spondeo: fidepromittis? fidepromitto: fidejubes? fidejubeo*. Quare & in contrahendis stipulationibus adhibebantur Jureconsulti, qui earum formulas dictarent, vel præirent. Ovid. in Epist. Acontii ad Cydippen.

Dictatis ab eo feci sponsalia verbis,
Consultoque fui juris amore vafer.

A Significat amorem ei fuisse Jurisconsultum, & dictasse verba sponsionis. Idemque primo Amorum Eleg. 13.

Atque eadem sponsum consultum ad atria mittis,
Unius ut verbi grandia damna ferat.

Nam ex stipulatione obligamur uno verbo, veluti *spondeo*: ut idem Marcus Tullius pro Cæcinna: *Si quis*, inquit, *id, quod spopondit, qua in re verbo se uno obligavit, non præstat, maturo judicio condemnatur*. Ergo, quia stipulatio olim non contrahebatur, non fiebat, nisi verbis directis & legitimis, proinde non fiebat, nisi latinis verbis, quia verba directa sunt Latina, verba juris civilis. Sed postea receptum est longe ante constitutionem illam Leonis, ut & quacunque lingua stipulatio fieri possit utilitatis gratia, quia stipulatio accedit omnibus negotiis jurisgentium, aut potest accedere, quæ quacunque lin-
B gua contrahuntur, & conveniens congruumque est eundem esse accessionis sermonem, & negotii principalis, & ita definitur *l.1. §. ult. D. de verb. oblig. l. Græce*, *D. de fidejussor.* Verum hac in re hoc exigebatur alia lingua, si fieret stipulatio, quam Latina, ut ita fieret, sicut fieri solet Latina: cujus rei argumentum est in *l. an inutilis, in fin. de acceptilat.* Quod hodie tamen Leo non exigit. Id etiam ante Leonem receptum fuit; si instrumento cautionis, id est, stipulationis redactæ in literas, scriptum sit, promisisse aliquem illud vel illud, nullo alio adjecto, puta eo non dicto, promisisse interroganti, vel stipulanti, vel promisisse solemni stipulatione, omnia præsumi solemniter acta, præcessisse scilicet interrogationem conceptam verbis directis, & sequutam responsionem congruam & comparem, si modo (quod no-
C tandum) ita ex scripto res gesta sit inter præsentes, quæ est sententia *l.1. hoc tit. & l. Titia*, *§. pen. D. de verb. oblig.* Et hunc modum (si res gesta sit inter præsentes) ex his duobus locis adjectum volo ad *l. sciendum*, *de verbor. obligat. & §. ult. Institut. de fidejussor. & §. si scriptum*, *Instit. de inutil. stipulat.* ubi dicitur, *si scriptum sit promisisse aliquem, omnia videri transacta solemniter*. Sed addendum omnino, *si hoc scriptum sit inter præsentes, non si inter absentes*: Nam inter absentes facta stipulatio nullius est momenti. Nam quod fit inter absentes, nudo consensu fit, non verbis. Verba sunt tantum præsentium, mutant verba præsentes, non absentes, & stipulationis substantia consistit ex verbis. Præsumptio autem illa non potest fieri invita substantia ipsius rei, invita natura. Ergo non inducitur, nec fit, nisi, ut dixi, ita res ex scri-
D pto gesta sit inter præsentes. Et inde si quæras, an recte fiat stipulatio per epistolam? dicam intrepide & incunctanter, recte fieri, sed inter præsentes tantum: nec enim absentibus tantum emittuntur epistolæ, sed & præsentibus, maximæ cautionales. Multa genera epistolarum afferunt Rhetores, nostras omittunt epistolas cautionales, quæ emittuntur, & exponuntur inter præsentes, ut in hac *l.1.* & in *d. l. Titia*, *§. pen.* ponitur, epistolam, qua quis cavit vel promisit alteri, se daturum aliquid, vel facturum, factam fuisse inter præsentes. Recte igitur fit stipulatio per epistolam inter præsentes. Epistolæ quædam sunt cautionales, id est, quæ continent stipulationem, quæ tantum fiunt inter præsentes, non inter absentes: aliæ sunt, quæ fiunt & inter præsentes & inter absentes; *ut fideicommissariæ*, quas etiam Rheto-
E res omittunt, *l. cum quis*, *§. pater*, *de leg.3. l.7. sup. qui testament. fac. poss.* quibus scilicet quis alteri fideicommissum relinquit præsenti, vel absenti. Et *epistolæ conventionales*, quibus paciscimur aliquid cum alio, vel constituimus nos soluturos pro nobis ipsis, vel pro aliis, vel contrahimus emptionem, aut venditionem, aut locationem, aut alia negotia, quæ nudo consensu perficiuntur, ut *l.2. D. de pact. l.2. D. de obligat. & action. l.9. D. de prec. l. qui autem*, *§. ult. D. de constit. pec.* Et epistolæ, quibus libertos nostros aliis assignamus, epistolæ *assignatoriæ libertorum*, quæ jus patronatus transferunt in alium, *l.7. de assign. libert.* & quibus restituimus hereditatem, *l. restituta*, *D. ad Trebell.* vel quibus recusamus adire hereditatem, *l.6. eod.* vel quibus cedimus bonis no-

nostris creditoribus, *l. ult. D. de cess. bonor.* Et hæc quidem omnia fiunt per epistolam, sed inter præsentes tantum, non inter absentes. Et ita in *l. ea quæ, D. de donat. inter vir. & uxor.* intelligere oportet stipulationem factam fuisse per epistolam inter præsentes, alioquin inutilis esset stipulatio.

Ad L.II. Si filiæ tuæ, *quam in potestate habebas, pecuniam dari stipulatus es: paratam obligationem exercere non prohiberis.*

LEX 2. docet, patrem stipulantem pecuniam dari filiofamil. vel filiæfamil. sibi adquirere obligationem, quamvis non sibi, sed filio stipulatus sit, & ex ea stipulatione agere posse. Ratio hæc redditur in §. *ei vero, Inst. de inutil. stipul. quia*, inquit, *vox patris, tanquam vox filii est*, id est, ipse filius sibi stipulatus intelligitur: ergo tanquam per filium patri confestim obligatio adquiritur, sicut si ipsemet filius sibi dari stipulatus esset. Vinculum potestatis unius vocis, & unius personæ intellectum inducit, sicut in domino & servo, *l. si servus communis, D. de dam. inf.* Ut ex contrario solutio potestatis, veluti emancipatio, aut manumissio dividit personas patris & filii, domini & servi, *l. si Pamphilo, D. de opt. leg.* & Theophilus noster in §. *an servo, Instit. de legat.* Et in iis causis etiam, in quibus filiusfam. pro patrefam. habitus, non adquirit patri, ut in causa castrensis, vel quasi castrensis peculii, sane duæ intelliguntur esse personæ, patris & filii, atque adeo, si ex causa castrensis peculii, quod pertinet ad filiumfam. pater filio dari stipuletur, nihil agit, quia stipulatus videtur alteri, & extraneo, *l. 15. §. 1. D. de castrensi pecul.* Et certissimum est, alteri factam stipulationem, id est, extraneo sui juris, non homini nostro juri subjecto, aut cujus juri nos subjecti non sumus, nullius momenti esse. Item in iis, quæ sunt facti, id est, quæ in actu filii consistunt, dividuntur personæ patris & filii, quia facta naturalia sunt, & fictione juris, non natura, pater & filius unius personæ loco sunt. In iis igitur, quæ natura constant, & in quibus natura sola valet, & spectatur, utique semper distinguimus personam patris a persona filii, ut si filius stipuletur *sibi soli ire, agere licere per fundum L. Titii*: vel, *sibi soli tenere licere fundum Lucii Titii*, quo genere nudum factum in stipulationem deducitur, nuda itio, nudus actus, nuda detentio, soli filio ire, agere, aut tenere licet ex ea stipulatione, non patri, §. *sed cum factum, Instit. de stipulat servor. l. stipulatio ista, §. ii qui sunt, D. de verb. obligat.* quia naturaliter factum cohæret personæ facientis, aut electi ad faciendum, nec divelli ab ea, & in aliam personam transire potest: jus facile commeat a persona in personam, factum non item: ut mortuo testatore jus hereditatis aditæ protinus transit in heredem, possessio æque non transit, quæ facti est, nisi sit apprehensa corpore heredis. Et similiter factum, quod alius explere debet in personam filii, non potest explere in personam patris, in cujus potestate est: ut si quis a testatore conditionis implendæ causa jussus sit dare, tradere, vel solvere filio Titii, soli filio dare, tradere, vel solvere debet, non patri, *l. qui heredi, D. de condit. & demonstr.* quia factum ita cohæret personæ facientis, ut si collatum sit in aliam personam, id is, qui facit, qui factum explet, explere tantum possit in personam, in quam collatum est: & consequenter, si pater stipuletur filio ire, agere licere, aut tenere rem illam licere, quæ facti sunt & corporis, omnino inutilis est stipulatio, *l. quod dicitur, D. de verb. obligat.* Ratio hæc est, quia ex ea stipulatione, neque pater, neque filius agere potest. Ergo est inutilis. Non pater, quia factum adjectum est personæ filii, non patris. Denique ex ea stipulatione frustra ageret pater, quia ex ea ei ire, agere, aut tenere non licet, sed filio tantum. Non potest etiam ex ea agere filius, alioqui per patrem videretur filio adquiri obligatio, quod est absurdum. Filii est adquirere patri, non patris filio, *l. cum dos, D. de pact. dotal.* Et e contrario, si filius stipuletur factum patri, patri ire, agere, aut tenere licere, proculdubio hæc stipulatio per filium adquiritur patri jure potestatis, *d. l. quod dicitur*: Ait autem hæc lex 2. patrem stipulatum filiæfamil. *pecuniam dari*: quid si fieri filio, vel filiæfamil. puta domum exædificari filiofamil. Et placet hanc quoque obligationem, sive stipulationem adquiri patri, perinde atque si filius ipse sibi fieri stipulatus esset, *l. quodcunque, in princ. D. de verb. obligat.* Nam factum filii hac stipulatione non continetur, sed promissoris tantum. Et tale est factum, ædificatio domus, ut in personam filii ipsum non expleatur, sicut traditio & solutio. Denique hac stipulatione jus solum confertur in filium, & mox a filio transit ad patrem.

Ad L. III. Si cum pecuniam *tuam crederes, accommodato nomine Juliani stipulatio in personam ejus absentis directa est: cum nihil sit actum ea verborum conceptione, intelligis superfuisse tibi rei contractæ obligationem, ac propterea, si pecuniam a debitore tuo Julianus exegerit, eamque solutionem ratam habuisti, habes adversus eum negotiorum gestorum actionem.*

SPecies legis tertiæ hæc est: Lucio Titio credidi pecuniam meam meo nomine, & stipulatus sum eam reddi Juliano cuidam absenti & ignoranti: inutilis est stipulatio, quia alteri, id est, extraneo, in cujus potestate non sumus, vel quem in potestate non habemus, frustra stipulamur, ex regula juris. Consistit tamen obligatio mutui: nulla est stipulatio, manet tamen & competit mihi condictio creditæ pecuniæ adversus Lucium Titium. Denique verbis contracta obligatio non consistit, re contracta obligatio consistit, nec inutilis utilem vitiat. Quod si forte L. Titius Juliano solverit pecuniam, lex ait, Julianum mihi teneri actione negotiorum gestorum, si solutionem ei factam ratam habuerim, ut mihi restituat, quod perceperit. Quæ postrema pars hujus legis repetita est in *l. si pecuniam, sup. de negot. gest.* Quæ tamen alii inscripta est, nempe, Salustio, hæc Hadriano, nec scio unde error proficiscatur. Nam illa pars est istius. Posui (quod etiam lex ponit) me stipulatum absenti Juliano, sed hoc arbitror legem sumere ex facto proposito: Nam idem est si stipuler præsenti Juliano. Denique alteri stipulari non possum, neque absenti, neque præsenti, quia neque si præsenti sim stipulatus, potest videri ille stipulatus, qui præsens fuit & tacuit: Nam in stipulationibus sermone opus est stipulantis: qua de causa mutus inutiliter stipulatur nutu, vel quo alio signo, *l. 1. ff. de verb. oblig.* Ergo ita constituo, alteri absenti, vel præsenti neminem utiliter stipulari posse. Posui etiam cum Accursio, me pecuniam meam credidisse meo nomine: nam si nomine Juliani credidissem, Juliano competeret condictio certi, *l. certi, §. si nummos, ff. de reb. cred.* quam etiam notavit Accursius. Et tamen lex *certi* condictionem ex numeratione pecuniæ aperte dicit mihi competere, non Juliano. Et illa verba legis (*debitore tuo*) demonstrant etiam mihi creditam pecuniam deberi, non Juliano. Et quod subjicitur, *non recte solvi eam pecuniam Juliano, nisi ratam fecero solutionem*, etiam demonstrat, mihi, non Juliano ex numeratione debitam fuisse pecuniam. Et secundum hoc, quod satis jam comprobatum est in *h. l. 3.* verbum (*crederes*) est subdistinguendum, & tollenda est subdistinctio a nomine Juliani, ut ita omnino sit eadem species hujus legis, quæ *l. certi, §. quoniam, ff. de reb. credit.* Glossa in verbo (*directa est*) recte ait: *Nota, quod hic tenuit obligatio contracta re, non verbis*: hoc est verum: Sed quod postea subjicit: *Et præterea, aut in dando, aut in faciendo consistit, &c.* Ea omnia obliteranda sunt, quia neque mentem ullam habent, neque rei propositæ conveniunt. At alia Glossa recte ponit Julianum exegisse pecuniam nomine meo, ex quo sequitur, me cum eo recte agere negotiorum gestorum, ut reddat pecuniam, quam recepit meo nomine. Ultima autem glossa tentat, Julianum, qui exegit pecuniam a me creditam, Lucio Titio, qui eam exegit meo nomine, mihi teneri mandati, non (ut lex ait) negotiorum gestorum ex regula jur. *l. semper, qui non prohibet, De*

de reg. jur. Qui ratum habet, quod geſtum eſt, mandati obſtringitur: Ego ratam habeo ſolutionem factam Juliano. Ergo mandati teneor. Et in hac re explicanda, ſive diluenda valde laborant tum hoc loco, tum in *d. l. ſi pecuniam*. Sed nihil eſt, quod tam facile poſſit expediri: de eadem re non eſt abſurdum, ſi detur & negotiorum geſtorum, & mandati actio, etſi ſit in arbitrio actoris, utra malit uti, negotiorum geſtorum, quod res geſta ſit ſine ſuo mandato, vel mandati, quod ratihabitio mandato comparetur, & retrotrahatur. Ergo quæ lex dat actionem negotiorum geſtorum, non ideo denegat mandati actionem: vel contra, quæ dat mandati, non ideo denegat actionem negotiorum geſtorum. Sed eſt in poteſtate actoris, ex eadem cauſa, hac, vel illa experiri, quia & ratihabitio pro mandato eſt, & ita in *l.5. D. de except. rei jud.* proponitur, eum, qui egit de eadem re mandati, poſtea agere negotiorum geſtorum, & tamen repelli exceptione rei judicatæ, quia licet agat alia actione, tamen agit eadem de re. Quod fuiſſe in formulis Juriſconſultorum, in formula nimirum exceptionis rei judicatæ M. Tullius indicat 5. de finibus. *Vt in actionibus*, inquit, *præſcribi ſolet, de eadem re egit alio modo*. Et 13. epiſt. ſcribens ad Juriſconſult. Servium Sulpitium, *ut in formulis veſtris, ſic ego in epiſtolis, de eadem re alio modo*, quæ res non impedit exceptionem rei judicatæ. Utut ſit, veriſſimum eſſe hoc conſtat ex *d. l.5.* in arbitrio eſſe actoris, de eadem re, qualiſcunque illa ſit, ut agat mandati, aut negotiorum geſtorum, ſi ratum habuerit quod geſtum eſt.

Ad L.IV. Secundum reſponſum *Domitii Vlpiani præfecti annonæ, Juriſconſulti amici mei, ea, quæ ſtipulata eſt, cum moreretur, partem dimidiam dotis, cui velit relinquere, reddi ſibi cum moreretur, eam partem dotis ſtipulata videtur.*

EST ſingulare in *h. l.4.* reſponſum Ulpiani, quod non exſtat alibi: & ex eo reſponſo Alexander Imperator rem, de qua rogatus fuerat, dirimit: quem etiam *h. lex 4.* indicat, fuiſſe præfectum annonæ ſub Alexandro, his verbis: *Domitii Vlpiani præfecti annonæ, Juriſconſ. amici mei*, ut hodie Principes noſtri etiam ſolent ſcribere, *à noſtre amè, & feal*, ut in *l. Divi, D. de jure patr. & l.ult. D. de offic. præfect. vigil. & l.1. §. denique, de appell. l.1. C. Hermog. ex delict. defunct. l.1. C. Greg. ſi adverſ. donat. &* Treb. Pollio in Claudio, *Gratianus Imperator Claudio Duci Illyrici parenti, & amico ſuo*. Alia lex Alexandri nempe *l.14. ſup. de loc.* oſtendit etiam, Ulpianum fuiſſe præfectum prætorio ſub Alexandro. Et Lampridius etiam, & idem magiſtrum ſcrinii. Et ſolus Zoſimus auctor eſt, quod nemo intellexerat ante editionem Zoſimi, ut Papinianum; ſic etiam Ulpianum fuiſſe occiſum a Prætorianis militibus ſeditione motis. Singulare autem reſponſum Ulpiani eſt, ut ſi mulier ſtipulata eſt a marito cum moreretur partem dimidiam dotis reddi ei, cui ipſa vellet relinquere: incertæ igitur perſonæ, ut valeat ſtipulatio, quia hoc genere, non alteri, ſed ſibi ipſi videtur ſtipulata: Ideoque ſi eam partem nulli reliquerit teſtamento, vel codicillis, tranſmittet ſtipulationem ad legitimum heredem, quia non eſt inutilis, cum hoc genere ſibi ipſi videatur ſtipulata, cum eſt ſtipulata ei, cui illa moriens vellet relinquere.

Ad L.V. Nudà pollicitatione, *ſecundum ea, quæ ſæpe conſtituta ſunt, ad præſtanda ea, quæ promiſerat, urgeri quenquam non ſemper jura permittunt. Verum quoniam præterea ſi contra pactum fecerit, quanti ea res eſt, dari tibi ſtipulanti, adverſarium tuum promiſiſſe proponas: hujuſmodi etiam obligationis poſt motam litem extitiſſe conditionem, & ejus ſummæ, quæ in hac quoque ſtipulatione continetur, petitioni locum factum eſſe convenit.*

SUperiores leges fuerunt de contrahenda ſtipulatione: lex 5. de committenda ſtipulatione: committitur ſtipulatio, cum ex ea agi poteſt. Pura igitur ſtipulatio committitur ſtatim: conditionalis, cum conditio extiterit: concepta ad diem, cum dies venerit. Lex 5. eſt de ſtipu-

A latione conditionali, cui injecta eſt hæc conditio, *ſi adverſus pacta conventa factum erit*. Et ait initio, nuda pollicitatione: ut ex pacto nudo non naſcitur actio, quæ regula juris dicitur in *l. jurisge tium, §. idem reſponſum, D. de pact.* & νόμιμον ψήφισμα in *Novella Leonis 72.* Ita ex nuda pollicitatione etiam non naſcitur actio, aut multo minus naſcitur. Paulus 5. Sententiarum *ex nuda pollicitatione*, inquit, *nulla actio naſcitur*. Et ideo ſubjicit ibidem Paulus id, quod eſt in *l.ult. D. qui teſtam. facere poſſ.* bona ejus, qui ſe Imperatorem heredem facturum jactaverat (quæ jactatio pollicitatio eſt) non poſſe a fiſco vindicari, quia ex nuda jactatione, ſive pollicitatione non naſcitur actio. Differentia inter pactum & pollicitationem nota eſt ex *l. pactum, D. de pollicit.* Pactum eſt, quod placuit inter duos, pluresve. Pollicitatio eſt ſolius offerentis pro-
B miſſio. Ceterum ut pactum ſæpe tranſit in contractum, *l. ſi unus, §. idem dicemus, D. de pact.* Pactum, inquit, proficit ad novum contractum. Qua re fit, ut eadem conventio, veluti arræ datio, modo appelletur pactum, modo contractus, quia ex pacto abiit in contractum, ex pacto exiit contractus, *l.3. ſup. quando liceat ab empt. diſced. l. contractus, ſup. de fid. inſtru.* Ita pollicitatio ſæpe tranſit in pactum, vel in contractum. In contractum, ut in ſpecie *l.ult. §. ult. de obligat. & act.* quæ eſt elegantiſſima: ſi ultro per epiſtolam tibi pollicear ſalarium tot aureorum quotannis, ſi diſtracta omni re tua ad me venias, operas mihi præſtaturus illas vel illas, & tu diſtracta omni re tua veneris, pollicitatio tranſit in contractum, quia ex parte tua ſumpſit effectum, quoniam diſtraxiſti omnia tua, & veniſti ad me: & ideo ſalarii nomine tibi in me
C competit actio præſcriptis verbis, quaſi ex articulo *do ut facias*, ut in *l. cum mota, ſup. de tranſact.* quia inſpicitur ratio initi, non impleti contractus. Initus autem ita fuit, *Dabo ſalarium*, & licet tu cœperis facere pro tua parte, quod volui, priuſquam darem ſalarium, tamen res non dicetur geſta hoc modo, *facio ut des*, ex quo articulo non datur actio præſcriptis verbis, ſed inſpecto initio, ut in *d. l. cum mota*, res ita geſta dicetur, *do ut facias*, ex quo negotio conſtat naſci actionem præſcriptis verbis. Pollicitatio autem tranſit in pactum, ſi quod ultro tibi pollicitus ſum per nuntium, vel per epiſtolam, tu ratum acceptumque habuiſti, ut in *l. qui negotia, D. mand. l.15. D. de fund. dot.* Et hoc caſu eadem conventio & pollicitatio, & pactum dici poteſt pollicitatio, inſpecto initio, pactum, inſpecto exitu, quia pollicita-
D tio deſcivit in pactum, ut in hac lege, ubi eadem conventio dicitur nuda pollicitatio, & nudum pactum, nimirum re geſta in hunc modum, & hæc eſt ſpecies legis, *Quod tibi ſum pollicitus*: finge, quod voles, cumque tu ratum habuiſti: atque ita hac de re confectum eſt pactum inter me & te, cui mox ſubjecta eſt ſtipulatio, non pœnalis, ut Bartol. ait, ſed quanti intereſt, ita ſcilicet, ut ſi contra pactum facerem, quanti ea res eſſet, tantam pecuniam darem adſcripta certa ſumma, ut ſuadet *lex ult. ff. de prætor. ſtipulat.* Male enim gloſſa, huius ſtipulationis ſummam fuiſſe incertam. Porro hæc ſtipulatio committitur agente te ex pacto, ita ſcilicet ut vel pacto paream, vel ex ſtipulatione præſtem id quod intereſt; aut eam ſummam, quæ vice eſt ejus quod intereſt, & in ſtipulatione taxata, & comprehenſa eſt, ut
E in *l. ſi pacto, ſup. de pact.* Ita, inquam, agente te, ſtipulatio committitur, ſi pacto non paream. Denique committitur ſtipulatio, lite de pacto, & de ſumma ſtipulatione comprehenſa, mota, ut ait, id eſt, conteſtata: ſemper enim invenio litem motam accipi pro conteſtata, *url. poſtquam liti, ſup. de pact. & l. ſi ſine, §. Marcellus, D. rem rat. hab.* Et ita recte dicitur in *l. cum quærebatur, §. proinde, D. judic. ſol.* ſtipulationem ob rem non defenſam, quanti ea res eſt, id eſt, quanti intereſt, re non defenſa, protinus non committi, ſed lite conteſtata ex ipſa ſtipulatione. Et ita in ſpecie propoſita, lite conteſtata ex pacto, ſimulatque ex ipſa ſtipulatione, continuo plane committitur ſtipulatio, quaſi exiſtente conditione ſtipulationis: non poteſt quidem agi ex pacto nudo per ſe ſolo. Fateor, quod hæc

lex

lex, ait *ſæpe conſtitutum fuiſſe*, id eſt, abiiſſe in regulam juris, ut ex nuda pollicitatione, & pacto, non ſemper, inquit, naſcatur actio. Et ait, *non ſemper*, quia excipiuntur certi caſus. Et eadem forma loquendi (*non ſemper per liberam perſonam adquiri obligationem*) *l. ſolutum*, §. *pen. ff. de pigner. act. l. per procuratorem*, *de procur.* Sed nihilominus lite mota de pacto, & de ſtipulatione, quanti ea res eſt ſimul, ſi non agnoſco bonam fidem, ſi non ſto conventis, ſi refugio pacti conventionem, ſtatim planum fit, & indubitatum, commiſſam eſſe ſtipulationem, quanti ea res eſt, quia extitit conditio ſtipulationis, id eſt, quia admonitus judicio, pacto non parui. Et hæc eſt ſincera hujus legis interpretatio, ad quam nemo propius acceſſit, quam Joannes.

Ad L.VI. Scire debuiſti, *quæ ſub tranſactione dari placita ſunt, certi, vel incerti ſtipulatione ſubſecuta, peti poſſe.*

LEX 6. docet, tranſactioni factæ pacto convento ſolere ſubjici ſtipulationem, ut quæ ex pacto naſci non poteſt actio, naſcatur ex ſtipulatu. Quod etiam oſtendit *l. juris gentium*, §. *quod fere*, *ff. de pact.* Et Paulus 2. *Sentent. Omnibus*, inquit, *pactis ſtipulatio ſubjici ſolet, ut ex ſtipulatu actio naſci poſſit: & eam ſtipulationem, aut eſſe certi, aut incerti*, ut *l. ſtipulationum*, *ff. de verb. obligat.* Certi eſſe, ſi certam ſummam comprehendat, ut poſui in *l.* ſuperiore: Incerti eſſe, ſi incertam ſummam, veluti quanti ea res eſt, non adjecta certa quantitate, *l. non autem*, *ff. de recept. qui arbitr. recep.* Et ex hac ſtipulatione incerta proprie naſcitur actio *ex ſtipulatu*: ex certa autem certi condictio, *l. ſi quis certum*, *ff. de rebus creditis.*

Ad L.VII. Neque tutoris, *neque curatoris abſentia quicquam ſtipulationi nocet: cum & feminam minorem 25. annis abſente curatore ſtipulari poſſe non ambigatur.*

LEX 7. docet, recte pupillum, & minorem 25. annis, ſtipulari ſine tutoris, vel curatoris auctoritate, & repetita eſt ea lex, aut portio ejus in *l.* 1. *ſup. de auctor. præſt.* Recte autem ait, *ſtipulari*, *quod eſt interrogare promiſſorem*: Nam pupillus non poteſt promittere ſine tutoris auctoritate. Et hoc eſt, quod legitur in Inſtitut. *de auctoritate tutorum*, *pupillum meliorem ſuam conditionem facere poſſe ſine tutoris auctoritate*, *deteriorem vero non aliter*, *quam tutoris auctoritate*. Pubes autem minor viginti quinque annis, ex l. Lætoria promittendo non obligatur cum effectu. Svetonius 4. *Pretorum*. *Lex Lætoria*, inquit, *vetat minorem 25. annis ſtipulari*, quod verbum eo loci accipitur in patiendi ſignificatione, pro *interrogari*, ut Priſcianus docuit, quo auctore etiam Gloſſa utitur in hanc rem *in* §. *præterea*, *Inſtit. quib. mod. toll. obligat.* ubi tamen ea gloſſa male verbum (*ſtipulatus*) accipit paſſive, cum ſine læſione ulla ſenſus, aut contextus, rectiſſime accipiatur active. Sed ſunt tamen plures alii loci, in quibus id verbum paſſive accipitur manifeſtiſſime, ut *in l. ſi non ſortem*, §. *ſi decem*, *ff. de cond. indeb. l. ult in fi. de adminiſt. tutor. l.* 7. *de eo quod cert. lo. l.* 5. §. *pen. de ſolut.* & etiam in *l.* 112. §. *ult. ff. de verb. oblig.* Quia autem l. Lætoria, ut Svetonius ait, *minor 25. annis non obligatur utiliter*, ideo apud Plautum in Rudente, is, quo cum agitur ex ſtipulatu, has exceptiones habet, *ni dolo malo inſtipulatus ſies*, *nive etiam dum ſiem 25. natus annos*, & quæ ab eodem in Pſeudolo dicitur *lex quinavicenaria*, ea proculdubio eſt lex Lætoria: a qua etiam dicta eſt ætas legitima, ætas 25. annorum, ut aperte ait *lex 2. C. Th. de donat. intra annos legis Lætoriæ*, inquit, *conſtitutus*, *id eſt*, *viceſimum quintum*. Et de lege Lætoria non ita dudum recte accepi *l.* 7. *in fi. ff. de except.* dum docet minori 25. annis circumſcripto, quo verbo utitur, ſubveniri data exceptione, nimirum ex lege Lætoria, qua nominatim M. Tullius ſcripſit *lib. de Offic. vindicari circumſcriptionem adoleſcentium*. Sed quod Svetonius lege Lætoria caveri ait, *ne minor 25. annis ſtipuletur*, id eſt, ne interrogetur, ut promittat aliquid: quibus verbis ſignificari videtur, minorem vigintiquinque annis ex ſtipulatu non obligari: hoc pugnat cum *l. puberes*, *ff. de verb. oblig.* quæ aperte ait, *puberes minores 25. annis, etiam ſine curatoribus ſuis, etiam ſine auctoritate curatorum, quos habent, obligari ex ſtipul.* Unde conſtituenda eſt differentia inter pupillum, & minorem viginti quinque annis: Nam pupillus ſine tutore ſuo non obligatur ex ſtipulatu: minor obligatur, quæ nova videri non debent. Nam & aliam in ſtipulationum cauſa invenies differentiam inter pupillum, & puberem minorem, quam 25. annis natum in *l. ult.* §. *pupillus*, *ff. de verb. obligat.* ubi ait, *pupillum, qui eſt in patris poteſtate ne auctoritate quidem patris obligari ex ſtipulatu: puberem obligari tanquam patremfamilias ex ſtipulatu*. Et ita invenies etiam, non pupillum, ſed puberem minorem vigintiquinque annis, novare poſſe obligationem, non adhibito curatore, & ita facere conditionem ſuam deteriorem, *l.* 9. *ff. de novat.* Unde ita conſtituamus: obligari quidem minorem vigintiquinque annis ex ſtipulatu, etiam non adhibito curatore ſuo, ſed ex lege Lætoria reſtitui poſſe in integrum, atque ita nullum erit diſſidium. Sed rurſus objicitur *lex* 3. *ſup. de in integr. reſt. min.* quæ minore 25. annis vendente res ſuas mobiles (nam immobiles non poſſunt vendi ſine decreto) ait, ipſo jure nullam eſſe venditionem, quam fecit ſine curatoris auctoritate. Ergo non eſſe neceſſariam reſtitutionem in integrum. Nil moveor illa lege, quia non loquitur de ſtipulatione, ſed de venditione rerum minoris ab eo facta ſine auctoritate curatoris, quam ait ipſo jure irritam eſſe. Cur vero ita? quia rerum adminiſtratio non pertinet ad minorem, ſed ad curatorem, quem habet: & conſequenter ita ſenſi ſemper, ex cauſa adminiſtrationis ſuſceptæ, vel aſſumptæ a minore viginti quinque annis ſine curatore ſuo, ut puta in ea ſpecie, ex cauſa venditionis rerum ſuarum: eum non obligari empti venditi. Hoc enim eſt conſequens, ut ſi ipſo jure nulla eſt venditio, nullo jure obligetur minor, qui vendidit ſine curatore ſuo. Et addi poteſt ratio, quia obligatio empti venditi eſt juris gentium, *l.* 1. §. 1. *de contr. empt.* quo jure non minus exigitur auctoritas curatoris, quam tutoris. Obligatio autem verborum eſt juris civilis, & ſolemnitatem juris deſiderat, ad quam inutilis eſt auctoritas curatoris, ad ſolemnia juris non adhibetur curator, *l. cum in una*, §. *ult. ff. de appellat.* Et ita liquido hæc res eſt diluenda, & explicanda. Agamus iterum ea de re. Lex Lætoria (ut Svetonius ſcribit) vetat minorem vigintiquinque annis ſtipulari, id eſt, interrogatum, vel interrogatam reſpondere ſtipulanti. Et in femina quidem minore vigintiquinque annis verum eſt, eam interrogatam, & promittentem ſtipulatori, non obligari ſine tutoris auctoritate. Ulpianus libro Regularum titulo undecimo: *tutoris auctoritatem neceſſariam eſſe mulieribus, ſi ſe obligent, vel ſi civile negotium gerant.* Idemque indicat *hæc l.* 7. cujus duæ ſunt partes. Primæ partis verba hæc ſunt: *neque tutoris, neque curatoris abſentia*. Quæ verba proprie pertinere ad pupillum, qui tutorem, vel curatorem habet, demonſtrat ea pars legis relata integrior *in l.* 1. *ſup. de auctorit. præſt.* ubi adduntur hæc verba: *neque tutoris, neque curatoris abſentia quicquam ſtipulationi pro pupillo habita nocet*, *& cet.* Nam quod vulgo additur (*vel adulto*) ſpurium eſt, ut probant omnes veteres libri, a quibus, & recte, abſunt illa verba (*vel adulto*) Ergo prior pars legis pertinet ad pupillum tantum, non ad puberem, ſive adultum. Poſterioris autem partis verba hæc ſunt: *Cum & feminam minorem viginti quinque annis*, *& cet.* Quæ verba ex contrario nobis argumentum præſtant, ut non poſſit femina minor vigintiquinque annis ſtipulanti promittere ſine tutore ſuo (ut olim mulier etiam pubes fuit in perpetua tutela) vel hodie ſine curatore ſuo. Cur vero ait *feminam minorem*? niſi quia marem minorem viginti quinque annis, verum eſt ſine curatore ſuo ex ſtipulatu obligari, id eſt, ſine auctoritate curatoris, quem habet, *l. puberes*, *ff. de verb. oblig.* Sed obligato ex ſtipulatu ſuccurritur, primum decepto in re ipſa, non dolo adverſarii, ſubvenitur

nitur data restitutione in integrum: circumscripto autem dolo adversarii subvenitur lege Lætoria, data præscriptione *l. 7. in fi. de except.* quod etiam innuit inscriptio *d. l. puberes*, quæ est *de præscr.* & ut dicebam nudiustertius, Comœdia Plauti, quæ stipulationi has addit præscriptiones, sive exceptiones: *Ni dolo malo instipulatus sies, nive etiam dum siem quinque, & viginti natus annos.* Neque novum est hac in re distare puberem a pupillo, quem constat non obligari ex stipulatu sine tutoris auctoritate: Nam & in aliis rebus in hac ipsa causa stipulationum plurimum inter se distant, ut in *l. ult. §. 1. ff. de verb. oblig.* Pupillus, qui est in potestate patris, ne auctore quidem patre ex stipulatu obligari potest, quod etiam rescriptum est in *Inst. §. pupillus, in fine, de inutil. stip.* At pubes perinde ac paterfam. ex stipulatu obligari potest, vel adhibito patre, vel non: sicut, vel adhibito curatore, quam habet, vel non, *d. l. puberes*. Et alia etiam differentia notatur in *l. 9. ff. de novat.* Pupillus sine tutoris auctoritate novare obligationem non potest, quod etiam ostendit *lex 20. §. 1. eod. tit.* Pubes novare obligationem potest, quod fit per stipulationem, nec in eam rem exigitur, ut puberi novanti curator auctor adhibeatur. Ergo hæ sunt tres differentiæ in causa stipulationum inter pupillum & puberem minorem viginti quinque annis: Extra causam stipulationis, ut ostendi in *d. l. puberes*, etiam in aliis quamplurimis inter se distant pupillus & pubes: ut ecce debitor recte non solvit pupillo, quod ei debet sine tutoris auctoritate: recte solvit puberi, etiam non adhibito curatore, sed adversus solutionem minor potest restitui in integrum: quod si solutio ei fiat adhibito curatore, non solet restitui in integrum, quia recte facta est. Et non potest negari, sine manifesta calumnia, hoc ita proponi in *l. ait prætor, ff. de minor.* Et præterea pupillus debitori suo jusjurandum deferre non potest sine tutoris auctoritate, *l. 17. §. 1. D. jurejur.* In pubere autem deferente jusjurandum non exigitur auctoritas curatoris, *l. 9. §. si minor, eod.* Item ex causa fideicommissi pupillus non recte restituit hereditatem sine tutoris auctoritate: puberi ad eam rem non est necessaria curatoris auctoritas *l. 1. §. fuit, ff. ad Senatusc. Trebelll.* Pupillus non potest adire hereditatem sine tutore suo: contra pubes potest sine curatore suo: Nam ad adeundam hereditatem, quod fiebat solemniter, inutilis est auctoritas curatoris, *l. cum in una, §. ult. ff. de appellat.* Item obligatio pupilli, pupillo interpellato non perpetuatur, nisi adsit tutor cum interpellatur pupillus, *l. 24. ff. de verb. oblig.* Præsentia tutoris exigitur in interpellatione pupilli, quæ nunquam exigitur in interpellatione puberis, id est, non exigitur curatoris ejus præsentia. Ac postremo si navem exerceat pupillus, non etiam si pubes, invenio exigi auctoritatem tutoris, non etiam curatoris, *l. 1. §. exercitorem, ff. de exercit. act.* Verum supradictæ *legi puberes*, quæ statuit, puberem obligari ex stipulatione interposita sine curatoris auctoritate, quem habet, objicitur *l. 3. sup. de in integ. restit.* qua in re est omnis labor hujus quæstionis. Lex tertia ait, *si curatorem habens minor 25. annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet.* Sententia ergo hæc est, puberem habentem curatorem, vendentem res suas sine curatore suo, nihil agere, nullam venditionem contrahere, quia minor, qui habet curatorem, est similis prodigo, cui prætor bonis interdixit, dato curatore. Videamus, an recte d. lex tertia objiciatur *legi puberes*. *Lex puberes* loquitur de stipulatione; lex tertia non loquitur de stipulatione, sed de venditione, & alienatione rerum minoris 25. annis: Nam etsi lex dicat tantum, *vendidisti*, quid vetat me subintelligere & *tradidisti*, & contractus nomine, contractum impletum intelligere, impletum traditione: illo loco legis tertiæ, quod subaudire licet in jure plusquam mille locis, e quibus vel unum notare putidum est, & in eo argutari sophismaticum. Porro venditio illa, & alienatio, quam fecit minor curatorem habens sine curatore suo, ipso jure nulla est, ut ait *lex 3.* hac ratione, quia rerum administratio non pertinet ad minorem, tametsi dominus sit earum rerum

[A] sed ad curatorem suum. Quam rationem spectasse Imperatorem in *l. 3.* prodigi comparatio demonstrat, cui etiam jus rerum suarum administrandarum non competit. Et consequenter si venditio ipso jure nulla est, nec ex causa venditionis factæ sine curatoris auctoritate minorem obligari, quivis etiam me tacente intelligit: quia nullius contractus nulla potest esse obligatio. Et arbitrari me aliter sensisse, arbitratus est non sani hominis. Ceterum extra rerum suarum administrationem & alienationem, & negotia civilia juris gentium, quale est negotium emptionis venditionis, ex aliis causis, quæ solemnitatem juris desiderant, ut si masculus minor 25. annis dotem dicat, quod fiebat adhibitis solemnibus juris quibusdam, vel si adeat hereditatem, quod etiam desiderabat solemnitatem juris, vel si creditori stipulanti promittat, quod etiam fie- [B] bat solemniter, ita sensi eum obligari per se solum nullo auctore adhibito: quia ad solemnia juris soli tutores adhibentur, quos pubes masculus non habet: curatores vero, quos habet non adhibentur ad ea solemnia, *d. l. cum in una, §. ult. l. curatorem, ff. de auct. tut.* Et quod objicitur, alienare minorem viginti quinque annis videri, si solutam sibi pecuniam a debitore accipiat: recte, *sine curatore suo*, quia alienat obligationem, accipiendo solutam pecuniam. Hoc est verissimum. Sed quia solutio accipienti est adquisitionis species; quia adquirit dominium ejus rei, vel pecuniæ, quæ solvitur: nil videtur amittere, qui recipit quod sibi debetur, & quatenus id sibi adquirit, quod solvitur ea parte, eaque ratione, solutio tanquam adquisitio spectatur potissimum, & valet ipso jure, etiamsi facta sit non adhibito curatore: cum & Mar- [C] cus Tullius auctor sit in Topicis mulieri puberi recte solvi pecuniam sine tutoris auctoritate. Eademque ratio est jurisjurandi delati a pubere minore viginti quinque annis, quia jusjurandum solutionis loco cedit, *l. 27. D. de jurejur. l. Stichum, §. naturalis, D. de solut.* (ut ante dixi) ex causa fideicommissi minor restituit hereditatem, sine curatoris auctoritate, ut *l. 1. §. fuit, ad Trebell.* quia (ut & refractarii agnoscunt) restituendo hereditatem ex fideicommisso minor nil alienat de propriis bonis, sed de bonis defuncti. Verum in hoc manifesta calumnia mihi falso imponitur, quod recte solvatur minori, quod recte jurejurando solvat, quod recte restituat hereditatem, quod recte adeat hereditatem sine curatore suo, ex eo me colligere minorem 25. annis obligari sine curatore suo, quod nemini sano ita colligere contigit, [D] aut sobrio, aut sicco, sed manifesto in *d. l. puberes*, hæc protuli in medium, ut inter pupillum & puberem, quot quantæque differentiæ essent, commonstrarem.

Ad L. VIII. Non moriturum præstari servum, *impossibilis promissio est. Post mortem autem ejus stipulatus, recte solutionem postulat.*

AD leg. octavam notanda sunt, hanc stipulationem, *illum hominem non moriturum, aut non moriturum hominem dari*, non valere, quia impossibilis est, cum neque præstari æstimatio possit. Immortalitas enim est res inæstimabilis. At si quis stipuletur hominem sibi debitum, ex causa furtiva, quem scit esse mortuum, aut post moram defunctum, valet stipulatio, ut in *l. inter, §. pen.* [E] *ff. de verb. oblig. l. eum qui §. 1. ff. de jurejur.* Dico debitum quia sine causa debiti stipulatio non consistit. Ea vero stipulatio hominis mortui valet, & in æstimatione consistit, non in corpore, quod præstari non potest. Et hoc ita etiam a contrario sensu demonstrat *§. 1. Institut. de inutil. stipulat.* quia dum ait, *inutilem esse stipulationem: si quis stipuletur Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat*, ex diverso innuit, *eum, qui sciens stipulatur Stichum sibi debitum, quem scit esse mortuum, non inutiliter stipulari, & Stichi æstimationem peti posse.* Et ita etiam, ut additur in hac lege, *si quis stipuletur Stichum sibi debitum* (nam omnis stipulatio causam exigit) *Stichum*, inquam, *sibi debitum dari cum mortuus erit, valet*, quasi sub alia quavis conditione stipulatione concepta, *argum.*

gum. legis 20. *ff. de verb. obligat.* Et hoc eſt, quod ait lex octava: *Eum, qui ſtipulatus eſt, ſervum poſt mortem ejus ſervi, recte ſolutionem poſtulare.* Et delenda omnis gloſſa Accurſii in hunc locum. Ad l. 8. ne quid deſideretur, hoc unum addam, hæc verba, *poſt mortem autem ejus ſtipulatus*, ſic eſſe interpretanda, ut valeat ſtipulatio, & poſſit ex ea peti æſtimatio ſervi, ſi quis ſtipulatus ſit, Stichum ſibi debitum dari, cum is mortuus erit, quaſi ſtipulatione facta ſub conditione, *ſi morietur*, vel *cum morietur*, quod idem eſt, *l. quodcunque*, §. *pen. ff. de verb. oblig.* Et valere hanc ſtipulationem, ſicut factam ſub qualibet alia conditione, *argum. leg.* 20. *de verb. obligat.* probavi. Et hæc eſt vera interpretatio: Nam hæc verba, *poſt mortem autem ejus ſtipulatus*, ſi ita interpretemur, quod ſane verba non refugiunt, ut valeat ſtipulatio, ſi ſtipuler hominem mortuum, quem ſcio eſſe mortuum, ſi hanc potius admittamus interpretationem, quam (ut dixi) etiam verba ferunt non minus, quam illam, nimis multa erunt ſupplenda, quæ non debuit lex omittere, ſi hanc mentem habet. Erit nempe ſubaudiendum, hominem mortuum deberi ex cauſa furtiva, quia fur non liberatur morte ſervi furtivi, *l. ult. ff. de condict. furt.* vel etiam erit ſubaudiendum ex alia cauſa debitum hominem fuiſſe mortuum poſt moram debitoris, quia mors contingens ante moram liberat debitorem, *l. ſi ex legati cauſa, ff. de verb. obligat.* Et hæc ita ſubaudienda forent, ut oſtendit *lex inter*, §. *pen. ff. eod. & lex eum qui*, §. 1. *ff. de jurejur.* quas adduxi ante, & adduxit etiam gloſſa hoc loco: igitur ne tot verba omiſiſſe lex videatur, ne tot ſuppleamus, melius eſt priorem interpretationem, ut ſimpliciorem, amplecti.

Ad L. IX. Siquidem Zenoni *ſtipulanti mortis, vel cruciatus corporis territus timore ſpopondiſti: adverſus experientem exceptione propoſita defendi potes. Sin vero nihil tale probetur, accuſationis inſtitutæ, vel futuræ prætextu, non ob turpem, ſed probabilem cauſam habita ſtipulatione, promiſſio non infirmatur. Sin autem ob non inſtituendam accuſationem criminis pecunia promiſſa ſit, cum de hujuſmodi cauſis paciſci non liceat, petitio denegatur.*

EX hac l. intelligimus ex ſtipulatione metu extorta, naſci quidem actionem, ſed eam repelli exceptione metus, ut *l. pen. tit. ſeq. l. 7. ſup. de iis quæ vi, met. cauſ.* Et metum definit hæc lex, non quemlibet timorem, ſed mortis, vel cruciatus corporis timorem, ut in *l. 3. ff. ex quib. cauſ. major. l. interpoſitas, ſup. de tranſact. l. ſi voluntate, ſup. de reſcind. vendit.* Nec igitur metu extorta videtur ſtipulatio, quæ quo alio timore extorta eſt, ſed quæ timore tantum mortis, vel cruciatus corporis, quem *magiſtrianum timorem* vocat Fulgentius Placiades in expoſitione continentiæ Virgilianæ, *Cajeta*, inquit, *nutrice ſepulta, id eſt, magiſtriani timoris projecta gravedine.* Et alibi, *feriatum diem vitæ poſt magiſtrianum timorem*, id eſt, *mortis.* Non ergo dicimus metum quemlibet timorem, non timorem accuſationis inſtitutæ, vel inſtituendæ: Nam ſi hujus timoris prætextu dicam, me ſtipulanti promiſiſſe, quod promiſi ex honeſta & probabili cauſa, veluti ex cauſa creditæ pecuniæ agenti ex ſtipulatu, nihil obſtat exceptio metus, quod hæc lex oſtendit, & *lex accuſationis, ſup. de iis quæ vi, metuſ. cauſ.* Sed ſi ſtipulanti promiſero ex turpi cauſa, quod etiam proponit lex nona, puta, ne adverſus me criminis accuſatio inſtitueretur, hoc caſu, qui agit ex ſtipulatu, repellitur, ſi quid ei promiſero, ne me accuſaret, & repellitur, quod turpiter ſtipulatus ſit, quia (ut hæc lex ſubjicit) de crimine paciſci, ne accuſatio inſtituatur, & pactum deducere in ſtipulationem turpe eſt, neque licet, ut *l. tranſigere, ſup. de tranſact.* Et hoc ſignificat Paulus 1. *Sentent.* dum ait, *De criminibus propter infamiam nemo cum adverſario paciſci poteſt*: propter infamiam, id eſt, quia turpe eſt. Sed ne fallamur, hoc tantum debet intelligi de criminibus non capitalibus, id eſt, quorum pœna mors non eſt. De crimine non capi-

A tali paciſci, aut convenire non licet per ſtipulationem: at de capitali paciſci, & tranſigere licet, *d. l. tranſigere*, quia ut Marc. Tullius ait pro Milone, *Omnis eſt honeſta ratio expediendæ ſalutis.* Ergo qui paciſcitur de crimine capitali, cujus extimeſcit accuſationem, non ex turpi cauſa, ſed ex honeſta paciſcitur, ut vitam ſuam tueatur. Excipitur tantum adulterium in *d. l. tranſigere*, quod hodie eſt capitale, & tamen de eo paciſci non licet. Cur excipiatur adulterium, vera ratio hæc eſt, quia olim ex lege Julia non fuit capitale crimen, quod omnes fatentur. Ergo hoc verum eſt. Et ideo olim non licebat paciſci de adulterio, quia non erat capitale: Sed hodie licet adulterii crimen factum ſit capitale ex conſtitutione Conſtantini, *l. quamvis, inf. ad leg. Jul. de adult.* tamen id etiam effectum non eſt ulla conſtitutione abrogato jure B veteri, ut liceret paciſci de adulterio. Manet igitur, quod abrogatum non legitur, quamvis per conſequentiam videretur abrogandum. Nam nova jura ſemper reſtrictius accipiuntur, nec licet ex iis ducere argumenta a conſequentibus, vel a majori, aut minori. Et tamen de raptu paciſci licet, *l. pen. ſup. quib. ex cauſ. ſervi pro pretio libert. conſ.* Et hæc eſt una differentia inter raptum, & adulterium: Nam de adulterio paciſci non licet. Eſt etiam alia, quod non eadem lege hæc crimina vindicantur, ſed adulterium lege Julia de pudicitia: raptus lege Julia de vi. Item, quod adulterii accuſatio finiatur quinquennio, raptus accuſatio ſit perpetua, *l. 5. §. ult. ff. ad leg. Jul. de vi publ.* At rurſus, ab eo, quod diximus, *de crimine non capitali paciſci non licere*, excipitur accuſatio falſi, de qua paciſci licet: Nam in *d. l. tranſigere, arti-* C *culus citra*, exceptionem facit, ut, ne novum hoc videatur, in *l. un. §. extraneum, ſup. de rei uxor. act. Extraneum*, inquit, *dicimus, omnem citra parentem virilis ſexus*, id eſt, *præter parentem.* Et ita Latini, & Græci interpretes omnes ſemper illa verba habuerunt pro exceptione, quod docet etiam *Obſervat. 6.* Et ratio exceptionis non poteſt pendere ex alia cauſa, quam ex ipſa lege Cornelia de falſis, quæ de accuſatione falſi tranſactionem nominatim permiſerit, ut permiſit nominatim lex Cornelia de injuriis, tranſactionem de injuriis, & de falſis. quia plerunque accuſatio falſi pertinet ad pecuniariam cauſam, ſive privatam, & nominatim etiam approbatur tranſactio de falſo, *l. 7. & l. pen. in fine, inf. ad leg. Cornel. de falſ. l. 2. ſup. de iis, quibus ut indig.* quas tamen leges non deſunt, qui vitilitigent, ſed eorum ego ineptos ſermones ſino pertranſire. Non D deſunt etiam ſpurciores, qui pervertant, & loco permutent verba legis *tranſigere*, eamque conturbent totam quos anguilla noſtra ſatis coercuit.

Ad L. X. Omnes ſtipulationes, *etiamſi non ſolemnibus, vel directis, ſed quibuſcunq; verbis conſenſu contrahentium compoſitæ ſunt, vel legibus cognitæ, ſuam habeant firmitatem.*

LEx decima eſt de verbis, quibus concipitur ſtipulatio, de verbis promiſſivis, ut loquuntur Grammatici, de quibus ſatis diximus in *l. 1.* nec quod alibi docuimus pluribus refellemus hoc loco, id eſt, quod ſcripſerunt quidam ea verba eſſe *ſymbola*, ſive ſigna ſtipulationis, quod refutavi initio *tit. de verb. obligat.* Et vero manus potius eſt ſymbolum ſtipulationis: Nam promittere inte- E gra oratione, eſt promittere manu fidei teſte, ut Lucanus ait:

Elataſque alte quæcunque ad bella vocaret,
Promiſere manu.

Ita Feſtus: *Mancipem, quidquid a populo emit, vel conducit, manu ſublata declarare, ſe emptionis, vel conductionis auctorem eſſe.* Et in ſacris literis, *lavare manus, & efferre*, eſt jurare, & promittere, ut ſemper Jonathas Chaldæus exponit *Exod. 6. & Numerorum* 24. Imo & apud Orphæum in Argonaut.

Ὅρκια σημαίνοντες ἐσημήναντο δέ χερσίν.

Alias elatio manus, aut digitorum aliquot, eſt ſymbolum, ſive ſignum indicti ſilentii, ut in *Act. Apoſt. ad fin. cap. 21.* D. Paulus verba facturus ad Populum ait, κατα-

σησε·

σειστε τῃ χειρὶ τῷ λαῷ, manu populo indixit silentium. Et ita Dio in Adriano: *ὁ κῆρυξ ἀνατείνας τὴν χεῖρα καὶ ἐξ αὐτοῦ σιωπὴν ἐπαγγείλας, ὥσπερ εἰώθασι ποιεῖν*. *Preco*, inquit, *erigens manum, & ita imperans silentium, ut solent facere*, & hoc duobus digitis, indice, & medio erectis, ceteris supinis. Et signum, quo utuntur Episcopi, hoc modo, non est benedictionis, sed indictionis silentii, quam facit concionaturus. Fulgentius in expositione continentiæ Virgilianæ: *Compositum*, inquit, *in dicendi modum erectis in ἴσα duobus digitis, pollice compresso, ita verba exorsus est*.

Ad L. XI. Scrupulosam veterum *inquisitionem, utrum*, post mortem, *an* cum moreretur, *vel* pridie quam moreretur, *stipulatus sit aliquis, vel in testamento legati, vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes omnia, quæ vel quocunque contractu, vel stipulati, vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi* post mortem, *vel* pridie quam moreretur, *scripta esse noscuntur: nihilominus pro tenore contractus, vel testamenti valere præcipimus*.

HÆc lex undecima tollit veterem differentiam juris veteris inter pactionem, vel stipulationem ita conceptam (*cum morieris dari, vel cum moriar dari*) quæ valebat, *l.45. §.1. & pen. ff. de verbor. oblig.* & stipulationem conceptam hoc modo (*post mortem meam, vel tuam dari, vel pridie quam moriar dari, vel pridie quam morieris dari*) quæ non valebat. Et hæc erat differentia inter has formulas stipulationum, eademque differentia erat in legatis, & fideicommissis: Nam legatum relictum, *cum morietur heres, vel cum morietur legatarius*, valebat, *l.1. §. dies, l. heres meus, de cond. & demonst. l.4. ff. quando dies leg. ced.* Legatum autem relictum post mortem heredis, vel legatarii, aut pridie quam moreretur heres, vel legatarius, non valebat, & fideicommissum tamen valebat relictum post mortem, ut scribit Ulpianus *libro regularum tit. de fideicommiss.* & probat *lex si fuerit, ff. de legat. 2. & l.1. §. si emancipato, ff. de collat. bon.* Et hujus differentiæ veteris rectissime Theophilus noster (qui nobis debet esse gravissimus auctor) in *§. post mortem, Institut. de legat.* docet rationem pendere ex regula Juris veteris, quæ vetabat incipere obligationem ab herede, vel contra heredem, quæ non cœpisset a defuncto, vel contra defunctum, *l. dubium C. Theod. de divers. rescript. l. nam sicut, §.1. ff. ad leg. Aquil.* Ideo enim valet stipulatio ita concepta (*cum moriar, vel cum morieris*) quæ confertur non in tempus mortis, sed in tempus morientis, quæ sunt diversa tempora: hæc, inquam, stipulatio valet, quia momentum moriendi vitæ potius damus, quam morti, nec sequimur Platonem, qui neque vitæ, neque morti id tempus dedit, ut Gellius docet lib.*6. cap.*16. Videtur ergo in tempus moriendi illa stipulatio (*cum moriar*) esse concepta, manente adhuc vita, atque ita videtur cœpisse a defuncto, vel contra defunctum. At stipulationem conceptam hoc modo (*post mortem dari*) manifestum est, non cœpisse, dum vixit, a persona defuncti. Et eadem est ratio stipulationis conceptæ hoc modo (*pridie quam moriar*) quia & hæc in tempus, quo mortuus ero, collata videtur, quia antequam dies mortis venerit, scire non possumus, quis dies pridie mortis fuerit. Et ita apparet, illam differentiam pendere ex illa regula, & principio juris. Nec (ut facit Accursius) ab illa regula excipienda est stipulatio conditionalis, vel in diem, mortuo promissore ante conditionem, vel diem, quæ transmittitur in heredem: Nam hæ stipulationes dicuntur ex præsenti vires accipere, & suspendi tantum petitionem earum, *l. ususfructus, ff. de stipul. serv.* Ergo vires acceperunt vivo eo, qui stipulatus est active, vel passive, vires acceperunt in personam stipulatoris, vel promissoris. Et fateor, posse quidem pleniorem obligationem heredi, vel in heredem competere, ut scilicet in plus teneatur heres, quam defunctus, *ut in l. si per imprudentiam, §. non mirum, & l. qui a pupillo, ff. de evict. l. 25. ff. de re jud.* pleniorem transire, inquam, sed non, quæ non cœperit a defuncto, secundum jus vetus. At Justinianus in *h. l.* 11. tollit illam veterem differentiam inter formulas stipulationum, & inter legata, constituens, & legatum post mortem relictum, & pactionem, sive stipulationem collatam in tempus mortis valere: & tamen Justinianus sublata hac differentia, non sustulit veterem illam regulam juris, ex qua pendebat ratio illius differentiæ, quæ tamen videtur tolli per consequentiam. Sed nunquam dicimus jure quicquam mutari per consequentiam, nisi directo expressum sit, ut de adulterii exemplo probavi in *l.9.* Igitur post hanc legem, biennio post, ut subscriptiones docent, quod erat consequens, id etiam sustulit Justin. id est, veterem illam regulam in *l.1. sup. ut action. ab hered. vel cont. hered. incip.* & posuit contrariam regulam superiori, nimirum, ut ab herede incipiat obligatio, quæ non competiit defuncto. Sed ex *h. l.* hoc non potest constitui, nisi dialectice, non legitime.

Ad L. XII. Magnam legum veterum *obscuritatem, quæ protrahendarum litium magnam occasionem usque adhuc præbebat, amputantes, sancimus, ut si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum stipuletur, vel quæ stipulator voluit, promiserit, & adjecerit, quod si statuto tempore minime se posse debitor ad evitandum pœnam adjicere, quod nullus eum admonuit: Sed etiam citra ullam admonitionem eidem pœnæ pro stipulationis tenore fiet obnoxius: cum ea, quæ promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere*.

LEx duodecima est de committenda stipulatione pœnali, & hanc continet speciem. Stipulanti promisi me certa die, *puta Calend. Martiis, daturum, aut facturum aliquid*, subdita stipulatione pœnali certæ summæ, si ea die non darem, aut facerem, quod promisi: idque promisi, vel stipulanti sibimet ipsi, vel alteri dari, aut fieri, & pœnam sibi, si alteri non darem, aut facerem, quod recte fit, quia pœna committi potest etiam ei, cujus nil interest, *l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. obligat. l. cum pœna, ff. de recept. qui arbitr. recep.* Et in hac *l.12.* (quod notandum) omnino est legendum ex fide antiquorum, & meliorum librorum (*si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum stipulatori, alius, quem stipulator voluit promiserit*) vulgo legitur, *stipuletur, vel quæ stipul. vol. & stipuletur* accipitur passive, *ut glossa notat*. Sed si legatur, *stipuletur*, & ut necesse est, *stipuletur*, accipiatur passive, frustra subiicit, *promiserit*. Item cum dixerit, *facturum se aliquid, vel daturum*, quibus verbis omnia, quæ in stipulationem deduci possunt, comprehenduntur: Ideoque in definitione stipulationis tantum hæc duo notantur, *daturum, facturumve*, quæ est in *l.5. ff. de verb. oblig.* Cum igitur ante dixerit, *facturum esse aliquid, vel daturum* [quæ verba omnia continent, quæ venire possunt in stipulationem] frustra subiicit, ut vulgo legitur, *vel quæ stipulator voluit*: nam quæ alia possunt esse præter dationem, & factionem? Itaque restituamus, & retineamus veterem lectionem, quam etiam Haloander retinuit ex parte, qui pro [*stipuletur*] recte legit ita [*stipulatori*] sed sequentia etiam ita restituantur [*vel alii, quem stipulator voluit promiserit*] At in proposita specie, si ad diem dictam non dedero, vel fecero, quod promisi, quæritur an stipulatio pœnalis, an pœna committatur, etiam me non interpellato, non convento, ut darem, vel facerem, non admonito, non denuntiato. Quidam exigebant interpellationem, ex quibus videtur fuisse Labeo, quia & Labeo non exstante debitore, qui interpellare possit, exigit contestationem, *l.2. & ult. ff. de naut. fœn.* Exstante igitur debitore videtur exegisse interpellationem debitoris, etiam obligati ad diem certam. Sabiniani, qui sunt longe diversæ sectæ a Labeone [ex quibus est Africanus in *l. trajectitiæ, ff. de oblig. & act.*] in hac specie non exigunt interpellationem, & secundum eos Justinianus pronuntiat in *h. l.* ut scilicet etiam omissa interpellatione credito-

ris

ris ſtipulatio pœnalis ſtatim atque exiit dies dicta ſolutioni committatur. Et placet ratio legis, quia debitor diem promiſſi, diem, in quem promiſit, memoria tenere debet, nec exſpectare, ut eam ſibi creditor reducat in memoriam. Et eleganter Græci interpretes apud Harmenop. *lib. 3. tit. 3.* ὁ γάρ ὑπό ἡμέραν ὀφείλων ἑαυτὸν ὑπομιμνήσκειν ὀφείλει, id eſt, *qui debet ad diem, ſeipſum admonere & interpellare debet, nec indiget alio interpellatore*, & ut eleganter ait *l. quoties, §. ſicut, ff. de adminiſtrat. tutor.* de tutore, quod & de quocunque alio dici poteſt, unumquemque ſibi verum, & debitum denuntiare debere, nec indigere monitore in iis, quorum conſcientia eum ſua ſatis admonet: Et hæc eſt ſententia hujus legis. Neque vero quod dicat lex, *die præterito, ſtatim pœnam committi abſque interpellatione*, id eſt, non interpellato promiſſore, ex eo neceſſario ſequitur, & ex ea die moram fieri, quia pœna non ex mora venit, ſed ex obligatione. Verum ratio hujus legis demonſtrat, & moram facere eum, qui ad diem dictam non ſolvit, etiamſi interpellatus non ſit, quia ipſe ſeipſum debuit interpellare, & in memoriam redigere, quam in diem promiſerit, quia dies ipſa, quæ condicta eſt promiſſo, ſatis eum interpellat. Idem etiam oſtendit *l. 9. in fine, ff. de uſur.* quæ nominatim, *moram*, ait, *fieri ex die ſolo, ſed inculpatam eſſe, ſi debitor non habuit cui offerret pecuniam*, quod ſup. explicavi. Idem etiam oſtendit *l. quod te, ff. de reb. credit.* quæ ait *debitorem ſtare*, quod eſt, *debitorem facere moram, ſi juſta cauſa fuerit, propter quam intelligere debuerit ipſemet ſe dare oportere*. Juſta autem cauſa eſt dies promiſſorum, quem adeſſe, aut præteriiſſe non ignorat. Ergo moram facit ex eo die, cujus non eſt immemor, aut eſſe non debet, etſi non appelletur, non conveniatur. Ex quo etiam ſequitur (ſi nolumus cavillari, quod Juriſconſulto eſt indigniſſimum, debet .n. eſſe amantiſſimus veri) veriſſimum eſſe id quod vulgo dicitur. Diem certam & condictam interpellare pro creditore, quod eſt, aliam interpellationem non eſſe neceſſariam. Et hoc ego veriſſimum eſſe puto, non tantum ſi obligationi principali, quæ eſt ad diem, ſit ſubjecta ſtipulatio pœnalis, ut in ſpecie hujus legis, & *d. l. trajectitiæ, & l. ad diem, ff. de verb. oblig.* ſed etiamſi pœnalis ſtipulatio ſubjecta non ſit, ut in *l. 4. §. ult. ff. de lege comm.* ſi convenerit inter emptorem & venditorem, ut ad diem pretio non ſoluto res fiat inempta, & reſolvatur venditio, nulla ſubdita ſtipulatione certæ pœnæ, plane res fiet inempta, ſi ſua die emptori non obtulerit pretium ultro, etiam non interpellatus. Et in *l. 9. §. 1. ff. de uſur.* ſorte non ſoluta ad diem, ſtipulatio uſurarum (quam eadem lex facit diverſam a ſtipulatione pœnæ uſuras ſeparans a pœna) ea, inquam, ſtipulatio uſurarum committitur ſorte non ſoluta ad diem, etiamſi debitor interpellatus, & conventus non fuerit: ſed excuſatur, ut ſubjicit, & mora ejus inculpata eſt, ſi mortuo creditore, & forte nondum adita ejus hereditate, debitor non habuit, cui ſortem offerret ad diem dictam, aut ſtatim poſt diem dictam: Nam & diem omnem præteriiſſe oportet, ante quam debeatur, quod ad diem promiſſum eſt. Et eadem eſt excuſatio in *d. l. 4. §. ult. & l. ult. ff. de leg. commiſſ. & l. pen. ff. de naut. fœn.* Illud idem probat etiam *lex 2. ſup. de jure emphy.* in cujus ſpecie nulla proponitur interpoſita fuiſſe ſtipulatio pœnalis, ſed ex ſolo triennii lapſu, ſi tanto tempore emphyteuta ceſſaverit domino ſolvere debitam penſionem, ſive canonem, aut emphyteuma ſolvere ceſſaverit domino, lex ait, ſtatim emphyteutam etiam non interpellatum cadere jure emphyteuſeos. Lex illa eſt Juſtiniani, & in ea idem Juſtin. facit mentionem hujus legis, utpote prioris, qua ait ſe generaliter conſtituiſſe, *ut opus non ſit interpellare debitores obligatos ad diem certum*. Quod ſi generalis hæc lex eſt, ut ait in *d. l. 2.* ſi generalis ratio hujus legis, ut apparet, quia dies ſatis interpellat, quia ipſe ſe debitor diei non immemor interpellare debet, & ſibi denuntiare bonum & æquum, nec expectare, ut ab alio, vel a creditore ſui officii commoneatur, conſequens eſt, non debere hanc legem coanguſtari ad eam ſpeciem ſolam, quæ in hac lege proponitur, ſi ad diem debita pecunia, vel re non ſoluta, aut non perfecta, pœna promiſſa ſit, ſed etiam ad ſimilem ſpeciem, ſi quid aliud vice pœnæ pecunia non ſoluta convenerit, puta, ut præſtarentur uſuræ ex eo die, quo ſoluta non eſſet pecunia, vel ut reſolveretur venditio, & emphyteuſis, vel quis alius contractus, vel iis omiſſis, quod ipſo jure ita ſe habet ex regula juris, *l. ſi ſervum, ff. de verb. obligat.* ut perpetuaretur obligatio, re, aut pecunia debita extincta poſt diem: & ita, ut non liberetur debitor, re perempta poſt diem dictam, quia perempta eſt poſt moram. Et quod dicitur in multis locis, moram non fieri, niſi interpellato debitore, *l. mora, ff. de uſur. l. ſi ex legati cauſa, ff. de verb. oblig.* & aliis ſimilibus, recte docent fere omnes non pertinere ad obligationes, quæ diem habent certam, quia in eis dies pro interpellatore eſt. Quod item *l. cum filiusfamil. §. ult. de verb. oblig.* ponit, interpellatum fuiſſe eum, qui in diem promiſit, movere nos nullo modo debet: Nam & idem ponit *d. lex trajectitiæ*, interpellatum fuiſſe eum, qui promiſerat ad diem, quæ tamen docet non eſſe neceſſariam interpellationem debitore obligato ad diem certam. Et in ea ſententia omnino perſtandum mihi videtur. Verum ad hæc notandum, vulgo ex hac lege doctores colligere, quod etiam gloſſa Accurſii potiſſimum tractat, moram ex die contractam non emendari, non purgari debitore poſt diem offerente pecuniam debitam, nec per eam oblationem pœnam ſemel commiſſam reſolvi, aut refringi, quod etiam veriſſimum eſt, ut probat evidenter *d. lex trajectitiæ*, in qua hac de re tractavi fuſius, perſequens omnes leges Africani, nec id reponam hoc loco, quod longius, quam unius horæ ſpatium requirit, quoniam, etſi verum illud ſit, quod colligunt & ſtatuunt doctores, tamen perperam illud colligunt ex hac lege. Ratio eſt evidens, quia lex non dicit, nihil debitori prodeſſe ad evitandam pœnam, ſi poſt diem offerat pecuniam, ſed nihil ei prodeſſe ad evitandam pœnam, ſi dicat ſe interpellatum non fuiſſe. Denique hoc tantum vult hæc lex, ex die ſolo, in quem promiſerat debitor, cum is dies præterit, pœnalem ſtipulationem committi abſque interpellatione. Si quæras, an ſtipulatio reſolvatur poſt diem oblata pecunia: alia eſt quæſtio, quam quæ proponatur & definiatur in hac lege.

Ad L. XIII. Veteris juris altercationes *decidentes generaliter ſancimus, omnem ſtipulationem, ſive in dando, ſive in faciendo, ſive mixta ex dando & faciendo inveniatur, & ad heredes, & contra heredes tranſmitti, ſive ſpecialis heredum fiat mentio, ſive non. Cur enim quod in principalibus perſonis juſtum eſt, non ad heredes, & adverſus eos tranſmittatur? Et ſic æſtimentur hujuſmodi ſtipulationes quaſi tantummodo in dando fuerint conceptæ, cum nihilominus & heredes facturi poſſint adimplere: illa ſubtili & ſupervacua ſcrupuloſitate exploſa, per quam putabant non poſſibile factum ab alio compleri, quod alii impoſitum eſt. Et quare, cum pene ſimilis omnium hominum natura eſt, non etiam facta, omnes, vel plus, vel paulo minus adimplere poſſint: ne ex hujuſmodi ſubtilitate cadant hominum voluntates?*

STipulationum aliæ conſiſtunt in dando, veluti *fundum dari, decem dari*: aliæ in faciendo, *veluti domum ædificari*: aliæ mixtæ ſunt, quæ partim in dando, partim in faciendo conſiſtunt, veluti *actus, ſive adminiſtrationis rationes reddi*, quæ & in dandis reliquis conſiſtit: nec enim reddit rationes, niſi qui & reliqua, ſi qua ſunt, reddit: & conſiſtit etiam in offerendo libro rationum, & in rationibus ipſis examinandis, computandis, & diſpungendis, quod nudi facti eſt, quo ſcilicet jus transfertur in eum, cui rationes redduntur: datio reliquorum jus transfert, id eſt, dominium in accipientem, *l. cum ſervus, ff. de condit. & demonſtrat.* quam etiam Accurſius hoc loco citat. Sed adde *leg. 6. §. ult. D. de ſtatuliber.*

tuliber. Hæc autem est vetus differentia inter eas stipulationes, quæ in dando, & eas, quæ in faciendo consistunt, quod, quæ in dando consistunt, ad heredes, & contra heredes transferantur, quia in eis jus vertitur, id est, dominium, cujus adquirendi commodum, vel amittendi incommodum sequitur heredem, si defunctus, vel stipulatus sit sibi dari, vel promiserit se daturum rem, aut pecuniam certam, neque interest heredum facta sit mentio, nec ne, ut ait hæc lex rectissime, quia plerunque tacito intellectu non tantum nobismetipsis cavemus, sed etiam heredibus nostris, etiamsi eorum mentionem non fecerimus, *l. si pactum 9. ff. de probat.* & non tantum cautionibus nos obstringimus, sed etiam heredes nostros, etiamsi eorum mentionem non fecerimus. Denique nullæ cautiones dandi sunt personales, quæ scilicet cohæreant personis contrahentium, nisi id nominatim actum sit, sed omnes cautiones dandi sunt in rem, & generales. At stipulationes, quæ in faciendo consistunt, personales sunt, id est, neque ad heredes, neque adversus heredes transmittuntur, secundum veterem differentiam stipulationum dandi & faciendi: ut si quid defunctus promiserit *se facturum*, id heres ejus facere non tenetur, vel si quid defunctus stipulatus sit *sibi facere licere*, idem heredi ejus facere non licet, vel si quid *fieri sibi* stipulatus sit, veluti se literas edoceri, id heres ejus, ut sibi fiat, postulare non potest, quia (ut eleganter ait *lex 6. §. ult. ff. de statuliber.*) facta cohærent personis, quibus adscribuntur, ita scilicet ut vel ea faciant, atque compleant, vel patiantur: Nam & pati sinere, non prohibere, non facere, facere est. Et ut dicunt Stoici (privatio actionis est actio) Qua ratione, quod filiusfamilias *sibi dari* stipulatur, transit in patrem, quia stipulatur quod juris est. Quod autem stipulatur *sibi fieri*, vel *sibi facere licere*, non transit in patrem, non adquiritur patri, ut docui in *l. 2. h. tit.* Item conditio testamento imposita statulibero, *si heredi decem dederit*, ex duodecim tabulis transit in emptorem, cui heres statuliberum vendidit, ut Ulpianus scribit libro *Regular. tit.* 2. quod porrigitur etiam ad heredem legitimum, qui heredi scripto hereditatem evicit, & ad quemcunque novum dominum statuliberi, licet lex duodecim tab. de emptore tantum locuta sit. Et hoc ostendit in *l. 6. §. non solum*, *l. statuliberi a ceteris*, *ff. de statuliber.* At hæc conditio si sit imposita statulibero, *si filium heredem meum literas edocuerit*, non transit in emptorem, sed cohæret personæ filii, *ut d. l. 6. §. ult.* Mixta autem conditio, veluti *si heredi meo rationes reddiderit*, scinditur, seu dividitur, & quæ pars in dando consistit, id est, in reliquis dandis, transit in emptorem statuliberi: quæ in faciendo, puta in excutiendis & percensendis rationibus consistit, non transit, *d. l. 6. §. ult.* Et hæc differentia quidem inter ea quæ sunt juris, id est, quæ in dando consistunt, & ea quæ sunt facti, etiam hodie manet & perseverat, cum quæritur, an ea transeant ad patrem, quæ filiusfamilias stipulatus est, vel cum quæritur, an quæ adscripta sunt, & injuncta sub conditione statulibero, transeant ad emptorem. Sed cum quæritur, an quæ quis stipulatus est, vel promisit, transeant ad heredem, vel contra, illa vetus differentia inter ea quæ sunt juris, & ea quæ sunt facti in *hac l.* a Justiniano sublata est, qua constituit, non tantum stipulationem, quæ in dando consistit, sed etiam eam, quæ consistit in faciendo, transire ad heredes, & contra, & mixtam stipulationem igitur non scindi, ut partim transeat, partim non transeat in heredes, sed transire totam. Ergo ut exemplis res planior fiat, si quid defunctus promiserit *se facturum*, puta, se stipulantem instructurum peritia literarum, id heres ejus, si possit, præstare debet, id est, docere literas stipulatorem, sive id melius sit facturus, quam defunctus, sive non ea sedulitate, eo ingenio, ea arte & methodo, qua defunctus fecisset. Item si stipulatus sit defunctus, *se institui, & imbui literis*, heres ejus si literarum studio teneatur, recte postulabit eis se literis institui, quibus se institui

A a promissore cavit defunctus. Et utitur Justinianus hac ratione, quia licet inter homines sit differentia ingeniorum & doctrinarum, tamen pene similis est omnium hominum natura: ita ut quod unus potest facere, vel suscipere, id etiam alter, quamvis non adamussim, tamen (ut ait) vel magis, vel paulominus facere possit. Veteris differentiæ auctores rem exigebant adamussim, quo modo est impossibile, quod facit unus, quodve uni injunctum est, ut faceret, ut faciat alter ad eundem modum, & eandem subtilitatem, qua faceret is, cujus opera electa est. Sed Justinianus non vult rem examussim, & scrupulosius, id est, ἀκριβέστερον æstimari, sed satis esse, si heredi fiat, vel si heres faciat qualiter qualiter, quod ut fieret sibi, vel ut ipse faceret defunctus cavit. Et hoc utique procedit in factis, quæ heredes ut-
B cumque adimpleri possunt: Nam si faber promiserit *se suis operis, suis manibus domum ædificaturum*, non suis sumptibus: nam si suis sumptibus, proculdubio stipulatio transit in heredem ejus, *l. un. §. ne autem, sup. de cad. tollend.* Sed si suis manibus faber promiserit, se domum ædificaturum, stipulatio non transit ad heredem artis fabricæ imperitum. Item si Grammaticus defuncto promiserit docere Grammaticam, hæc stipulatio non transit ad heredem rusticum, ineptum, incapacem literarum. Et ita hæc lex intelligenda est. Accursius in hanc legem adducit *leg. centesimis, §. 1. ff. de verb. oblig.* quæ potius pertinet, & propius ad quæstionem legis *ult. h. tit.* ut ibi explicabitur. Item adducit *legem si non sortem, §. liber, D. de condict. indeb. & l. inter artifices, D. de solut.* quæ nihil pertinet ad propositam quæstionem, *an*
C *stipulatio, quæ in faciendo consistit, transmittatur ad heredes*. Sed hoc tantum ex eis intelligitur, inter artifices plerunque esse longam differentiam ingenii, & naturæ, & artis, & institutionis, id est, methodi, & ut est in Proverb. *πόρρω τὰ φρυγῶν καὶ τῶν περσῶν διαφορή*. Et ideo licet fidejussor, vel alius, quod quis se daturum promisit, dando pro eo liberet promissorem, etiam invitum & ignorantem, *l. solvendo, D. de solut.* si tamen quis se facturum aliquid promiserit, veluti *navem fabricaturum suis operis*, eam alius fabricando, vel fidejussor, vel extraneus, non liberat promissorem, quia aliud pro alio solvi videtur, quod non fit recte invito creditore, quia alia est fabrica hujus fabri, & alia illius, nec est idem factum, non eadem opera, in specie scilicet: nam in genere est eadem, nempe fabricatio navis. Et inde alia dif-
D ferentia, ut fidejussor dandi possit esse in mora: fidejussor faciendi non item, *l. si libertus moram, D. de oper. libert.* quia fidejussor faciendi, id est, qui pro eo intercessit, qui se aliquid facturum promisit, non tenetur ad faciendum, & faciendo nil agit, sed tenetur tantum ad id quod interest, si promissor non faciat, *l. stipulatus est, D. de fidejussor.* Et possunt addi multæ aliæ differentiæ inter obligationem dandi & faciendi, veluti ut mihi uni ex heredibus meis dari inutiliter stipuler, quia dari nihilominus oportebit omnibus heredibus, contra quam si stipuler mihi, & uni ex heredibus meis fieri, quoniam ei soli fieri poterit, *l. continuus, §. ult. D. de verb. oblig.* Item quod obligationes dandi sunt dividuæ, obligationes faciendi individuæ, & quod obligationes dandi perpetuentur post moram, obligationes faciendi non per-
E petuentur, sed in locum earum succedat obligatio in id quod interest, ut *l. stipulationes non dividuntur, l. si fundum, D. de verb. obl. l. si quis ab alio, §. ult. D. de re judic.* Sed hæ differentiæ nihil habent commune cum illa veteri differentia inter obligationem dandi & faciendi, quam Just. abrogat in *h. l.* Nihil etiam ad quæstionem propositam pertinet *lex nemo, D. de duobus reis*, quam hic adducit Accurs. cujus sententia ut intelligatur, sciendum est, eam legem esse ex libro Juliani 22. ff. quo libro tractatur *de operis officialibus*, id est, quas liberti, officii ergo, patronis suis debent, & eas contulit cum aliis operis non officialibus, sed fabrilibus forte, aut pictoriis. Et cum dixisset, officiales operas non alii promitti debere, aut solvi posse, quam patrono, quod est verissimum in

l. 11.

l. 11. 12. ff. de operis liber. l. si patroni, D. ad Senat. Trebel. adjecit Julianus, quod est in *d. l. nemo*, alias operas, quam officiales scilicet, neminem ignorare promitti cuilibet posse. Nam in ea lege dixit (alienas) pro (alias) ut in *l. 3. ff. de vindic. aliena capita*, id est, *alia*, & veteres, *ut alienus*, pro *alius*, ita dubienus pro dubius, socienus pro socius. Et ita necessario in illo loco, *alienas*, id est, *alias*, quam officiales, quia constat alienas, id est, non suas operas promitti inutiliter, quia de se quisque promittere debet, non de alio. Et hoc est quod dicitur *alieni facti*, puta, *alienarum operarum nullam promissionem esse, l. stipulatio ista, ff. de verb. oblig. l. sicuti, ff. de fidejuss.* Ergo sententia *l. nemo* hæc est, *alias operas, quam officiales, puta fabriles, recte promitti*, & consequenter huic obligationi fidejussorem adhiberi recte, qui promittat quanti interest, & ex hac causa etiam duos reos promittendi constitui posse, ut si duo fabri ejusdem peritiæ easdem operas promittant, vel duos reos stipulandi, ut si ab uno fabro duo stipulentur fabriles operas, quod exemplum legis plane ostendit, in ea agi de aliis, quam de officialibus operis, quæ solis patronis debentur.

Ad L. XIV. Optimam quæstionem, *& frequenter in judiciis versatam, satis humanum est saltem in præsenti dirimere, ne diutius nostram remp. molestare concedatur. In multis etenim contractibus, & maxime in fœneratitiis cautionibus solitum est adscribi, stipulationes per certos servos celebrari: sed quidam indevotione tenti, ex hoc materiam altercationis acceperunt, & alii quidem, non esse servum adhibitum contendebant: alii vero non ejus servum esse, ad quem pertinere scriptura protestabatur. Et si non per servum, sed inter præsentes celebratam esse rem fuerat scriptum, & hoc iterum dubitabatur, debere ostendi partes esse præsentes. Cum itaque satis utile est in contractibus & servos adhiberi, & præsentes esse personas adscribi, forte propter personas dignitate excelsas, vel mulieres (quas naturalis pudor, non omnibus perperam sese manifestare concedit) sancimus tales scripturas omnifariam esse credendas: & sive adscriptus fuerit servus, & ad quandam personam dicitur pertinere, credi omnimodo & servum adfuisse, & fecisse stipulationem, & eam esse scripto domino adquisitam: & non dubitari, si servus ipse præsto fuerit, vel ejus dominus, pro quo scriptus est, fecisse stipulationem. Et si inter præsentes partes res acta esse dicitur, & hoc esse credendum: si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo hujusmodi instrumentum conscriptum est: nisi is qui dicit sese, vel adversarium absuisse, ac manifestissimis probationibus, & melius quidem, si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos, & omni exceptione majores, ostenderit sese, vel adversarium suum, ea die civitate abfuisse, sed hujusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas.*

HAnc legem Justinianus in §. *item verborum, Institut. de inutil. stipul.* ait, se scripsisse ad Cæsarienses Advocatos, id est, qui erant in Cæsarea metropoli Cappadociæ omnium celeberrima earum, quæ sunt ejusdem nominis, ut Cæsarea Palestinæ, Phœniciæ, Mauritaniæ: iis præcellit omnibus, aut præcellebat Cæsarea Cappadociæ, de qua Novella 30. Et licet in eo §. dicat se hanc legem scripsisse ad Cæsarienses advocatos, id est, ad interrogata eorum, ad consultationes, tamen eam non ad eos mittit, ut hujus legis inscriptio demonstrat, sed ad Joannem præfectum prætorio Orientis & Illyrici. Et ita quam legem in *Instit. tit. quibus alienare licet, vel non*, Justinianus dicit, se promulgasse ad Cæsarienses advocatos, eam dirigit ad eundem Joannem, *l. sancimus 1. sup. de administrat. tut.* ac similiter *l. ult. sup. de pact. & l. si major, sup. de legit. hered.* quas se fecisse dicit interrogatum a Cæsariana advocatione, id est, ab iisdem advocatis eas mittit ad eundem præfectum prætorio. Mittit etiam ad eundem responsa, quæ facit Palestinis & Illyricianis advocatis, id est, corpori advocatorum, in *l. pen. inf. de fidejussor. l. ult. sup. de verbor. signific. l. ult. sup.*

A *unde vi, l. ult. sup. de advoc. divers. jud.* Ex quo apparet Joannem non Orientis tantum, se etiam Illyrici prætorio præfectum fuisse, cum & responsa ad Illyricianam advocationem, ad eum dirigantur. Responsa autem, quæ fiunt advocatis Alexandrinæ civitatis, convenienter etiam mittuntur ad proprium magistratum, & majorem in Ægypto, cujus civitas est Alexandria, nempe ad Ducem Ægypti, & præfectum Augustalem: sic est restituenda inscriptio *l. petiones, sup. de advocat. divers. judic.* quæ a. fiunt advocatis Syriæ secundæ, quæ mitti potuerunt etiam ad Joannem, dum fuit præfectus prætorio Orientis, quoniam utraq; Syria est in Oriente, mittitur tamen ad Sergium præfectum prætorio, qui tunc erat Orientis. Et sic restituenda est inscriptio *l. petitiones, sup. de adv. div. jud.* Et ex his apparet, Principes leges mittere ad
B summos magistratus, quib. respondent quæstionib, postulationibus, interrogationibus, consultationibus advocatorum, ut per eos magistratus innotescant Advocatis, & universæ ditioni suæ. Quod qui non observant, dubitant, an sit vera inscriptio hujus leg. & *d. l. sancim.* & similium quoque de inscriptione dubitatur, sed absque causa dubitandi, cum non sit inconveniens, ut qua de re principem advocatus rogavit, de eo responsum Princeps remittat ad summum ejus diœceseos magistratum, non ad advocatos, quanquam & non improprie ad eos scribi dicatur, quod alii rescribitur ad illorum interrogata. Nunc de sententia hujus l. tractemus, quemadmodum si inter præsentes scriptum sit instrumento cautionis promisisse aliquem, non quæritur, an rite sit concepta stipulatio, sed sive rite fuerit concepta, sive non,
C omnia præsumuntur rite & solemniter acta, ut diximus in *l. 1. h. t.* Ita ex hac l. intelligimus, si instrumento cautionis etiam privato scriptum sit, *servum L. Titii intervenisse, & stipulatum fuisse domino suo*, si scriptum sit rem gestam fuisse inter præsentes, non est quærendum, an res ita se habeat, an is servus intervenerit, quem intervenisse scriptum est, an servus sit L. Tit. an res gesta sit inter præsentes: hoc non est quærendum, sed omissis his quæstionibus fides habenda est instrumento, licet revera is servus L. Titii non fuerit, aut revera non fuerit res gesta inter præsentes, quod mirum videtur, ut stetur falsæ scripturæ potius, quam veritati, & quod de veritate non possit inquiri contra scripturam. Sed constitutio nititur optima ratione: *quia pleriq; sunt, qui nolunt nomina sua instrumentis inscribi*, licet revera ipsi sint,
D qui præsentes contrahunt, maxime honestiores viri, id est, dignitate celsiores, & feminæ, & absque dolo malo, absque consilio ullo fraudi curant inscribi nomina servorum suorum, vel alienorum tanquam suorum, *l. pupill. §. sane si quidem, ff. de auctor. tut.* Et Justinianus in edicto 7. *Ingenuos homines, & honestiores plerunque nolle contractus suos publicari*, τὰ ἑαυτῶν δημοσιεύεσθαι συναλλάγματα. Seneca 2. de benefic. *Quidam*, inquit, *nolunt nomina secum fieri, nec interponi pararios*, id est, *mediatores, nec signatores advocari, nec chirographum dare. Alii quidam instrumentis patiuntur quidem inscribi, se fuisse præsentes, & præsentes tamen in contrahendo esse nolunt, sed rem agunt per servos suos. Alii, scilicet honestiores viri, & matronæ potissimum, quæ in publicum prodire erubescunt, quas*, inquit, *naturalis pudor in omnibus perperam*
E *sese manifestare concedit*: ubi *perperam*, id est, temere aut petulanter, ut in glossis antiquis, perperus est προπετής; & perperam ago, προπετεύομαι. Et ad hoc, quod ait *de pudicitia & verecundia matronarum*, pertinet etiam *lex 1. sup. de offic. divers. jud. & lex maritus, sup. de procurator. l. ult. sup. de recept. arbit. l. 2. sup. de iis qui ven. ætat. impetrav.* quod sit earum proprium se domo continere. Unde & a D. Paulo vocantur οἰκουροί. Unde & illud Symbolum οἰκείας *Venus testudinem calcans*. Quia igitur hæc plerunque falso inscribuntur instrumentis, cogente pudore & verecundia contrahentium, absque dolo malo fiunt impune, sicut cum quis falsum nomen assumit absque dolo malo, *l. 1. inf. de mutat. nom.* Falsum, quod scribitur sine dolo malo non est crimen: imo,

quæ ita inseruntur instrumentis, sine alia fraude, præsumuntur esse vera, nec in dubium revocari possunt. Unum tantum exigit Justinianus in *h. l.* cum scriptum instrumento est, præsentes fuisse contrahentes, ut fides instrumenti in dubium non vocetur: exigit, *ut qua die, quaque civitate instrumentum est conscriptum, in ea præsentes fuerint*, licet quo loco scriptum est instrumentum, præsentes non fuerint; Nam si manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes omni exceptione majores, doceat quis se, vel adversarium ea die, ea civitate abfuisse, & peregre profectum in aliam civitatem, tum non præsumemus præsentem eum fuisse. Ratio hæc est, quia præsumptiones nunquam fiunt recte, nisi cum natura non repugnat. Hæ solæ præsumptiones sunt legitimæ, & jure proditæ, quæ cum natura non pugnant. At natura possibile non est, ut præsens fuerit, qui in eadem civitate non fuerit. Et Arist. in Rhet. ad Alexand. *Hunc*, ait, *esse elenchum eorum, quæ natura sunt impossibilia, si quem adversarius dicit nos Athenis habuisse contractum certa die, ea ipsa die probemus nos in alia civitate fuisse*. Igitur non utimur hac præsumptione pro scriptura, cum civitate abfuerunt contrahentes, vel unus ex illis. Et ita ex hac lege apparet, hanc allegationem, *se alibi fuisse*, in causis civil. non aliter admitti, quam si civitate abfuerit, non si in eadem civitate fuerit. Quod & in causis criminalibus observari velim: Et ita audio fuisse judicatum, ut reus criminis non relevetur, si probet se in eadem quidem civitate fuisse, sed in aliis ædibus; quam quibus cædes commissa est: & recipi tantum hanc allegationem, si probet se extra civitatem fuisse. Et de hoc genere defensionis Cicer. de Invent. 2. *si vos me istud eo tempore fecisse dicitis, ego autem eo ipso tempore trans mare fuerim, relinquitur, ut id quod dicitis, non tantum non fecerim, sed ne potuerim quidem*. Itaque ab eo, qui allegat se alibi fuisse, exigitur probatio, ut ita probet se alibi fuisse, ut nec fecerit, nec facere potuerit per rerum naturam. Et ita Livius lib. 3. *Cæsonem quendam reum homicidii postulatum, Romæ commissi, probasse se his temporibus, in quæ testes crimen conjiciebant, Romæ visum non fuisse*, *idque multis indiciis*, ut ait: Nam & in hac lege *liquidis ac manifestis probationibus*, id est, argumentis, indiciis rerum apertissimis, signis, rationibus; nam cum probationibus additur manifestissimis, non intelliguntur instrumenta, non testes, sed argumenta tantum & indicia, quæ non admittuntur, nisi sint omni luce clariora, ut ait *l. ult. sup. de probat.* ex Cicerone pro Cælio: *Signis*, inquit, *omni luce clarioribus crimina repellimus*. Et ita probationes pro indiciis accipi oportet, quod sit additum, *manifestissimis, l. 2. sup. de in lit. jur. l. 3. §. præterea, D. de suspect. tutor. l. libertas, §. ult. de manum. test. l. plane, §. 1. de legat.* 1. Et ideo subjicit in hac lege, *se, vel adversarium, ut non stetur huic præsumptioni, in alia civitate fuisse, esse docendum manifestissimis probationibus*. Et melius ut subjicit, *per aliam scripturam, aut testibus omni exceptione majoribus*. Qui ordo verborum demonstrat, se probationum nomine non intellexisse scripturam vel testes, sed conjecturas vel signa. Et notandum, quod testes desiderat idoneos, & omni exceptione majores, *sans reproche*; excipere testes *reprocher les tesmoins*, *l. si quis testes, sup. de testib.* & præscribere testibus, aut testes. Rufinus 2. Invectiva: *Proferam testem prævalidum, cui præscribere non poterit*. Ergo testes omni exceptione majores sunt, quibus nil præscribi potest.

AD *L. ult.* Dictum est in *l. 13. sup. stipulationes in faciendo conceptas transmitti ad heredes, si res ferat, & contra heredes*. Dubitabatur an definitioni legis 13. locus sit stipulatione concepta hoc modo, *cum morieris te domum ædificaturum*, quam veteres habebant pro impossibili; propterea censebant esse inutilem, quod in ipso momento moriendi nemo possit per se, vel per alium domum ædificare. Et ita fuit concepta stipulatio, *cum morieris domum te ædificaturum tuis sumptibus*? Et Justinianus in hac lege ultima definit, sicut (*cum morieris dari*) valet stipulatio, ita valere stipulationem, *cum morieris domum edificari*, ex mente contrahentium, qui hoc sensisse videntur, ut inciperet obligatio a defuncto, & impleretur ab herede ejus. Et in hac re igitur nil distare obligationem faciendi ab obligatione dandi. Idemque esse in legatis ita relictis; *heres meus Lucio Titio cum morieris domum ædificabis*, quæ erunt implenda per heredem heredis. Verum, ut *l. 13.* ita hæc *l. ult.* est accipienda de factis, quæ per heredem, vel per alium impleri, ut constructio domus, non de factis, quæ per alium, aut per heredem impleri non possunt; ut si ita concepta sit stipulatio, *cum morieris, Romam venire spondes?* Hæc omnino inutilis est, *l. centesimis, D. de verb. obligat.* Et ita ea lex male opponitur vel huic legi ultimæ, vel illi l. 13. quia quod in iis legibus constituitur, non pertinet ad quæcumque facta, sed ad ea tantum, quæ per alios expleri possunt.

AD TITULUM XXXVIII.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

SUPERIOR titulus fuit de stipulationibus, quæ pro utilibus semper habitæ sunt, vel quæ inutiles olim fuerunt, nunc sunt utiles, ut *l. 11. & l. ult.* vel quæ etsi sint inutiles, non tamen inutilem faciunt obligationem, ex qua pendent, ut *l. 3.* Hic autem titulus proprie est de inutilibus stipulationibus, id est, quæ obligationem non pariunt, vel quæ infirmantur per exceptionem doli, aut metus, ut stipulatio dolo aut metu expressa, extorta, *l. pen. hoc tit.* de qua actum est etiam *tit. super. l. 9.* Sed respectu alterius stipulationis utilis, ut etiam, titulo superiore *l. 8.* agitur de stipulatione inutili, sed ex adverso, sive ex opposito alterius stipulationis, quæ est utilis. Stipulationes autem inutiles, quæ hoc titulo proponuntur, hæ sunt, qua pupillus spopondit aliquid sine tutoris auctoritate, *l. 1. h. tit.* Ubi observandum, eam tantum loqui de pupillo, nimirum ad differentiam puberis, qui ex stipulatione obligatur etiam sine curatoris sui auctoritate, ut ostendi tit. super. *l. 7.* Item, qua libertas matrimoniorum constringitur vinculo pœnæ, *l. 2. hoc tit.* cujus legis propositio est generalis, libera matrimonia esse debere, id est, nullo constricta metu pœnæ, tam in contrahendo scilicet, ut in *l. Titio centum, §. 1. D. de cond. & demonstr.* quam etiam in distrahendo. Ergo propositio legis est generalis, id est, locum habet & in contrahendo, & in distrahendo, sive dirimendo matrimonio. Species autem, quæ subjicitur in hac *l. 2.* est de distrahendo matrimonio, si vir & uxor inter se stipulati sint, *ne cui eorum liceat distrahere matrimonium, & qui distraxerit facto divortio, ut tot aureos daret pœnæ nomine*, quæ stipul. est inutilis, nisi contineat divortii pœnam legitimam, quæ definita est lege Julia aut Papia, aut constitutionib. *l. consensu, sup. de repud.* Stipulari licet pœnam divortii injusti lege definitam. At graviorem illa stipulari non licet, quia (ut ait eleganter *l. 19. D. de verb. oblig.*) contenti esse debemus pœnis legibus comprehensis: & loquitur specialiter ea lex de pœnis divortiorum. Sed & generaliter verum illud est, nos contentos esse debere pœnis legitimis, ut ostendit *l. unica, in fin. sup. de sent. quæ pr. eo, qu. inter.* Legibus severiores esse non possumus. Ideoque toto cœlo errat ille, qui existimat a fure nec manifesto, qui l. 12. tab. tenetur tantum in duplum, nos posse stipulari triplum, vel quadruplum, quia pœnis legibus comprehensis contenti esse debemus, id est, legibus severiores esse non possumus. Et ita in hac specie matrimonia ne solvantur temere, sine justa causa vinculo legum constringuntur, non vinculo nostro, non nobis, aut pœnis nostris. Nec obstat l. quam adducit Accursius, *l. ea quæ, D. de don. inter. vir. & uxor.* Mittamus quod respondet idem Accurs. & adferamus id quod est evidens:

dens: in specie *legis ea quæ*, non esse deductam in stipulationem pœnam divortii, sed pecuniam uxori donatam reddi, si divortium fieret, hoc est, *reddi marito, quod suum est*, quod proculdubio pœna non est. Item ex hoc tit. intelligimus, *inutilem esse stipulationem, quæ fit inter absentes*, *l.3.* quia non fit verbis; qua de re satis *l.1. & pen. tit. super.* Ex eadem *l.3. & ult. h. t.* intelligimus inutilem esse stipulationem, quæ fit alteri, puta, *Lucio Titio dari promittis?* Verum hæc *l.3.* addit duas exceptiones, sive duos casus, quib. stipul. facta alteri valet. Primus hic est; si stipuler patri, vel avo, in cujus potestate sum: & adde: vel si stipuler ei, quem habeo in potestate, quod satis exposuimus *l.2. tit. super.* Alter casus hic est, si mea intersit alteri dari, cui stipulor, qui casus merito excipitur: Nam regula illa juris, ut alteri nemo pacisci, vel stipulari possit, de eo tantum est, qui cum sua nil interesset, alteri dari stipulatur, *l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. oblig.* Ergo *si stipuler alteri, cum mea interest alteri dari*, stipulatio valet, non ut alter agat, sed ut ego possim agere in id quod interest, quod alteri datum non sit, sive subjecerim stipulationem quanti ea res est, sive omiserim, ut *d. l. stipulatio ista, §. si stipul. & §. si insulam, & §. seq.* Vel si dari stipuler procuratori meo, qui mea negotia gerit; vel si stipuler dari creditori meo, cui debeo pecuniam ad diem certam sub pœna, & mea maxime interest, ne incidam in pœnam, ei ea die pecuniam solvi: Vel etiam si promiserim *me L. Titio domum ædificaturum meis sumptib.* & stipuler a fabro quodam L. Titio domum ædificari, stipulatio valet, & continet quanti mea interest Titio domum ædificari. Idemque erit, si tutor, qui cœpit administrare tutelam, cessa administratione contutori suo, ab eo stipuletur *rem pupilli salvam fore*, pupillo stipulatur, & valet stipulatio, non ut ex ea pupillus agat, sed ut ipse, qui stipulatus est, adversus contutorem agat ex ea stipulatione, id est, ex ejus vi & potestate quanti sua interest rem pupilli salvam esse. Idem evenit etiam, si promiserim Titio *fundum Mævium daturum, & si Mævius non daret, pœnam me daturum*: Nam recte stipulamur de Mævio Titio fundum datu iri, quia mea maxime interest dari. Idem evenit in specie *l.3.* quæ nobis necessario ponenda est. Azo proprius accessit ad speciem veram. Scripta lex est ad Isidorum patrem (& sic est inscriptio emendanda, ut scribatur *Isidoro*, non *Isidoræ*) qui mortua in matrimonio filia, cum genero suo pactus est, *ut dotis a se profectæ, partem dimidiam retineret gener nomine filii ex eo matrimonio procreati, partem alteram restitueret nepoti cuidam ejusdem Isidori, si is nepos viveret*, quoniam de ejus absentis salute erat incertus, *vel si mortuus esset, ut alteram partem restitueret Juliano cuidam extraneo & absenti*, subjecta stipulatione, *Juliano reddi partem dimidiam dotis profectitiæ, aut si non redderetur, sibi præstari, quanti ea res est*. Finge interfuisse Isidori Juliano dari, forte procuratori, aut creditori suo: Si gener eam partem Juliano non reddat, Isidoro committitur stipulatio in id quod interest, ceterum ipsi Juliano nulla competit actio, quia absens fuit, cum id socer de genero stipulabatur: Et ita in hac *l.3.* proponitur alteri absenti inutiliter facta stipulatio. Et idem omnino similiter proponitur *l.3. tit. superioris*, alteri absenti inutiliter factam stipulationem. Unde ex diverso dicendum videtur ex *l.3. h. tit.* & ex *l.3. tit. superioris*, alteri præsenti, & tacenti recte stipulationem fieri: Hoc (ut aliquantulum attigi in *d. l.3.*) non est verum ipso jure, sed ex æquitate: Nec enim si quis sit stipulatus alteri præsenti, dabitur actio directa, sed utilis, ut in *l. si procuratori 79. D. de verb. obligat.* si procurator stipulatus sit domino præsenti, domino dari ex stipulatu utilem actionem: ac similiter si quis stipulatus sit alteri præsenti, videtur ei danda esse utilis actio ex stipulatu, quia ipsemet præsumitur stipulatus, licet revera stipulatus non sit, quæ præsumptio non potest fieri de absente, cui quis stipulatus est, quia præsumptiones, & fictiones convenire naturæ oportet. In stipulationibus præsumptiones admittamus, ut si scriptum sit in instrumento promisisse aliquem, præsumimus præcessisse interrogationem, nec quicquam mutat, si non præcesserit, *l.1. tit. super.* Et similiter, si scriptum sit, rem fuisse gestam inter præsentes, præsumitur ita fuisse gestam, & præsumptio potior est veritate, *l. pen. tit. super.* Et ita cum stipulor præsenti, præsumitur is ipse, cui sum stipulatus, sibi stipulari, licet revera stipulatus non sit, ideoque ei datur utilis actio. Postremo ex *l.4. h. tit.* intelligitur, inutilem esse stipulationem de mutua successione, ut si tu me heredem facturum promittas, & vicissim ego te, quia non pactis, sed testamentis deferuntur hereditates. Pactum non est modus dandæ hereditatis legitimus; imo est contra bonos mores constringere libertatem testamentorum pactis, vel stipulationibus, puta ne tu alium, quam me heredem facias, & ne ego vicissim alium, quam te. Et ita *l.4.* est accipienda de pacto, & stipulatione mutuæ successionis. Quod indicat verbum (*vos habere actionem*) quod etiam Græci, ex quibus Harmenop. noster, hanc legem 4. ponunt sub titulo ἀλληλοκληρονομίας, id est, *de mutua successione*, quæ tamen pactio inter commilitones recipitur jure singulari, non passim ubique, sed in ipso procinctu possunt se invicem, interpositis stipulationibus, heredes facere, *l. licet, sup. de pact.*

AD TITULUM XXXIX.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

REI nomen commune est actoris, & ejus, quocum agitur, ut in illa lege 12. tabul. *Si quid horum fuat vitium, judici, arbitrove, reove dies diffisus esto: reove*, id est, alterutri ex litigatoribus, ut in *l.2. §. si quis judicio, D. si quis caution.* nec mirum si sit commune nomen actori, & ei, cum quo agitur, cum sit commune contrahentium omnium, sive contrahentis utriusque, creditoris & debitoris, stipulatoris & promissoris. Unde & reus credendi dicitur, & reus debendi, *l. si duo, D. de recept.* & reus satisdandi, & reus satis accipiendi, *l. qui hominem, §. quidam, D. de solut.* & reus stipulandi, & reus promittendi, vel, ut veteres loquebantur, reus stipulando, & reus promittendo. Reus stipulandi est is, qui suo nomine ab alio stipulatus est, non is, qui alteri adstipulatus est. Reus promittendi est, qui suo nomine, vel pro altero quid promisit: quæ definitiones sunt Ælii Galli Jurisc. & ostendunt bellissime, nos posse pro altero promittere, veluti fidejubendo, quod proprie est *adpromittere*, non tamen posse alteri stipulari. Denique adpromittere nos posse, adstipulari non posse, exceptis certis casibus, de quibus diximus titulo superiori. Duo autem, vel plures rei stipulandi sunt, qui ab uno, vel pluribus eandem rem, vel pecuniam singuli in solidum, & in partem virilem stipulati sunt, vel apud quos jus stipulationis est commune, ut in *l. si rem, §. ult. D. de novat.* Duo, vel plures rei promittendi sunt, qui eandem rem, vel pecuniam ex eadem causa singuli in solidum, & in partem virilem suo nomine, vel pro altero, uni, vel pluribus promiserunt. In solidum, & in partem virilem, ut ait *lex inter eos, D. de fidejuss.* quod in Idiotismo dicimus, *cachun pour soy, & chacun pour le tout.* Non exigo, ut rei promittendi nominatim, & specialiter se in solidum obligaverint, sed ut stipulator, sive creditor intuitus sit singulorum personas in solidum, ut *l. cum apparebit, D. loc.* vel tacite actum sit, ut singuli tenerentur in solidum: nec enim id exprimi olim necesse erat, *l. his verbis, D. de duob. re. const.* quæ lex valde facit ad confirmandam sent. *l.1. sup. de contrah. stip. & l. Titia, §. pen. D. de verb. oblig.* Ut sicut si instrumento scriptum sit promisisse aliquem, ita si in instrumento scriptum sit, promisisse aliquos eandem pecuniam, qui præsentes fuerint, cum id ageretur, ut essent plures rei promittendi, ut omnia præsumantur solemniter acta, id est, ut singuli, qui præsentes fuerunt, intelligantur se obligasse in solidum: Nam de absentibus idem præsumi non potest, quoniam præsum-

ptiones

ptiones debent esse probabiles, nec abhorrentes a ratione naturali. Nam absens non intelligitur promisisse, etiamsi scriptum sit eum promisisse, nisi etiam scriptum sit, rem fuisse gestam inter præsentes illos vel illos, & in eadem civitate fuerint, quod exigit *lex pen. sup. de contrh. stipulat.* Verum ad rem. Ergo olim duo rei promittendi constituebantur, si id ageretur, vel tacito intellectu, tametsi non exprimeretur specialiter. Hodie tamen *ex Novella 99.* non sunt duo rei promittendi, nisi specialiter dictum sit, ut singuli tenerentur in solidum, & in partes viriles.

Ad L.I. Prohiberi non potest *exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniæ, a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exolvisse, rector provinciæ juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.*

IN specie *l.1. hoc tit.* rei promittendi sunt, qui communiter, id est, pro indiviso mutuam pecuniam aceeperunt, & eam se creditori reddituros spoponderunt. Ii & re, quia mutuam pecuniam acceperunt communiter, & verbis stipulationis sunt rei promittendi, quia communiter spoponderunt, & est in arbitrio creditoris, a quo solidam pecuniam petat, ut in *h.l.1. & l.2. l. si divisa, sup. de loc. l.3.§.1. de duobus reis.* Ceterum, ut additur in *h. l.* ei, qui solidam pecuniam solvit, quem elegit stipulator, subvenitur adversus conreum, *συνυπεύθυνον*, ut Græci loquuntur, vel creditore ei cedente suam actionem, puta creditæ pecuniæ, vel ex stipulatu, vel ei subvenitur data actione pro socio, vel communi dividundo, si socii fuerant, vel actione mandati, si vice mutua fidejusserint, quod fit plerunque, non etiam actione data negotiorum gestorum, quod male tentavit glossa in *l.1.* quia solidum solvit, quo se liberare aliter non poterat, qui tenebatur in solidum: nam si in virilem partem duntaxat tenebatur, & solvit solidum, tum sane ei de restituenda parte adversus alterum debitorem dabitur actio negotiorum gestorum, ut *l. si in rem, sup. si cert. pet.* quia potuit se liberare solvendo partem, nec cogebatur solvere solidum, quod solvit. Et hoc secundum distinctionem relatam multis locis, *l. his consequenter, §. ult. famil. ercisc. l. frater a fratre, D. de condict. indeb. l. pen. D. de reb. credit. l. si communis, ff. de negot. gest.* Ut autem in specie *d. l. si in rem* de restituenda parte datur actio negotiorum gestorum ei, qui solidum solvit, cum teneretur duntaxat in partem virilem: ita in specie hujus *l.1.* ei, qui solidum solvit, cum & in solidum teneretur, dabitur actio, quam ei cessit, & mandavit creditor, vel actio pro socio, aut communi dividundo, vel mandati de restituenda parte tantum, ut est in Basilicis in hac *l.1. περὶ τοῦ ἡμίσεως μέρους, de restituenda parte dimidia.* Quæ autem in hoc titulo vulgo est *l.1.* & incipit ab iis verbis, *si duo, pluresve, &c.* omnino delenda est, tanquam adulterina. Est quidem in editione Haloandri, sed plane *νοθεύεται*, cum nec verba ejus ullum referant sensum idoneum, nec sit in Basilicis, nec in veteribus codicibus, ut glossa ult. testatur *ad authen. hoc ita*, quam Irnerius posuit sub *h. tit. ex Novella 99.* & vero ita est: nulli veteres Codices habent *illam legem si duo:* nulli doctores eam etiam agnoscunt, & ut significant verba ejus, portenta sunt, non verba. Sed ut de ea Novella dicamus, cujus sententiam Irnerius subjecit *l.1. hoc tit.* ea Novella tollitur electio, quæ datur creditori, ut conveniat in solidum quem volet ex reis debendi, *l.1. & 2.* videlicet, si duo rei promittendi se nominatim in solidum non obligaverint, vel si se nominatim obligaverint, & omnes solvendo, & præsentes sint, quia his casibus stipulator cogitur inter eos dividere actionem suam; ita ut singulos conveniat in partes tantum viriles. Et ita plures rei promittendi his casibus hodie habent beneficium divisionis, nisi ei renuntiaveritn. Epistola D. Hadriani notissima etiam tabellionibus quibusque hodie, quæ pertinebat ad confidejussores, & conreos constitutæ pecuniæ, etiam porrecta est ad reos principales, ut supra dictis casibus habeant beneficium divisionis, nec possint singuli conveniri in solidum arbitrio, & electione creditoris. Creditori adempta est electio generali Constitutione Novellæ, quæ olim non potuit adimi creditori rescripto speciali, ut ait *l.2. h. tit.* quia rescripta Principum ad neminis injuriam pertinere debent. Rescripto Principis non potest confirmari vitiosa possessio, puta, quam quis vi adeptus est *l.3. sup. und. vi*: non potest rescindi venditio jure perfecta, *l.3. sup. de rescind. vend. l. incivile, sup. de rei vindicat.* non donatio, *l.3. inf. de revocand. donat. l.9. sup. de donat. ante nupt.* non testam. *l.10. sup. de test.* Ad hæc notandum ex *l.3. h. tit.* si uni ex reis promittendi pecunia sit numerata, ceteros, quibus numerata non est, non habere *ἀναργυρίαν*, id est, exceptionem non numeratæ pecuniæ, quod etiam confirmat *l.5. sup. si cert. pet.* Non potuit singulis numerari in solidum, sed necesse fuit uni numerari nomine omnium, ideo ceteris nil proficit exceptio non numeratæ pecuniæ, quia quæ numerata est uni, videtur esse numerata omnibus, sicut ex *l. ult.* mox intelligemus, uno ex reis promittendi agnoscente debitum, & ceteros agnovisse videri: agnitionem unius esse generalem. Itemque convento uno ex reis promittendi, & ceteros conreos videri conventos, & interpellatos, conventionem esse generalem, omnesque complecti, quorum est una, & communis obligatio: qua in re est valde singularis *l. ult.* quæ ut intelligatur sciendum est, actionem ex stipulatu perimi præscriptione 30. ann. sed eam variis modis interrumpi, ut litis contestatione, conventione executoris, & libelli admonitione, ut *l. sicut, & l. cum notissimi in prin. sup. de præscript.30.ann. l. ult. sup. de annal. exc. l.2. sup. ubi in rem act. exerc. l. pen. sup. de recept. arb.* Interrumpi etiam non extante debitore, qui conveniatur protestatione habita publice, *l.2. sup. de ann. except.* Interrumpi agnitione debiti, puta, cautione nova, & novo chirographo, vel solutione usurarum, vel partis debiti *d. l. cum notissimi, §. sed & si quis, arg. l. cum fidem, sup. de non num. pec.* Vel etiam datione fidejussoris, ut recte sentit Accurs. *l. cum quis, §. pen. D. de solut.* Sive autem plures sint rei stipulandi, & plures rei promittendi, & ex persona unius ex reis promittendi interrumpatur præscriptio ab uno, vel quibusdam reis stipulandi, ut si ille agnoscat debitum uni ex reis stipulandi, vel quibusdam, non omnibus reis, vel si conveniatur ille solus, non ceteri conrei promittendi, ab uno, vel quibusdam reis stipulandi; sive etiam plures sint rei stipulandi, & unus reus promittendi, ex cujus persona unus, vel quidam ex reis stipulandi interrumpant præscriptionem 30. annor. aliquo ex supradictis modis, sive sint plures rei promittendi, & unus stipulandi, in cujus personam ab uno, vel quibusdam reis promittendi præscriptio interrumpatnr, non ab omnibus, ea interruptio cujuscunque modi sit generalis est, id est, prodest omnibus creditoribus, etiamsi non sit facta in omnium personam, & nocet omnibus debitoribus, quia una est obligatio, atque communis.

AD TITULUM XL.

DE FIDEJUSSOR. ET MANDAT.

SUPERIORES tituli fuerunt de iis, qui quid suo nomine principaliter promittunt: hic titulus est de iis, qui pro altero stipulanti, vel stipulantibus, qui *adpromittunt*, salva manente obligatione, nec novata rei principalis. Ii sunt *fidejussores*, quibus adfines sunt *mandatores*, puta, qui rogant: mandare est rogare alii pecuniam mutuam dari: Nam & qui promisit fidejubere, satis promisso facit mandando credi precuniam, vel quid aliud dari, fierive, *l. ult. §. ult. D. mand.* & eleganter *l. si hereditatem, eod. Quicunque contractus tales sunt, ut quicunque eorum nomine fidejussor obligari possit, & mandati obligationem consistere: Nec multum referre præsens*

quis

quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet. Sed ex eo loco etiam intelligimus, hanc esse differentiam inter fidejussores, & mandatores, quod non tantum præsens, ut *l.22. §. si curator, eod.* sed etiam absens mandet, quia mandatum solo consensu contrahitur: fidejubeat autem præsens duntaxat, quia hoc fit per stipulationem interrogato fidejussore, ut ait *d. l. si hereditatem, & l.3. §. ult. D. de administrat. rer. ad civit. pertin. l.12. hoc tit.* de qua satis in fine *Observat.*14. Qua ex re etiam fidejussor olim dicebatur *præs*, quo nomine respondens interroganti fidejussor, significabat se præsentem, atque ideo auctorem credendi esse. Non quicunque præsens fuit in contrahenda obligatione inter aliquos, habetur pro fidejussore, ut *l.6. hoc tit.* non is, qui tabulas contractus adsignavit ut testis, ut in *l.16. sup. de administ. tut.* qui ut curator interfuit: sed is, qui præsens est interrogatus an *præs* esset, atq; respondit *præs sum*; quo verbo fidem suam adstringit, & plerunque promissa manus, quod est symbolum stipulationis, ut ait Salomon Proverb. 6. *Eum, qui fidejubet, plerunque promittere manum inimico, & laqueo verbi sui capi*. Et *cap.22. Ne si ex iis*, inquit, *qui manum suam promittunt, sive porrigunt pro debitis alienis*. Ceterum *præs* dicebatur proprie in causa pecuniaria: vas in causa capitali, si Ausonio credimus in Monosyllabis, quos etiam alii auctores solent distinguere, ut Quintus Curtius Rufus libro nono: *vestram virtutem rerum, quas gesturus sum vadem, prædemque habeo*. Et in Epitome Titi Livii lib.48. *De veneficiis quæsitum*, inquit, *Publicia, & Licinia nobiles feminæ, quæ viros suos necasse insimulabantur, causa cognita, cum prætori prædes, vadesque dedissent, cognatorum decreto necatæ sunt*. Sed eo loco videtur præs, & vas promiscue dari in causa capitali: Et rectius veteres libri, *cum prætori pro se vadem dedissent*. Distinguit & idem Ausonius alio loco. *Permulta possum*, inquit, *currere exempla, ut probem prædes, vadesque pœnitudinis reos, sed nolo quenquam nominatim dicere, sibi quisque vestrum dicat, & secum putet, spondere quantis damno fuerit, & malo*. Quod est elegantissime scriptum, & demonstrat etiam miseriam, aut periculum eorum, qui pro altero fidem suam obstringunt, & ut Chilo Lacedæmonius dixit aut Thales Milesius, *comitem æris alieni, litisque esse miseriam*. Et elegantius Jesus Syrach in Panareto *cap.29. Fidejussionem felices multos, qui erant, ad infelicitatem perduxisse & evertisse bonis, & domo, patriaque*. Porro, quam adfinis sit mandator fidejussori, etiam ex eo apparet, quod plerunque mandator est is, pro quo fidejussor intercedit, qui nimirum eum rogavit, ut pro se fidejuberet, & inter eum, & fidejussorem mandati obligatio constituitur, ut *l.14. hoc tit.* Cujus sententiam exponam, deinde ostendam toto hoc titulo, jus esse commune mandatoris & fidejussoris, nec enim me ordinem legum *hujus tit.* sequi, aut servare necesse est.

Ad L.XIV. Mandati actio personalis est, *quæ si nomine fidejussoris, vel adversus debitorem, seu heredes ejus competit, præses provinciæ, quæ deberi compererit, reddi jubebit. Pignora etenim, quæ reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemptione, solutio celebrata est; vobisque mandatæ sunt actiones. Quod si factum est: ea quoque vobis persequentibus, adversus (pignorum) possessores extraordinariam jurisdictionem idem vir clarissimus impertietur.* (†)

LEX 14. ostendit, per mandati actionem a debitore principali, vel herede ejus, fidejussorem consequi quod pro eo creditori solvit: pignora autem creditori nexa, solutione facta creditori per fidejussorem, liberari, nisi (quod notandum) fidejussori creditor cesserit actionem hypothecariam, ut *l.2. 11. 21. hoc tit.* quam recte cedi, & mandari ostendit *d. l.14.* pecunia accepta, quam fidejussor solvit, tanquam pretio nominis, sive actionis venditæ fidejussori, ut in *l. cum is, D. eod. l. Modestinus, D. de solut. l. possessor, D. de censib.* Nam pe-

A cunia accepta, tanquam credito, quam creditori fidejussor solvit, omnis tollitur obligatio personalis, & hypothecaria, nec ulla, quam cedat actori superest actio. Ac pecunia accepta, tanquam pretio venditi nominis, neque personalis obligatio tollitur, neque hypothecaria, & cedi potest fidejussori, quasi emptori nominis, cui agenti hypothecaria, quam cessit creditor adversus possessores pignorum, *dict. l.14.* ait, præsidem provinciæ impertiri extraordinariam jurisdictionem, id est, ipsummet præsidem cogniturum de jure hypothecæ, non judicem specialem daturum, qui de hypotheca cognoscat ex more, & ordine veteri judiciorum, & legum, qui desierat jam esse in usu; quare vulgo dicitur, *Hodie omnia judicia esse extraordinaria*, quod in nullis observetur vetus ordo legum, vetus solemnitas, sive ritus. Et hæc est

B sententia *l.14.* Nunc intelligamus, toto h. tit. jus proponi commune, quod est cum fidejussoribus, tum mandatoribus: notandum est, liberato reo principali capitis deminutione, ut si deportatus sit in insulam, quo genere in totum liberatur, si omnia bona ejus (ut fit plerumque) publicata sint: pro parte, si pars tantum: quia deportatus pro mortuo habetur, & fiscus pro successore ejus: Eo, inquam, ita liberato, fidejussorem, aut mandatorem non liberari, ut *l.1. 15. & 20. hoc tit.* Qua de causa in *l. defensiones, sup. de except.* dicitur defensiones, sive exceptiones extendi ad fidejussores, vel mandatores, quibus reus principalis munitus est, integro manente statu, id est, qui non sustinuit capitis deminutionem, quoniam reo principali capite deminuto, defensio, sive liberatio, quæ ei competit, non competit etiam fidejussori, sive

C mandatori: & rationem reddidit in eo loco. Ideoque hoc casu, quem proposui, in arbitrio est creditoris, ut vel fiscum conveniat, in quem bona deportati debitoris transierunt, vel fidejussorem, aut mandatorem, *l.20. h. tit.* sed electo fisco, & exacta ab eo pecunia, tum proculdubio fidejussor liberabitur, *l.15. h. tit.* Ea quoque electio, quæ datur creditori est communis, sive malit in fidejussorem, aut mandatorem creditor experiri omisso reo principali, nisi aliud convenerit, quod aliquandiu obtinuit, ut hanc creditor haberet electionem: sed novissime eam creditori Justinianus ademit in Novella 4. restituto vetustissimo jure, quo appellandus erat prius debitor principalis, quam sponsor, id est, fidejussor: Qua de causa a Basilicis absunt in hoc titulo omnes leges, quæ illam electionem creditori permittunt, *l.3.*

D *5. 19. 20. 21. 23.* tanquam abrogatæ Novella Justiniani, quatenus electionem creditoribus permittunt, non tamen abest a Basilicis *l.17.* quæ omissis pignoribus, permittit electionem fidejussoris, nisi aliud convenerit: Nam hoc congruit Novellæ Justiniani, ex qua potest, imo debet prius conveniri fidejussor, quam agere de pignore. Qua ratione nec debuit a Basilicis abesse *l.2. hujus tituli*, ut abest, quæ hoc tantum dicit, id est, quæ idem illud dicit, quod congruit cum Novell. Justin. omisso pignore, creditorem agere posse cum fidejussore. At contra a Basilicis recte abest alia lex, quam nondum attuli, nempe *l.25.* quæ (quod hodie non permittit Novella) omisso fidejussore, permittit creditori electionem pignoris, seu hypothecæ, & eo non sufficiente, id est, pignoris distracti pretio ad creditorem adimplendum, re-

E sidui persecutionem permittit adversus fidejussorem. Quod ita intelligendum est, si justo pretio creditor pignus distraxerit: Nam si non justo pretio residuum, quod ex pretio servare potuit creditor, a fidejussore exigere non potest, *l.18. h. t.* At secus est, si justo pretio pignus distraxit, quia executio pignoris, fidejussoris liberatio non est, *l.9. h. tit.* Sicut e contrario rei, vel fidejussoris conventio, statim non est liberatio pignoris, *l. un. sup. etiam ob chirograph. pec.* Item (†) electio rei principalis sola, nondum secuta exactione, non est statim liberatio fidejussoris, aut mandatoris, sicut nec electio unius ex fidejussoribus, vel mandatoribus, vel reis promittendi, libera-

---

(†) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.2. cap.16.*

(†) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.2. cap.16.*

ratio est rei, aut conrei, aut confidejussoris, aut alterius mandatoris ejusdem pecuniæ, id est, non electio sola, sed exactio pecuniæ. Et huc pertinet *l.* 23. *&* 28. *h. tit.* Et male huic sententiæ opponitur *l.* 16. cujus legis duæ sunt partes. In prima ponit quidem creditorem posse eligere unum ex fidejussoribus, & in solidum convenire, si putat ceteros non esse solvendo, sed non dicit ceteros liberari post litem contestatam cum uno. In 2. autem parte non ponit creditorem elegisse unum ex fidejussoribus, sed litem contestatam fuisse cum omnibus, ut est aperte in Basil. *εἰ κατὰ πάντων προκατήρξατο*, litem, inquam, fuisse contestatam cum omnibus fidejussoribus divisa actione in partes viriles, id est, singulis conventis pro parte virili: quo facto lex ait, jam creditori non licere deserto eo judicio, convenire unum ex fidejussoribus in solidum, etiamsi ceteri solvendo non sint, quia semel divisit actionem inter fidejussores, quod sibi debet imputare. Hoc ergo dicitur de novatione necessaria, id est, de udicio accepto: nam voluntaria novatione constat protinus liberari fidejussorem, vel mandatorem, *l.* 4. *h. tit.* & pignora, *l. un. sup. etiam ob chir.* Et ita est explicanda *l.* 16. Et explicatio demonstrat male ex ea colligi, conventionem unius fidejussoris esse liberationem ceterorum. Ac rursus repetamus, quod ait *d. l.* 16. creditorem, qui litem contestatus est cum omnibus fidejussoribus divisa actione, amisisse jus eligendi unum ex fidejussoribus in solidum, etiamsi ceteri solvendo non sint, ut scilicet addamus e contrario, unum ex fidejussoribus, cum quo creditor primitus litem contestatus est in solidum, etiam post litis contestationem, si ceteri confidejussores solvendo fuerint, quandocunque ante sententiam desiderare posse ex Epistola D. Adriani notissima omnibus, etiam circuitoribus fori, ut in partem tantum virilem condemnetur, ut *l.* 10. *h. tit.* quia hæc defensio peremptoria, quæ beneficium divisionis dicitur, commune fidejussori & mandatori, *l. ult. sup. de constit. pec.* de quo etiam agitur *l.* 3. *h. tit.* magnum beneficium, quo fit ut fidejussor, qui est obligatus in solidum, damnetur tantum in partem. Miserabilis est conditio fidejussoris, maxime debitore principali non existente solvendo, & miserabilis, quem sæpe perpetiuntur auctoris aspectus. Ideo leges fidejussoribus, & mandatoribus, qui proximi eis sunt, variis modis opitulantur, ut illa epistola Adriani dato beneficio divisionis. Itemque aliter *l.* 27. *& l. ult. h. tit.* quæ est constitutio Græca, & desideratur, multis beneficiis, sive remediis subvenire leges miseriæ fidejussorum, & quantum potest, allevare eorum onera: primum. maxima parte hominum liberata hujusmodi obligatione, puta, feminis omnib. ex Senatusc. Vellejano, deinde dato etiam maribus, qui pro alio fidejussissent, beneficio divisionis, quod habent ex Epistola D. Adriani, nisi ei renuntiaverint nominatim, dato etiam beneficio electionis ademptæ creditoribus, quod vulgo dicitur beneficium excussionis, ne scilicet fidejussor conveniatur inexcusso reo, concessum a Justiniano iis, qui ei nominatim non renuntiassent: Nam hoc jure utimur, ut huic & illi beneficio renuntiari possit, qua de causa in Codice, & in D. non sunt inutiles, quæ sunt numeratæ leges, quibus electio creditori permittitur, quia plerunque huic beneficio fidejussores renuntiant. Eodemque modo, etiam feminæ, quæ beneficio Senatusconsulti iis obligationibus exemptæ sunt, recte renuntiant beneficio Senatusconsulti Vellejani. At præter hæc beneficia, sciendum est, fidejuss. nonnunquam intervenire in causis civilibus, vel in criminalibus, qui pro eo cavent judicio sisti, id est, de repræsentando reo, ut loquitur Justinianus, nisi tam grave sit crimen, quo reus postulatur, ut carceri potius, quam fidejussoribus committi debeat, *l.* 1. *&* 3. *D. de custod. reor.* Et hujus cautionis vis hæc est, ut reum criminis fidejussor exhibere compellatur, aut arbitrio judicis pœna pecuniaria, vel si dolo malo non exhibeat, extraordinaria plectatur, *l.* 4. *eod. tit.* Et hoc est, quod ait *l.* 13. *h. tit.* eum Decurionem, id est, Senatorem municipalem qui fide promiserat se latronem quendam inventurum,

A id est, requisiturum & exhibiturum; exhibendi, & sistendi latronis necessitate esse obstrictum: aut si dolo malo eum non sistat, transmitti ad præfectum prætorio, vel præsidem provinciæ, ut scilicet puniatur extra ordinem, quod dolo malo non sistat latronem, pro quo cavit: hi enim sunt judices, ad quos causæ criminales decurionum rejiciuntur, præses provinciæ, vel præfectus prætorio. Ceterum si fidejussores caveant reum sisti in diem certam, puta intra sex, aut intra septem, vel octo menses, & si intra eam diem non stitissent reum, certam pœnam pecuniariam, singulare est beneficium, quod dedit idem Justinianus *l.* 26. *h. tit.* ut fidejussores ea die reum non stiterint, quamvis verum sit pœnam esse commissam ex diei lapsu, attamen differatur exactio pœnæ in menses sex, intra quos si fidejussores reum sistant, vel de-

B fendant, videlicet eum reum judicio sisti, aut defendi promiserunt, pœnalis stipulatio, quæ commissa erat, evanescat. Beneficium est plenum humanitatis, ut post commissam pœnam, liceat fidejussori purgare moram intra sex menses, exhibito, vel defenso reo, quia regulariter pœnæ semel commissæ ex die certa nulla deprecatio, nullum effugium est, *l. trajectitiæ*, *D. de oblig. & act. l. Celsus*, *D. de recept. qui arbitr. recep.* sed benigne leges subveniunt miseriæ fidejussorum. Et hæc est sententia *legis* 26. ad cujus speciem non est existimandum etiam pertinere *legem etsi post tres*, *D. si quis caut.* quia non loquitur de fidejussore, sed de reo ipso, qui promisit judicio sisti, & non de stipulatione pœnali, sed de stipulatione, quanti ea res est: inter quæ multum mutat: nam cum fidejussore mitius agitur, quam cum reo principali. Et stipula-

C tio pœnalis est severior & strictior, quam stipulatio, quanti ea res est: nam pœnalis statim ipso jure committitur ex die exhibitionis, quo reum sistere debuit, stipulatio quanti ea res est non committitur ex die, sed ex lite contestata ex illa stipulatione, *l.* 5. *sup. de contrah. stipul. l. cum quærebatur*, *§. proinde*, *D. judicat. solvi.* Et idem ostendit *lex etsi post tres*, *§. proinde*, si post diem, quo reus se sistere promiserit intra tres dies, vel quinque, vel plures, id est, intra modicum tempus, non intra sex menses, ut in fidejussore constituit hæc lex 26. ante litem contestatam reus se judicio sistat, secum agendi potestatem faciens, & cum eo agatur ex stipulatione, quanti ea res est, poterit se tueri exceptione doli mali, scilicet, si ex mora illius modici temporis jus actoris deterius factum non sit, id est, si doceat ob eam rem nil interesse actoris,

D quæ est sententia *leg. etsi post.* Verum ex *hac l.* 26. etiam notandum est, pœnalem stipulationem, de qua in ea agitur, evanescere mortuo reo, quem in diem certam fidejussor cavit se judicio exhibiturum. Mortuo, inquam, reo intra diem dictam, non etiam si moriatur post eam diem dictam, atque conventam intra sex menses, quos hæc constitutio dat fidejussori ad exhibendum reum, pro quo cavit, qui jam cœpit esse certum, reum non posse exhiberi intra illos menses, cum sit mortuus, & ideo pœnæ commissæ petitio est. Et hoc plane convenit cum jure communi, *l.* 4. *D. qui satisd. cog.* Sequitur aliud in *l.* 27. Sed omisimus etiam fidejussoribus subveniri, qui solidum solvere parati sunt, creditore compulso eis vendere nomina, ut *l. fidejussoribus* 16. *D. de fidejussor.* At in *l.* 27. *hujus tit.* proponitur aliud, in

E quo etiam fidejussoribus succurritur, qui sine scriptis, & sine adjectione diei pro alio judicio sisti adpromiserunt, ut scilicet ex ea stipulatione non teneantur in perpetuum, id est, usque ad triginta annos: ex ea non possunt conveniri ad eum finem longissimi temporis, sed intra duos menses tantum, quod beneficium manat ex edicto quodam generali præfecti prætorio, ut ait *lex* 27. Nam & præfectum prætorio, qui est apex omnium magistratuum, non ambigitur jus facere posse, *l.* 2. *sup. de præfect. prat. Orient. l. apertissimi*, *sup. de judic.* & in libro Novellarum Justiniani, quatuor postremæ sunt edicta præfectorum prætorio, quæ uno verbo a Græcis dicuntur *ἐπαρχικά*. Qui ergo pro alio spopondit judicio sisti sine scriptis, & non adjecta die, intra quam sisteret, si

intra

intra duos menſes conventus non ſit, ex ea ſtipulatione A ipſo jure liberatur. Qui autem ex ſcripto fidejuſſit, in perpetuum tenetur. Denique majus eſt vinculum fidejuſſionis ſcriptæ, quam non ſcriptæ, quia non præſumitur ſe in longum tempus obligaſſe, qui fidejuſſit ſine ſcripto indiligentius. Et hæc eſt præſumptio juris, legis præſumptio juſta, cujus nunquam ſolicitius eſt inquirenda ratio, maxime cum benigne inducitur levandi fidejuſſoris gratia. Et hæc quidem diſtinctio inter eum, qui pro alio judicio ſiſti promiſit ex ſcripto, & eum, qui ex non ſcripto, eſt indubitata & certa. Verum inde quærebatur, an is qui fidejuſſit apud acta, vel apud Officium, ſive tabularium, videatur fidejuſſiſſe ſine ſcripto, ut tantum teneatur in duos menſes, non ultra? Et hoc Juſtinianus magis probat in hac *l.* Itaque (quod notandum) quod ait *lex eum pro quo, ff. de in jus voc.* eum, qui B pro alio fidejuſſit judicio ſiſti apud acta, vel apud officium, ad eum exhibendum compelli: ſic hodie eſt intelligendum, ut compellatur tantum intra bimeſtre tempus, non ultra. Et hoc in privatis cauſis: Nam in publicis ſive fiſcalibus, qui apud tabularium teſtibus adhibitis fidejubent judicio ſiſti, privilegio ſpeciali pro eo habentur ac ſi fidejuſſiſſent ex ſcripto, ut perpetuo teneantur. Nec novum hoc videri debet: Nam (ut ait Juſtinianus) multa privilegia propter publicas neceſſitates juri publico præſtantur, & proponuntur multa in titulis *de jure fiſci, & de privilegio fiſci*. Ad poſtremum etiam aliud eſt, in quo *lex ult. hoc tit.* (quæ eſt conſtitutio Græca hactenus deſiderata) ſignificat fidejuſſoribus ſubveniri, videlicet qui pro alio uſurarum nomine fidem ſuam obſtrinxerunt, quos quidem *lex* 10. *h. t.* qui fidejuſ- C ſerunt, in uſuras ſcilicet, ait, nullam habere juſtam cauſam recuſandi ſolvere uſuras: ſed hoc ita verum eſt, ut nullam habeant juſtam cauſam recuſandi ſolutionem uſurarum, qui in eas fidejuſſerunt intra biennium, ſi in longius tempus ſe non obligaverint, poſt biennium liberari ab onere ſolvendarum uſurarum, quod eſt magnum beneficium, ſi non ſe obligaverint ultra biennium: Nam ſi ſe obligaverint in longius tempus, puta triennium, aut quadriennium, conventionem contrahentium nos ſequi oportet: Ita tamen ut ait *lex ult.* ut ultra modum, quem leges uſuris dederunt, non debeantur, puta ſupra duplum: ut ſi ſors ſit centum, uſurarum nomine ſolutis ducentis, debitor omnimodo liberetur & a ſorte, & ab uſuris, quia ubi uſuræ ſortem æquaverunt, quod poſt ſolvitur uſurarum nomine in ſor- D tem imputatur. Et hoc eſt quod dicitur, *uſuras non deberi ſupra duplum, l. ſi non ſortem, §. ſupra duplum, D. de condict. indeb.* Similis eſt diſtinctio, quam poſuit *l.* 27. *ſup.* ut multum interſit, ſive ſcripto quis pro alio judicio ſiſti promiſerit in diem certam, an die non adjecta: Nam hoc caſu poſt bimeſtre tempus non tenetur, illo tenetur in diem, in quam uſque cavit, etiamſi excedat bimeſtre tempus: Nam & ita in quæſtione *l. ult.* multum intereſt, fidejuſſor obligaverit ſe in uſuras pro reo principali in diem certum (nam in eum diem ſolvere cogetur uſuras, modo non excedant duplum) an vero non adjecerit diem, quoniam hoc caſu poſt biennium recte recuſat ſolutionem uſurarum. Et verba *hujus legis ult.* in Baſilicis hæc ſunt: ἐάν τις, &c. ſententia hæc eſt: *Eum, qui fidejuſ- E ſit in uſuras, non in biennium tantum teneri, ſed in tantum temporis, in quantum convenit, & cavit, ut uſurarum nomine teneretur. Igitur licere fidejubere uſurarum nomine etiam in longius tempus, modo duplum uſuræ non ſuperent*: Et nil præterea dignum eſt notatu in hoc titulo, niſi de ſpecie *legis* 22. *h. t.* quæ vulgo perperam apponitur, eſtque talis: Mandavi Titio, ut tibi crederet decem, credidit decem: dein Titio ſtipulanti promiſi, me daturum viginti per errorem, qui mandaveram, ut numeraret tantum decem, quæ etiam ſola numeravit. *Lex* 22. *ait*, ultra id quod tu accepiſti, quodque ego mandavi, ex ſtipulatione illa, quæ excedit ejus pecuniæ quantitatem, mecum utiliter agi non poſſe, quia ea ſtipulatio fuit ſine cauſa, in eo quod excedit pecuniam creditam ex mandato meo, quia reus principalis non tenetur, niſi quatenus eſt ei numeratum, *l. ſi tibi, D. de pact.* Ergo nec mandator: ideoque ſi conveniatur, poterit ſe tueri exceptione doli mali: imo vero ultro poterit agere condictione liberationis, ut illa obligatio ſibi accepto feratur, *l.* 15. *hoc tit.* quam Græci condictionem recte vocant incerti actionem, περὶ τοῦ ἀδήλου ἀγωγήν, quia liberationes, & acceptilationes incerti condicuntur. Et ita eſt explicanda *l.* 22. quod etiam μετάφρασις Βασιλικῶν probat. Cujus latine ſent. hæc eſt: *ſi compellatur ultra quam acceperit reus principalis, atque adeo ultra quam mandaverim ei numerari, mihi ſuccurri, ne a me petatur* τὸ περιττὸν, id eſt, *quod excedit pecuniam numeratam*. Igitur ponendum eſt, numerationem convenire mandato, id eſt, tot nummos fuiſſe numeratos, quot numerari mandavero, quod non ponunt vulgo, ſed poſt numerationem me incautius promiſiſſe daturum Titio ultra quam mandaſſem, vel ipſe Titius numeraſſet.

AD TITULUM XLI.

DE NOVATION. ET DELEGAT.

HIC titulus eſt de ſtipulationibus novandi cauſa interpoſitis ad tollendas priores obligationes. Fidejuſſio & mandatum, de quibus eſt ſuperior titul. non tollunt priorem obligationem, ſed acceſſiones ejus ſunt novatio & delegatio; de quibus eſt *hic tit.* tollunt priorem obligationem. Fit quidem & fidejuſſio & novatio, ſive delegatio per ſtipulationem: ſed ut verborum etiam diſcrimen non ignoretur, fidejuſſio proprie fit per adſtipulationem & adpromiſſionem, quæ verba ſignificant fidejuſſores adjungi priori obligationi: *novatio* autem fit per exſtipulationem & expromiſſionem, quo genere prior obligatio perimitur, & articulus *ex*, ſignificat veteris obligationis interitum, & novæ exortum. Fit ergo novatio & delegatio per ſtipulationem. Eſt igitur voluntaria, quia nemo ſtipulanti promittit invitus, *l.* 1. *&* 6. *h. tit.* Stipulatio ex utriuſque conſenſu conſiſtit, *l.* 1. *& §. pen. ff. de pact. l. ſi ſtipuler, §. ult. ff. de verb. oblig.* Alia eſt novatio & delegatio, quæ non per ſtipulationem, ſed per litis conteſtationem fit judicio accepto, de qua proprie hic titulus non eſt, ſed de voluntaria tantum: hæc neceſſaria eſt, *l. ult. ff. de ſeparat.* quia judicium redditur in invitum, *l. inter ſtipulantem, §.* 1. *de verbor. oblig.* Ut ſi is, cui vendidi nomen L. Titii, mandatu meo litem conteſtetur cum L. Titio: vel ſi creditor litem conteſtetur cum debitore ſuo, eumque condemnet, quo genere vetus actio novatur, & transfertur in actionem judicati, *l.* 1. *h. tit.* in ſecunda parte, quæ repetita eſt in *l. nominis, ſup. de hered. vend. l.* 11. *&* 29. *eod. tit.* Novatio voluntatis, de qua eſt hic titulus, eſt ſtipulationis, vel alterius obligationis veteris in novam ſtipulationem tranſlatio, atque tranſfuſio, quo genere vetus obligatio perimitur ipſo jure, *l. ſi unus, §. pactus, ff. de pact. l.* 2. *&* 3. *h. tit.* Delegatio autem eſt mandatum in ſtipulationem novandæ, & transferendæ prioris obligationis, quo fit (exempli gratia) creditore jubente debitorem ſuum id quod ſibi debet alii creditori ſtipulanti, vel alii, cui creditor illud nomen donatum vult, promittere. Hoc juſſum ſive mandatum, ut alii ſtipulanti promittat, quod mihi debet, delegatio appellatur. Unde inter delegatum & delegantem naſcitur actio mandati, *l.* 12. *ff. eod. tit.* perficitur autem delegatio ſecuta ſtipulatione, hoc eſt, delegato novandi cauſa promittente ei, cui delegatus eſt, ſive debitor ſit delegatus, ſive non debitor: Nam & non debitor delegatus ex ſtipulatu, ſequuta ſtipulatione conveniri & exigi poteſt, licet mandator nondum ei ſatisfecerit, *l.* 5. *h. tit.* Et hoc eſt quod ait *l.* 11. *ff. eod. tit. Delegationem per ſtipulationem fieri*, id eſt, perfici atque compleri. Namque origo delegationis eſt mandatum: executio delegationis eſt ſtipulatio & promiſſio novan-

di causa interposita. Et hæc est delegatio debitoris: vel ita fit delegatio debitoris, atque impletur, de qua est hic titulus. Alia est delegatio, sive mandatum, & cessio non debitoris, sed actionis, ut cum aliquem procuratorem facio in rem suam, vel in rem meam, ut agat cum alio meo nomine. Hæc est delegatio actionis, non delegatio debitoris. Et in hoc significatu dicitur in *l. quod debetur, ff. de pecul.* delegationem pro justa præstatione, id est, cessionem actionis esse pro solutione rite facta. At in hoc titulo delegatio non est mandatum, ut agas, sed mandatum, ut alii stipulanti promittas, & inter hanc & illam delegationem, id est, inter hæc duo genera mandatorum multum interest: Nam ut sup. attigi, delegatio actionis fit invito vel ignorante debitore: delegatio debitoris non item. Et hæc differentia proponitur in *l. 1.* Addatur alia, delegatione actionis non tollitur obligatio, vel actio, quæ deleganti, id est, mandatori competit, ut si te faciam procuratorem in litem meam, demandata, vel delegata tibi actione mea, non ideo amitto meam actionem. At delegatione debitoris prorsus tollitur obligatio, & actio mea, *l. 2. h. tit.* Item delegatio debitoris novatione legitime perfecta, non potest revocari a delegante, etiamsi is, cui quis delegatus est, a delegato nondum exegerit pecuniam, vel etiamsi eam donaverit, aut acceptam tulerit. Delegatio autem, sive cessio actionis potest revocari re integra, *l. si pater, sup. mand.* Re integra, id est, si is, cui delegata est actio, nondum litem contestatus sit, vel si nil exegerit a debitore, vel si non denuntiaverit debitori, ut solveret. Quos tres casus eleganter expressit *l. 3. h. t.* quibus, quod res non sit in integro, mandatum actionis revocari non potest: Item, & hæc est alia differentia, is, cui quis specialiter delegavit, vel cessit actionem certam in rem suam, hæc omnia sunt necessaria, non in rem delegati, invito mandatore, sive delegatore non potest novare, vel alio modo dissolvere obligationem, *l. 4. h. tit.* is autem, cui delegatus est debitor, & qui stipulatus est ab eo debitore, sane non prohibetur novare, vel alio modo solvere obligationem. Duo tantum notavi genera delegationis. Unum si mandavi, ut alteri promitteres. Alterum si mandavi, ut ageres cum alio. Est & aliud genus, si non mandavi, ut ageres vel promitteres, sed si te debitorem meum delegavi, ut solveres L. Titio pecuniam mihi debitam, qui multum distat ab eo, qui delegatus est, ut alii promittat stipulanti: nam hic si promittat, novatur obligatio cum id agitur: Ille vero, qui delegatur ut solvat alii, quod mihi debet, si promittat, vel constituat se soluturum, non novatur obligatio, quoniam non actum est, ut novaretur, id est, id noluit is qui delegavit, *l. 22. de novat.* Et de hoc genere delegationis est *l. pen. h. tit.* quæ negat eum, qui delegatus est, ut solveret, conveniri posse, nisi promiserit ei, cui delegatus est, vel constituerit se soluturum, videlicet, quod notandum ex *l. pen.* si creditor, qui eum delegavit, sit creditor chirograph. qui nullum pignus contraxit ex causa crediti: Nam hypotech. creditor jure hypothecæ generalis, vel, si specialiter ei illud nomen obligatum fuerit, etiam non delegatum debitorem debitoris convenire potest, *l. nomen, sup. quæ res pign. obligar. poss.* Ad hæc sciendum est, novationem voluntariam fieri quatuor modis: primo modo sine delegatione: ceteris modis remedio delegationis, sive præcedente delegatione. Primo modo fit novatio sine delegatione mutata causa, vel statu prioris obligationis, non mutata persona debitoris, vel creditoris, ut si de te stipuler novandi animo, quod mihi debes ex testamento, vel ex crediti causa, vel si quid mihi debes ex stipulatu, idem de te stipuler, si modo posterior stipulatio aliquid novi habeat, alioqui stipulatio iterata supervacua est, aut sane inutilis ad faciendam novationem. Dico igitur novationem fieri, si quod mihi debes ex stipulatu, idem postea de te stipuler novandi animo, si modo posterior obligatio aliquid novi habeat, quod non habuerit prior, vel aliquid non habeat, quod habuerit prior, ut si in posteriori stipulatione novandi causa interposita, pignus, vel fidejussor, vel pœna, vel dies, vel conditio adjiciatur, aut detrahatur ex priori, aut si in posteriori stipulatione adjiciatur conreus debendi, quod in *l. ult. h. tit.* significari puto his verbis (*vel aliam personam adhibuerit*) puta si adjecerit conreum debendi. Et sequitur (*vel mutaverit*) quod est novationem fieri, mutato debitore: Male Haloander in illa *l. ult. mutaverit*; alii Codices non habent illa verba (*vel mutaverit*) & tamen retinenda sunt, cum Basilica ea retineant, & veteres libri. Idem fiet si in posteriori stipulatione quantitas debiti augeatur, vel minuatur, ut ait *d. l. ult.* Sed addit, idem evenire, si quis cautionem minorem acceperit, quod quid aliud est, quam quod dixit paulo ante, *si quantitatem minuendam esse crediderit*. Non possunt ea verba (*si cautionem minorem acceperit*) aliud significare. Ergo idem supervacuo repetit, & est ταυτολογία, quod vitium tamen non excidit Justiniano auctori legis ultimæ: Nam vetustiores libri non habent (*minorem*) sed (*juniorem*) rectissime, hoc sensu: stipulationem stipulatione novari, & perimi, si creditor cautionem juniorem acceperit, quod probat *l. chirographis, D. de administ. tut.* quæ docet, novationem fieri facto novo chirographo, quamvis nec persona mutata sit, nec causa obligationis, quin etiam ad faciendam hanc novationem compelli debitorem, amisso veteri chirographo, incendio, vel alio casu. Ita recte dicimus, novationem fieri per cautionem juniorem, & stipulationem stipulatione novari sola hac ratione, quod sit junior & recentior stipulatio, sive cautio, recens instrumentum. Secundo autem modo, novatio fit mutata persona creditoris, ut si quod tibi debeo, alii, non creditori tuo stipulanti promittam: hoc modo non fit novatio sine delegatione, sed nec etiam sequentibus duobus, de quibus dicamus. Tertio igitur modo fit novatio mutata persona debitoris: ut si quod tibi debeo, stipuleris ab alio non debitore meo ultro se offerente, ultro suscipiente nomen meum, & me liberante. Quod etiam fit, si ego alium non debitorem meum tibi delegavero, qui promitteret tibi quod debeo. Quarto modo novatio fit mutata persona utriusque debitoris & creditoris, quod fit etiam per delegationem, ut si debitorem meum tibi creditori meo delegavero, qui tibi promitteret, quod debeo: Nam & tu mutas debitorem, & ille debitor meus mutat creditorem. His modis novatio fit: sed nullo tamen modo fit novatio, secundum quod constituit Justinianus in *l. ult. h. tit.* etsi tacite inter contrahentes actum sit, ut fieret, quod tamen olim sufficiebat, nisi nominatim sit expressum, novationis causa rem geri. Alioqui si hoc dictum non sit nominatim, res procedit ἀνοβάτευτως, quod ego restitui in Instit. est barbara vox Græca inflexa ad Latinam, ut eo specialiter non expresso, res fiat ἀνοβατεύτως, id est, ut non fiat obligationis novatio.

AD TITULUM XLII.

DE SOLUTIONIBUS, ET LIBERATIONIBUS.

NOVATIONI, & delegationi, quæ per stipulationem priorem obligationem tollit, dictum est *tit. superiore*, inde rapta occasione, adjungit alias rationes, sive modos, quibus & citra stipulationem tollitur obligatio, mox rediturus ad stipulationes. Et summa quidem ratio tollendæ obligationis est solutio, id est, datio, vel numeratio, vel præstatio ejus, quod debetur, vel alterius rei volente creditore: Nam invito creditore aliud pro alio solvi non potest, *l. 2. §. 1. D. de reb. cred.* nisi lex quædam specialis cogat creditorem aliud pro alio accipere, veluti pro pecunia prædium æstimatum, si cogatur accipere in solutum, quod leges plerunque statuebant, cum in urbe abundabat æs alienum, cujus dissolutio esset difficilis, cumque difficilis erat ratio conficiendæ pecuniæ, ut post bellum civile lege Julia cautum est, quod solvendi æris alieni difficillimum esset illud tempus, ut debitores pecuniarum creditoribus satisfacerent per æstimationem possessio-

fionum, quanti quisque ante bellum civile comparasset, id est, prædiis datis in solutum æstimatis, quanti ea emissent ante bellum civile, quod non erat sine magno detrimento creditorum. Et ejus rei auctor est Svetonius in Julio, & Julius ipse *in princ. 3. de bel. civ.* Et hoc genus solvendi æris alieni, puta prædiis æstimatis datis in solutum pro pecunia, Marcus Tullius, qui eo tempore fuit, significat 12. ad Atticum epist. 28. dum ait: *Si Castritius pro mancipiis pecuniam accipere volet, eamque sibi solvi, ut nunc solvitur*, id est, per æstimationem prædiorum datorum in solutum etiam invito creditore ex lege Julia. Et inde apud eundem sæpe prædia in æstimationem accipere, id est, prædia æstimata accipere in solutum, pro pecunia credita æstimationem, quam fecit lex Julia, non quam creditor, aut debitor: & 13. Epistol. *a Laberio*, inquit, *Albinus prædia in æstimationem accepit*. Et duodecimo ad Atticum: *ut numerato malim accipere, quam æstimationem*, id est, dato prædio in solutum. Et alio loco, *Credo, quod accipienda aliqua sit, & danda æstimatio*, id est, prædium aliquod æstimatum pro pecunia debita. Et 9. Epistol. eleganter: *Non eo consilio sis, ut cum me hospitio recipias, æstimationem aliquam te putes accipere. Etiam hæc levior est plaga ab amico, quam a debitore*. Et 5. *Nolles a me hoc tempore æstimationem accipere: nam numeratum si cuperes, non erat*. Numerationi pecuniæ debitæ, opponit dationem æstimationis, id est, prædii æstimati, & dati in solutum. Ergo creditori aliud pro alio non solvitur recte, nisi lex cogat: invito scilicet: nam volenti aliud pro alio solvitur recte.

Et cum quæritur, quomodo fiat recte solutio, hoc notandum imprimis, recte fieri, si idipsum, quod debetur, solvatur, vel aliud pro eo volenti creditori, vel coacto velle legis publicæ auctoritate. Item recte fieri eam solutionem, quæ fit congruo loco a debitore, vel ab alio nomine debitoris creditori, vel alii, mandato aut voluntate creditoris. Et generaliter, ut ait *l. 22. h. tit.* quæ fit ei, qui exigendi potestatem habet, veluti servo calendario præposito, *l. 19. hoc tit.* vel qui liberam peculii administrationem habet, si quid de peculio mutuatus sit, *l. 3. h. tit.* Ex solutione sequitur liberatio, etiam non reddito, vel non cancellato chirographo, *l. 4. 19. 22. h. tit.* cujus tamen chirographi post solutionem debitori condictio competit, quasi sit apud creditorem sine causa, *l. ult. h. tit. l. 2. sup. de condict. ex leg.* Ex solutione, inquam, sequitur liberatio, ut ex stipulatione sequitur verborum obligatio, *l. 5. §. conventionalis, D. de verb. oblig.* Solutio est causa, liberatio effectus. Et quod dicitur in *l. solutionis, D. de solut.* conjuncta *l. liberationis, D. de verb. signific.* quoniam ambæ sunt ex eodem libro, idem significari utroque verbo liberationis & solutionis, non pertinet ad hunc titulum, sed quantum inscriptio earum legum demonstrat, ad titulum *de re judicata*, quo a condemnato exigitur, ut solvat, *l. 4. §. solvisse, D. de re judic.* ubi, *solvendi* verbum eandem vim habet, quam liberandi. At in hoc titulo solutio a liberatione distinguitur, ut & libro 11. *tit. de solut. & liberat. debitor. civ.* Et solutio est causa, ut dixi, liberatio effectus. Solutio est facti, ut ait *l. consilio, §. ult. D. de curat. furios.* Liberatio est juris. Item solutio est species tollendæ obligationis, liberatio genus: Nam & aliis, quam solutione, modis plerisque liberatio contingit ipso jure, vel ope exceptionis, veluti novatione, pacto, transactione, donatione, compensatione, capitis deminutione debitoris, acceptilatione, oblatione, & obsignatione, & depositione totius pecuniæ debitæ, confusione, ut si unus idemque homo successione, sive aditione hereditatis fiat debitor & creditor ejusdem pecuniæ, venditione pignoris idonei. Item re debita exstincta, sine culpa debitoris, vel etiam reddito chirographo voluntate creditoris, ut *l. 15. h. tit. l. 7. sup. de remiss. pig.* ubi id latius exposui, vel etiam donatione apochæ a creditore conscriptæ, id est, professione receptæ pecuniæ, si modo apocha non arguatur esse falsa, ut *l. 13. 14. 21. & 23. h. tit.* Nam differentiam facimus inter apocham & acceptilationem eadem licentia, qua

A inter pignus & hypothecam, licet inter se nil differant præter syllabarum sonum, quo lingua Græca discernitur a Latina. Sicut alias dixi eadem licentia medicos facere differentiam inter ἄνθραξ, *& carbunculum*: Theologos inter πεντηκοστήν, *& quinquagesimam*: Nam revera ea nomina nil distant, præter sonum; & linguæ varietatem, quod una sit Latina, alia Græca, potestas omnium una. Ceterum dicimus apocham esse eam, cui potest opponi exceptio non solutæ pecuniæ: Nam etiamsi scripsero, mihi solutam pecuniam, quia potui id scripsisse spe futuræ solutionis, quæ secuta non sit, debitori objicienti mihi apocham, contra objicio recte exceptionem non receptæ pecuniæ, quæ tamen exceptio acceptilationi non opponitur, quoniam acceptilatio etiam non solventem liberat; & quasi donatio est, *l. si accepto latum*,
B *§. ult. D. de acceptilat.* Et hos omnes modos, quibus liberatio contingit, in unum veluti aggerem coarctavi, quia nimis magna esset mora in singulis, si istum aggerem vellem dissolvere. Et restant tantum duæ leges in hoc titulo, quarum præcipue sunt explicandæ species. Primum *l. 18.* cujus species hæc est: Procurator meus de sua pecunia liberavit me ab omnibus creditoribus meis receptis chirographis, quæ eis fecerat meo nomine, quibus chirographis subscripsit idem procurator, *nihil creditoribus meis, qui ante erant, me debere*: an ex ea subscriptione recte colligam, etiam procuratori me nil debere, qui me sua pecunia liberavit? minime. Nam potest esse verum, ut nil debeam aliis creditoribus, non quod sim liberatus mea pecunia, sed procuratoris, quam ipse, vel ejus heres a me possit exigere actione mandati. Ergo
C procurator, qui chirographis subscribit, *nil creditoribus deberi*, non de se intelligit, cum & chirographa ad se non pertineant, sed de creditoribus tantum, quibus facta erant. Ergo superest ei petitio pecuniæ, quam de suo solvit, ut dominum liberaret. Hæc *lex* 18. ad dominum, non ad procuratorem, vel heredem ejus scripta est, & singulari personæ, tamen dicit (*vestræ pecuniæ*) pro (*tuæ pecuniæ*) Et ex hac specie doctores generaliter colligunt, in generali sermone non contineri personam loquentis, vel scribentis, quod est generaliter falsum, specialiter verum, ut in hac specie, quia ea fuit mens scribentis, ut intelligeret nil deberi creditoribus, quibus facta erant chirographa, quibus hoc subscripsit. Ceterum deberi sibi, cui nullum factum erat chirographum. Et omnes illæ definitiones generales doctorum, quæ sumuntur ex
D specie una vel altera, in disputando nobis sunt pernegandæ, quod sint tantum specialiter veræ, generaliter falsæ: sicut illud *generalem sermonem non apprehendere personam loquentis*, non est omnino verum, nisi quatenus conjectura voluntatis admittit, vel exigit. Notanda etiam est species *l. pen. h. tit.* Creditor volens pro centum, quæ ei debebantur, accepit fundum æstimatum centum in solutum, fundum accepit in æstimationem pro centum, quæ debebantur: postea idem vendidit eum fundum 200. sua industria invento stulto emptore: Quæritur, an debitor ab eo possit exigere, quod supravendidit? Minime. Eventus, inquit, melior, & industria creditoris non debet prodesse debitori, quia etiamsi creditor vendidisset fundum sibi datum in solutum minori pretio, puta decem, hoc nil noceret debitori. Et eodem
E argumento recte utitur *lex 3. D. ad leg. Falcid.* ut si heres res hereditarias bene vendiderit per stultitiam emptoris & insaniam, ea res non prosit legatariis, non augeat legatum: Nam etiamsi male vendiderit res hereditarias per stultitiam suam, aut imprudentiam, ea res non nocet legatariis. Menda duo erant in hoc titulo. Unum jamdiu sustuli ex *l. 2.* reponens pro [*rationibus*] [*stationibus*] id est, *fisci stationibus.* Et explicata etiam *illa l. 2.* in *l. 1. inf. ne fiscus rem, quam vendidit, evincat*, quod mendum nondum quisquam animadvertit, secuti sunt multi, qui probarent, & in ipso contextu, quod probo, vocem (*stationibus*) reposuerunt. Est aliud in *l. 22.* quod indicant libri omnes antiqui. *Inductum*, id est *cancellatum necne sit chirographum*. Primum hic velim addi subdi-

A ſtinctionem poſt *chirographum*. Quod ſequitur *veſtrum*, in eo eſt mendum, & legendum *veſtra*, atque conjungendum verbum poſtremis verbis, *nil intereſt*, ut ſit, *veſtra nil intereſt*.

AD TITULUM XLIII.

DE ACCEPTILATIONIBUS.

IN hoc tit. redit ad ſtipulationes: Nam acceptilatione, de qua eſt titulus, ea tantum obligatio tollitur, quæ naſcitur ex ſtipulatione. Aliæ obligationes, quæ re, vel conſenſu, vel literis contrahuntur, non poſ- B ſunt tolli acceptilatione, niſi prius novatione facta transferantur in ſtipulationem Aquilianam, cujus ſcilicet formulam condidit Gallus Aquilius, & exſtat in *l. & uno*, *D. de acceptil.* quia acceptilatio fit verbis ſolemnibus, ut ait *l. 1. hoc tit.* ſolemnitate verborum obligamur, *l. ſi fratres*, *ſup. comm. utr. jud. l. ſi in rem*, *ſup. ſi cert. pet.* ſic etiam ſolemnitate verborum liberamur per acceptilationem actu ſolemni, ut ait *l. ult. ſup. de revoc. iis quæ in fraud. cred.* Acceptilatio igitur fit verbis ſolemnibus, *Acceptum fers? acceptum fero*: Et verbis tolli non poteſt, niſi quod verbis contractum eſt, *l.8. §. acceptum*, *D. eod. tit.* Cui conjungenda eſt ratio ex *l. nil tam naturale*, *de regul. jur.* quia nihil eſt tam naturale, quam eodem quidque modo diſſolvi, quo colligatum eſt. Et ita fit, ut acceptilatione tollatur tantum verborum obligatio, aut alia quælibet translata in C verborum obligationem, quod fit remedio ſtipulationis Aquilianæ, ut in *l. 13. tit. ſup. l. 4. 15. 22. 40. ſup. de tranſact.* Et *l. 2. hoc tit.* ſi donationis gratia novatione facta, per ſtipulationem Aquilianam ſcilicet: præmittitur ſtipulatio Aquiliana, ſi alia ſit obligatio, quam quæ ex ſtipulatione naſcitur, & ſequitur convenienter acceptilatio. Idem etiam oſtendit *l. 3. hoc tit.* Et definitio acceptilationis, quæ ponitur *l. 1. D. eod.* ut ſit ultro citroque liberatio utriuſque contrahentis, vel ut ipſis verbis utar, ut ſit *liberatio per mutuam interrogationem, qua utriuſque contingit ab eodem nexu abſolutio*. Ea definitio eſt ejus acceptilationis, quæ fit præmiſſa ſtipulatione Aquiliana, quæ omnem obligationem tollit, quoquomodo contractam, *l. 1. hoc tit.* quæ aliquantum eſt obſcura. Sententia hæc eſt: pupillum acceptilatione liberaſſe debitorem ſuum; qui D poſtea per errorem pecuniam pupillo ſolvit; & quærit, an eam condicere poſſit, quaſi indebite ſolutam. Et ait poſſe, ſi acceptilatio fuerit facta tutore auctore, quia rite facta acceptilatio præcludit omnem viam agendi. Sed ſi facta ſit ſine tutoris auctoritate, non poſſe condici pecuniam, quia inanis fuit acceptilatio.

AD TITULUM XLIV.

DE EVICTIONIBUS.

HIC titulus eſt de ſtipulatione, qua plerunque venditor emptori cavet pro evictione, id eſt, in E caſum, quo genere vindicationis, præterquam, ſi vindicationis ſervitutum, aut finium, ut ſuo loco demonſtravi, emptor rem, quam accepit ex cauſa emptionis, vel æſtimationem ejus amittat, & eam ei rem habere non liceat, nimirum his fere verbis ſtipulante emptore, ut formulam ſtipulationis componam; *eum hominem, quem de te emi & accepi, mihi per te, heredemque tuum, & per omnes habere recte licere: Et ſi is homo, quo de agitur, parſve ejus a me petita erit, vel ſi eum hominem, partemve ejus ego ab alio petiero, tum de ea re agenda adeſſe, cum tibi, heredive tuo denuntiavero, & eam rem recte defendere: & ſi is homo, parſve ejus mihi per judicem evicta erit, vel ſi eum hominem ego a poſſeſſore per judicem evincere non potuerim, tum duplam mihi recte præſtari: hæc ſpondeſne?* & reſpon- A det venditor, *ſpondeo*. Hæc eſt ſtipulatio, de qua agitur in hoc titulo. Plerunque evictionis nomine emptor ſtipulatur duplam, non quanti res eſt in veritate, ſed quanti emit, ut docet recte Accurſ. *l. 2. D. eod. & l. cum fundus, & l. ſi fundo tradito, eod.* duplam, inquam, & interdum, veluti ſi ita pacti eſſent, ſimplam tantum, vel triplam, vel quadruplam, ut *l. ſi dict. & l. ſi plus*, *D. eod.* nec enim huic rei modum finemve ullum ulla lex impoſuit. Frequentior quidem eſt duplæ ſtipulatio, ſed licet etiam ſtipulari plus aut minus. Et hæc omnia, quæ in formulam contuli, in ſtipulatione de evictione contineri conſtat ex locis quamplurimis, *l. ſtipulatio iſta*, *D. de verb. oblig. l. ſi rem*, *§. ult. l. emptori*, *§. ult. l. ſi dict. §. in ſtipul. de evict.* Ac proinde hanc ſtipulationem committi, id eſt, obligationem evictionis contrahi, non tantum ſi alio agente in rem adverſus em- B ptorem judex condemnet emptorem, atque compellat rem reſtituere actori, vel æſtimationem, ſed etiamſi agente emptore in rem adverſus poſſeſſorem, judex poſſeſſorem abſolvat, *l. evicta*, *§. 1. eod. l. qui abſentem*, *D. de procurat.* Evictionis enim nomine ſignificatur in judicio in rem, non in alio, efficax & plena victoria ejus, qui egit adverſus emptorem, vel cum quo egit emptor. Plena, inquam, & efficax victoria, id eſt, quæ ad emolumentum, ſeu effectum perducatur, re ablata, vel abducta, vel poſſeſſione retenta: Nam plus eſt evincere, quam vincere, nec emptor habet regreſſum ad venditorem, quod vicerit adverſarius, ſed quod evicerit, ut *l. habere*, *D. eod. tit.* Si adverſarius, qui vicit emptorem, ſtatim ſine ſucceſſore deceſſerit, nec in bona ejus venerint creditores, aut fiſcus, vel ſi eam rem ſtatim donaverit emptori, quem vicit, antequam eam C abduceret, vel auferret, vicit, non evicit. Et ideo emptori, quod victus ſit, nulla competit adverſus venditorem actio de evictione. Porro ſi omiſſa ſit ſtipulatio de evictione, quam ante propoſui, ſecuta evictione nihilominus ſupereſt emptori adverſus venditorem evictionis nomine actio ex empto, quæ ex ſui natura talis eſt, ut perſequatur id quod intereſt, & modo dicitur competere in ſimplam, & in id quod intereſt, rem evictam non eſſe, id eſt, ad pretium recipiendum, & ad recipiendam omnem utilitatem, id eſt, omne quod intereſt, *l. 60. & 70. D. de evict. l. Titius*, *§. ult. D. de act. emp.* Modo dicitur evictionis nomine deficiente ſtipulatione duplæ competere actionem ex empto in id quod intereſt, ut in *l. 1. ſup. de rer. permutat. l. 9. 17. 21. 25. 29. hoc tit.* Quod tamen ita debet intelligi, ut in eo, quod intereſt, inſit pretium rei, D quod emptor pernumeravit venditori. Competit ergo in id quod intereſt, in quo ineſt pretium rei, modo & eadem actio dicitur competere in id quod intereſt, rem evictam non eſſe, non in pretium, quod adnumeravit emptor, ut *l. 23. hoc tit.* Quod etiam ita debet intelligi, ut competat non in pretium duntaxat, ſed in id omne quod intereſt, quod plerunque pretium rei egreditur, *l. 1. D. de act. emp.* Et ita rectiſſime gloſſa interpretatur *d. l. 23.* modo evictionis nomine (quod valde pugnat cum ſuperioribus) dicitur ex empto agi ad duplam deficiente ſtipulatione duplæ, ut *l. 2. D. de evict. ſi dupla non promitteretur*, id eſt, ſi deficiat ſtipulatio duplæ, *& eo nomine agetur*, id eſt, ſi agetur de evictione ex empto, nec enim alia ſupereſt actio deficiente ſtipulatione, *dupli condemnandus eſt reus*. Ergo evictionis nomine actio ex empto E competit in duplum. Et ita Paulus 2. *Sentent. tit. 17. ſi res ſimpliciter traditæ*, id eſt, non interpoſita ſtipulatione pro evictione, *evincantur, tanto emptori venditor condemnandus eſt, quanto ſi ſtipulatione pro evictione caviſſet*: quo etiam pertinet *l. quod ſi nolit*, *§. quia aſſidua*, *D. de Ædilit. edict.* Quia etſi ea lex non loquatur de ſtipulatione, quæ de evictione interponitur, ſed de ſtipulatione, quæ interponitur de ſanitate, & noxa hominis venditi, & de iis, quæ continentur ædilitio edicto, qua ex cauſa etiam duplam promitti conſtat ex *l. 11. §. ult. & l. quia dicitur*, *D. de evict.* & ex Theophilo *tit. de diviſ. ſtipulat.* tamen ratio *d. §. quia aſſidua*, etiam ad ſtipulationem de evictione accommodari poteſt, ut quia aſſidua & frequens eſt de evictione ſtipulatio duplæ, ideo

ex empto agi possit in duplam deficiente stipulatione duplæ, ut ea quæ moris sunt, & consuetudinis veniant in bonæ fidei judicium, in quo etiam proditum est tantundem valere officium judicis, quantum stipulationem, *l. quia tantumdem, de neg. gest.* Sed ut rem explicem, hi omnes loci, quibus dicitur, si venditor duplam non caverit stipulanti emptori, ex empto duplotenus agi posse, sic accipiendi sunt, si cum dictum, vel actum esset, ut dupla promitteretur emptori, dupla ei promissa non fuerit, vel si per errorem omissa fuerit stipulatio duplæ, ut ostendit *l. empt. §. ult. & l. si dict. D. de evict.* Et hoc est, quod ait *d. l. 2. eod.* si dupla non promitteretur, puta per errorem omissa stipulatione duplæ, vel eo tantum pacto, ut de dupla venditor teneretur, *& eo nomine agetur*, inquit, scilicet actione ex empto, quod res evicta sit, vel quod dupla promissa non sit: dupli condemnandum esse reum, hoc est, venditorem, ut scilicet re evicta duplum præstet, vel nondum re evicta, ut duplam promittat. Sed si de dupla non sit actum, nec per errorem, sed consulto consilio sit omissa stipulatio duplæ, certum est emptori de evictione ex empto actionem esse in simplam, id est, in pretium, quod numeravit, & in id quod interest, ut *d. l. 60. eod. tit.* in simplam, inquit, & in id quod interest, quod quandoque est minoris, quam dupla. Et si quando pluris est, quam dupla, non excedit tamen duplam in judicio empti venditi, quia bonæ fidei judicium est, & bonæ fidei congruit, immensam exactionem resecari, & supra duplum venditorem non exigi, maxime si dolo careat, puta si ignorans vendiderit rem alienam, quam postea dominus evicerit emptori, quæ est sententia *l. cum forte, & seq. D. de act. empt.* Non est omittendum stipulationem de evictione, quam dixi sæpe interponi in duplam, aliquando interponi tantum in simplam, ut *l. hoc jure, D. eod. tit. Stipulationes*, inquit, *simplæ aut duplæ*. In duplam si veneat homo, vel prædium, vel quæ alia res pretiosa, *l. emptori, §. 1. eod. tit.* In simplam, si ita pacti sint, ut Varro ait 2. *de re rustica, cap. de pastor. vendito homine duplam promitti: aut si ita pact. sint, simplam*, & rursus, *in simplam tantum, si veneat res vilior, & contemptibilis*. Unde venditiones aliæ dictæ sunt duplariæ, aliæ simplariæ, *l. si tamen, §. ult. D. de Ædil. edic.* Aliquando vero stipulatio de evictione concipitur in id quod interest, hoc modo: quanti ea res est dari, vel indemnem damno præstari emptorem, ut *l. 22. hoc tit.* Sicut stipulatio de sanitate, & noxa, quam sup. ostendi, concipi in duplam, interdum concipitur in id quod interest, *l. 16. §. si servus, de evict.* Ex iis ergo apparet de evictione emptori præcipue duas esse actiones: unam ex empto, non interposita stipulatione, nisi nominatim actum sit, ut venditor evictionem non præstaret, *l. 21. hoc tit. l. pacta conventa, D. de contrah. empt.* Quo tamen casu (& hoc summe notandum est) licet actum sit nominatim, ne præstet venditor evictionem, tamen sciens rem esse alienam, tenetur in id quod interest: ignorans vero, & bonæ fidei venditor in hoc saltem, ut pretium reddat, quod accepit, *l. ex empto, §. ult. D. de act. empt.* Alteram actionem de evictione esse ex stipulatione duplæ, quæ frequentior & usitatior est. Hæc vero est auctoritas & robur venditionis, ut re jure, judicioque evicta emptori, emptor per hanc, vel illam actionem habeat regressum ad auctorem suum, *son garant*, id est, venditorem, & emptori venditor auctoritatis nomine teneatur, alioqui sine ista auctoritate nulla emptio venditio esset. Marc. Tullius 13. Epist. *Si ea prædia dividentur*, inquit, *quæ ipse Cæsar vendidit, quæ tandem in ipsis venditionibus poterit esse auctoritas?* Qua tamen in re recte monet *l. 6. D. de evict.* si quæratur, an pro evictione caveri oporteat, vel in quantum, vel quomodo, consuetudinem ejus regionis, vel civitatis, vel populi, in quo negotium geritur, esse spectandam: Ergo legem ejus populi, sive regionis, in qua emptio venditio contrahitur, ut in populo Judaico, ex lege Moysis venditis prædiis urbanis pro evictione venditor emptori obligatur, non etiam venditis prædiis rusticis, quoniam & ipse venditor quandocunque prædia rustica redimere, & evincere potest, in pretii rationem imputatis fructibus ab emptore medio tempore perceptis: & anno quoque Jobel, vel ut Græci dicut, ἀφέσεως, ea quoque prædia venditor suo jure recipit, & evictionis, sive auctoritatis nomine non teneri eum, hæc LXX. interpretum verba demonstrant Levit. 25. ἡ γῆ οὐ πραθήσεται εἰς βεβαίωσιν: quod est proprie verbum juris: Nam βεβαιώσεως nomine significatur auctoritas, & evictionis causa: ex consuetudine igitur, sive lege regionis propria, vel etiam ex conventione contrahentium venditor non omnium rerum, quas vendidit, auctoritatem præstat. Ideoque non omnium est auctor, non omnis venditor auctor est: Nam & olim mancipio datarum venditor non erat auctor, sed mancipio non datarum tantum, ut Varro ait supradicto loco, si mancipio non datur, duplam promitti. Et ratio est, quia soli domini ex jure Quiritium mancipio dare poterant, tradere etiam non domini, verum, quiquid mancipabat solemniter, præstabat satisdationem, seu satis secundum mancipium, ut ostendit M. Tullius initio 5. Epistol. ad Atticum, nisi scilicet lege venditionis dictum esset, ne satisdaret, ut Varro scribit 5. de lingua Latina, *Caveri cœptum in lege mancipiorum vadem ne posceret, nec dabitur*. At qui traditione, non mancipatione sola rem venditam transferunt in emptorem, non satisdant de evictione, nisi id actum sit nominatim, sed repromittunt tantum non dato fidejussore, *l. 4. l. si dictum, D. eod. tit. l. 1. §. pen. D. de prætor. stipulat.* Præstant denique de evictione nudam cautionem in simplam, vel in duplam pretii, non veri, sed ejus, quod acceperunt: nec enim (& hic terminus hæreat semper apud vos) de evictione ulla actio competit, nisi pretio, aut pretii parte soluta, & re per traditionem translata in emptorem, & postea jure, judicioque evicta.

Ad L. I. Emptor hereditatis *rem a possessoribus sumptu, ac periculo suo persequi debet. Evictio quoque non præstatur in singulis rebus cum hereditatem jure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit.*

Ex lege prima intelligimus multum interesse hereditas veneat, an certum corpus, certa res, vel species, aut plures res certæ. Nam si plura corpora, sive plures res, vel una veneat, emptor tenetur ex empto, ut eas res suo sumptu, & periculo persequatur, & tradat earum possessionem vacuam, & in singulis rebus præstet evictionem, quoniam quot sunt res, tot sunt evictiones, aut evictionum causæ. Si hereditas veneat, non tenetur venditor ullam rem tradere hereditariam, nisi quam habet in sua potestate, nec tenetur in singulis rebus hereditariis præstare evictionem, sive auctoritatem. Et ratio differentiæ hæc est, quia hereditas nomen juris est, & qui hereditatem vendit, non res corporales, quæ in hereditate continentur, vendit, sed jus successionis, quod est incorporale, & hoc jus esse, id est, hereditatem esse, & se heredem esse, dolumque malum præstare venditor hereditatis tenetur, non etiam tradere corpora hereditaria, nisi ea, quæ ad se pervenerunt, vel quæ ipse dolo malo fecit, ne ad se pervenirent. Et ita est intelligenda *l. qui filiifamil. §. 1. D. de hered. vend.* ut venditor hereditatis cogatur tradere res hereditarias, quæ scilicet ad eum pervenerunt, vel dolo malo fecit, quo minus pervenirent, qua de re etiam interponi solet stipulatio, quæ dicitur emptæ & venditæ hereditatis, de qua est tota *lex 2. ff. de hered. vendit. & l. pecuniæ, de verb. signific. & l. 50. de verbor. oblig.* & aliæ complures. Alias vero res hereditarias, quæ ad eum non pervenerunt, nec dolo malo fecit, ut minus pervenirent, venditor emptori hereditatis tradere non tenetur, sed liberatur cedendo emptori earum rerum persequutionem, *l. 2. §. pervenisse, ff. de hered. vend.* Emptor autem eas persequitur suo sumptu, & periculo, ut in hac *l. 1.* Si quid vero evincatur de rebus hereditariis, eo nomine venditor hereditatis, neque cavere de evictione, nec evictionem præstare cogitur, nisi, ut ait hæc lex 1. aliud nominatim convenerit. Et ratio

hæc

hæc est, quia sive res, quæ evicta est, non fuit hereditaria, non veniit igitur, sive fuit hereditaria, per injuriam judicis evicta est, & injuria judicis non obligat venditorem, injuria facta emptori non pertingit venditorem, & æquius est, ut maneat apud emptorem, cui facta est, quam transferatur ad venditorem: Sicut etiam dicitur injuriam a judice factam fidejussori, non pertingere debitorem principalem, *l.exceptione, ff. de fidejuss.* Et hoc omne etiam confirmat *l.1. sup. de rer. permutat. & l.18. & 25. hoc tit. & l.5. & l. si per imprudentiam, ff. eod. tit.* Qua de causa, ut sit actio de evictione, semper exigebam fieri, ut res emptori jure, judicioque evinceretur, id est, non tantum judicio, sed etiam jure: quoniam si non judicio, vel si judicio, & non jure, emptori non est regressus ad venditorem. Et hoc, quod ita statuimus in hereditate vendita, locum habet, etiamsi quodlibet aliud jus veneat, non corpus: ut si veneat peculium servi, quod est etiam nomen juris, non corporis, vel nomen, id est, obligatio, seu cautio fœneratitia: Nam venditor duntaxat præstare debet, ut sit peculium, vel ut sit nomen, & dolum malum utique semper, non etiam ut exigi aliquid possit, & ferri ex peculio, vel nomine, nisi aliud nominatim convenerit. Qua exceptione in hereditate vendita etiam utitur *hæc l.1.* & in nomine, ac peculio, *l.5. l. si plus, §. ult. ff. eod. l. si nomen, ff. de hered. vend.* Quærit autem Accurs. in hac lege, ne quid prætermittamus, utrum si amissa possessione rei venditæ, & traditæ emptor eam persequatur, suis sumptibus eam persequatur: an vero sumptum factum in litem recipere possit a venditore: estque elegans quæstio. Et valde placet, quod definit, licet incondite, victo emptore, & re evicta, si non sit actio de evictione, nec esse propter sumptus litis causa factos, ut in specie *h. l.1.* si sit actio de evictione, & inesse in ea rationem sumptuum factorum in litem, ut *l.17. & 18. l. fidejussor, ff. de dol. except.* Quod utique verum est, sive de evictione agatur ex empto, sive ex stipulatione concepta in id quod interest, ut heri ostendi, eam non semper concipi in duplam, vel simplam, sed in id quod interest, ut *l.22. hoc tit. & l.venditores, D.de verbor. obligat.* non etiam si de evictione agatur ex stipulatione duplæ, vel simplæ; quia hæc stipulatio certum finem habet, & taxationem certam, ultra quam progredi non licet, etiamsi superest ratio impensarum factarum in litem. Et hæc fuit recta mens eorum, quos Accurs. notat in hac *l.1.* dixisse, cum est evictionis nomine regressus ad venditorem propter sumptus litis causa factos, non semper agi ex stipulatione, duplæ scilicet, vel simplæ, quæ suos fines habet: sed semper ob eam rem agi actione ex empto, quia hæc est natura actionis ex empto, ut in eam veniat omne id quod interest etiam supra duplum, maxime si cum eo agatur, qui sciens rem alienam, vel alii obligatam, mala fide vendiderit, ut *l.60. D. de eviction. l. idque, D. de action. empt.* Et hoc si ut posui initio, victus emptor, & res evicta sit. Nam si emptor vicerit, vel si res evicta non sit, nisi aliud convenerit, ut *d. l. venditores*, hoc casu, nec propter sumptus emptori, qui vicit, ullus est regressus ad venditorem, *l.18. hoc tit.* quia æquum est, ut suis quisque sumptibus rem suam tueatur, atque defendat. Et errat Bartolus hoc loco tota via, qui vult semper venditorem agnoscere sumptum, quem emptor fecit in lite, quam obtinuit: Nam quod ait, venditorem in hoc teneri, ut emptori rem habere liceat, quod est verissimum, hunc habet sensum, ut ne res emptori evincatur, non etiam ut sumptum agnoscat, quem emptor fecit utiliter in re empta defendenda, & obtinenda. Quod item ait idem Doctor *emptori mota lite de rei venditæ proprietate, debere rem defendere, prendre la garantie*, quod est certissimum, non hoc est, ut debeat rem defendere suis sumptibus, si vicerit emptor: sed si victus fuerit. Et plane is auctor, dum his rationibus abutitur in hanc suam propriam sententiam: agit se pro sophista vano.

Ad L. II. Quoniam avus tuus, *cum prædia tibi donaret, de evictione eorum cavit: potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere, ob evictionem prædiorum pro portione scilicet hereditaria. Nudo autem pacto interveniente, minime donatorem hac actione teneri certum est.*

Sciendum est, actori dari actionem de evictione, vel ei, qui est similis emptori, ut dicemus *in l.4.* etiamsi de evictione nil dictum, pactum, vel promissum sit, *l.6. h. t.* quia hoc naturaliter inest huic negotio, ut auctoritatis nomine venditor, vel qui similis est venditori, obligetur, alioquin inane negotium esset: non tamen dari actionem de evictione donatario, etiamsi inter se pacti sint donator, & donatarius in ipsa traditione rei donatæ, quo genere perficitur donatio, ut donator præstaret evictionem, & auctoritatis nomine teneretur: Nam hoc pactum non obligat donatorem, id est, ex pacto donationi meræ, cui nullum negotium inest, apposito, non nascitur actio, quia donatio, quæ traditione perficitur, non est contractus, & nullam parit actionem, ut pactum ei additum possit formare ipsam actionem. Et idem dicam etiam hodie ex constitutione Justiniani, nudo consensu perfecta donatione sine traditione ad exemplum emptionis, ut nec ex pacto in donatorem sit actio evictionis nomine. Et ita Jacobus sensit recte antiquus interpres, & rectius quam Accurs. hoc loco; Nam Justinianus, qui nove induxit, ut nudo consensu perficiatur donatio, non hoc etiam nove contra jus vetus constituit, ut ex pacto donator de evictione teneatur. Jus novum extendere non licet. In Glossa Accursii ad hanc legem, si quis eam excutiat, hærebit, nisi addat negotium illo loco: *Alias*, inquit, *si incepit a pactione, idem si a traditione non agitur ad instar dotis, &c.* Summa hæc est, quoquo modo perfecta sit donatio, donatorem ex pacto non præstare evictionem: at ex stipulatione præstare, puta si stipulanti donatario donator evictionis nomine promiserit duplam. Et hæc est sententia *h. l.2.* ex qua interpretabimur etiam quod ait *l. sciendum, D. eod. tit.* nil interesse, utrum ex causa emptionis stipulatio duplæ interposita sit, an ex alia causa, veluti ex causa donationis, ut in *h.l.* vel ex causa dotis, ut in *l.23. ff. eod. l.1. sup. de jur. dot. l. non solum, D. eod.* & interdum ex causa legati, ut infra dicemus. Et quod ait *Paul.5. Sent. tit. de don.* invitum donatorem de evictione rei donatæ promittere non cogi, nec eo nomine, si promiserit onerari, quod lucrativæ rei possessor, qualis est donatarius, ab evictionis actione ipsa juris ratione depellatur; hoc intelligamus de donatore, qui promisit evictionem paciscenti donatario, non stipulanti: Nam si stipulanti, proculdubio tenetur ex stipulatu evictionis nomine. Illud etiam notandum, donatorem, qui sciens donavit rem alienam, licet de evictione non teneatur, de dolo tamen teneri in id quod interest, si donatarius, dum existimat rem fuisse donatoris, & ab eo in se dominium transiisse, in eam rem meliorandam magnos sumptus fecit, hos recipiet actione de dolo a donatore, qui eum fefellit, *l. Aristo, §. ult. de donat. l. ad res, de Ædilit. edic. l. Julianus in fine, de verb. oblig. l.3. §. ult. ff. si famil. furt. fec. dic.* Notandum etiam est, quod si donationi mixtum sit negotium, ut si dono tibi fundum, ut vicissim mihi aliquid des, vel ut aliquid facias ex pacto, atque etiam sine pacto, est actio præscriptis verbis de evictione, quia mutatio potius est, aut veluti permutatio, quam donatio, *l. ult. sup. de rer. perm.* Ergo idem est, si quid dono tibi, ut ἀντίδωρον, accipiam, quia veluti genus permutationis hoc est, ut ait *l. sed etsi lege, §. consulti, ff. de petit. heredit.* Et ita donatorem, qui accepit ἀντίδωρον, teneri de evictione nominatim scriptum est in *Legibus Longobardorum, l.2. de evict. sive leg.1. de donat. & empt.* Quarum legum usus viget etiam hodie Mediolani, & in omni illo tractu Italiæ, qui in hanc ætatem retinet Longobardiæ nomen, & ab Accursio citantur sæpissime, & supradictis locis: illæ leges ἀντίδωρον vocant (*Laonequild*) quod est, ac si germanice hodie diceres, *lovegri*, id est, pecuniam repensatricem. Et corrupte scriptum est in glossa *l.1. D. si a par. quis manu. fuerit*, eam legem Longobar-

gobardorum appellari, *machildam*, cum ſit ſcribendum, *laonequildam*. Porro quia legatum eſt donationis ſpecies, & legatarius lucrativæ rei poſſeſſor, ſicut donatarius, inde Accurſius tractat in hac *l.* an heres legatario teneatur de evictione. Et ejus rei certa definitio hæc eſt, ut ſi certus homo legatus ſit, veluti Stichus, vel certa res, heres non teneatur de evictione, quia talem rem dare debet, qualis eſt, niſi teſtator ſciens prudenſque alienam rem eſſe, eam ab herede legaverit, quia ex conjectura voluntatis præſumitur teſtator heredem onerare voluiſſe periculo evictionis, *l. Sticho, D. de uſufr. leg.* vel niſi ultro ſtipulanti legatario heres caveat de evictione, exemplo donatoris: licet aliud ſit, ſi heres, vel donator caveat de ſanitate, vel de fuga ſervi legati, quia ex hac ſtipulatione non obligatur, cum invaletudo, aut fuga non faciat, ut res legata deſinat eſſe legatarii, ſicut cum evincitur, *l. ſi legati ſervi, ff. de legat.* 1. Marc. Tul. 3. Offic. *Venditor*, inquit, *quæ ſcire debuit de ſanitate, & de fuga, præſtat edicto Ædilium*: *heredum*, inquit, *alia cauſa eſt*. Si autem incerta res, aut incertus homo legatus ſit, puta homo generaliter, & electio ſit heredis, evicto eo, quem elegit heres, & præſtitit, quia male elegit, tenetur de evictione, actione ex teſtamento, vel ex ſtipulatu. Et hæc omnia oſtenduntur in *l. heres, D. de evict. l. ſi domus*, §. 1. qui eſt accipiendus de homine generaliter legato, *l. ſi a ſubſtituto*, §. 1. *D. de leg.* 1. *l. qui concubinam*, §. *ſi heres, de legat.* 3. Eandemque diſtinctionem ſervari in ſtipulationibus, adjecit *l. quæ de legato, D. de legat.* 1. ut qui promiſit Stichum, talem dare debeat, qualis eſt, qui hominem generaliter, ut eum dare debeat, quem habere liceat ſtipulatori. Poſtremo tractat Accurſius, quod interpretes non explicant, quid ſit dicendum in eo, qui rem habet quaſi ex lucrativa cauſa, an is, qui ei dedit eam rem, ei teneatur de evictione? Et cauſam *quaſi lucrativam*, non vere lucrativam vocat, noxæ deditionem, quia plerunque pro levi noxa corpus ſervi deditur ei, cui noxam fecit. An igitur ſi non dominus ſervum dedat noxæ, cujus fingit ſeſe dominum, tenetur de evictione? Et hoc caſu non poſſe teneri placet, quia nec is ſervus, quem non dominus dedit in noxam, a domino evinci poteſt, niſi offerat æſtimationem noxæ, quam fecit ſervus, alioquin vindicanti obſtat exceptio doli mali, quæ eſt ſententia *l. ſi noxale*, §. *ult. & l. ſeq.* quam adducit Accurſ. *D. de noxal. action.*

Ad L. III. Qui rem emit, *& poſt poſſidet: quamdiu evicta non eſt, auctorem ſuum, propterea quod aliena, vel obligata res dicatur, convenire non poteſt.*

Legis tertiæ ſententia eſt hæc: quandiu res vendita, & tradita emptori evicta non eſt, tamdiu non eſſe emptori adverſus venditorem actionem de evictione ex ſtipulatione duplæ, vel ſimplæ, vel ex empto, tametſi lis emptori mota ſit de proprietatis, aut pignoris jure, de alia re agi poteſt, puta, ut venditor rem defendat, ut rei agendæ adſit, *l. ſi plus*, §. *pen. D. eod. tit.* vel ſi ita convenerit, ut ſtatim poſt motam litem emptori pretium reſtituat, *l.* 12. *hoc tit.* At de evictione ante evictionem agi non poteſt. Et ait hæc *lex* 3. qui rem emit, & poſt poſſidet, puta re tradita, quoniam re non dum tradita emptori, nulla ſubeſt cauſa quærendi, aut diſputandi de evictione: nec enim evinci emptori poteſt, quod nondum ei traditum eſt, & re non tradita emptori, tantum competit actio ex empto adverſus venditorem, ut rem tradat, ut rei venditæ vacuam poſſeſſionem tradat in *l.* 5. *h. tit.* Ergo ſi alii obligata ſit, ut eam luat, & liberam emptori præſtet, quia vacua poſſeſſio non eſt, quæ jure pignoris avocari poteſt per actionem hypothecariam, *l.* 3. *D. de action. empt.* Deinde ait hæc *lex* 3. *quamdiu evicta non eſt*, id eſt, *quamdiu emptori rem habere licet*: & ſequitur: *auctorem ſuum, propterea quod res aliena, &c.* Sane convenire auctorem ſuum non poteſt ob hoc ſolum, quod res dicatur aliena oppignerata, actione ulla de evictione, cum nondum ſit res evicta, ut expoſui initio, ſed ad hoc etiam porrigenda lex eſt, ut non poſſit emptor poſt traditionem convenire auctorem ſuum, maxime ſi dolo careat, actione ex empto in quantum intereſt ſua, rem ſuam eſſe factam, quæ dicitur eſſe aliena, vel etiam ſi alii dicatur obligata, ut eam venditor reluere cogatur, quod etiam demonſtrat *lex* 5. dum ponit de re luenda agi ante traditionem, quia ſcilicet de re luenda agi non poteſt poſt traditionem ante evictionem, nec de alia re quaquam ante evictionem. Et errat vehementer Accurſius, quem plurimi ſequuntur, dum etiam poſt traditionem, nondum ſequuta evictione, in ignorantem venditorem de re luenda agi poſſe arbitratur, cujus erroris arcem tantum unam habet *l. creditor*, §. *prædium, D. de act. emp.* quod dicat prædium æſtimatum datum fuiſſe in dotem, & traditum igitur, ut ipſi interpretantur: & tamen ſi creditori obligatum deprehendatur, agi poſſe in eum, qui prædium dedit, vel heredem ejus actione ex empto, ut prædium luat, & a creditore liberet. Sed non animadvertunt illa verba (*prædium æſtimatum in dotem datum*) non ſignificare naturalem traditionem, ſed per ſcripturam inſtrumenti dotalis, quo profitetur pater ſe prædium dare in dotem, quod nondum tamen tradit. Et ita ea quoque verba accipi conſtat in *l.* 14. *D. de jure dot. & l. ſi fundum, D. de fund. dot.* Dixi paulo ante, *ſi venditor dolo careat*, hoc eſt, *ſi ignoret rem eſſe alienam, vel obligatam*: Nam ſi quis ſciens rem alienam vendiderit, & tradiderit, etiam ante evictionem ex cauſa doli conveniri poteſt, ſi quid interſit, actione ex empto in id, quod intereſt, ut *l. ſervus quem*, §. *ult. D. de act. emp. l. ult. ſup. de litigioſ.* Et conſequenter ſi ſciens rem pigneratam vendiderit, & tradiderit, etiam ante evictionem conveniri poteſt propter ſuam improbitatem, ut eam reluat, & repigneret actione ex empto: nam nec in ſcientem poſt traditionem ante evictionem dabitur actio ex ſtipulatu, argumento *l.* 4. *ff. de act. emp.* quia ſtrictior eſt actio.

Ad L. IV. Si prædium tibi pro ſoluto *datum eſt, quod aliis creditoribus fuerat obligatum: cauſa pignoris mutata non eſt: Igitur ſi hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit: Nam hujuſmodi contractus vicem venditionis obtinet.*

Sciendum eſt, non tantum emptori dari actionem de evictione, ſed etiam ei, qui pro pecunia credita, vel pro pretio certo, aut incerto rei venalis rem æſtimatam in ſolutum accepit, quia æſtimatio ſimilis eſt emptioni venditioni. Et non tantum qui emit numerato eſt emptor: ſed etiam, qui emit æſtimatum, id eſt, data re æſtimata pro pretio, & re evicta. Igitur utilis actio ex empto ei dabitur, qui rem accepit in quantitatem debiti, vel in id quod intereſt. Et hæc eſt ſententia *l.* 4. *& l. eleganter* 24. *D. de pignerat. act. & l.* 1. *ſup. de rer. permut. in prima parte*. Verum obſtat *l. ſi quis aliam, D. de ſolut.* quæ ſi alia res pro alia ſoluta ſit, & *l. libera, ſup. de ſentent. & interloc.* quæ generaliter, ſi pro debito res ſoluta ſit volenti creditori, re evicta, dicunt agi priſtina actione, & debitum repeti, quaſi ea ſolutione non fuerit ſublata priſtina obligatio: nec dant ob eam rem utilem actionem ex empto, ut ſuperiores leges. Poſſet dici non eſſe hæc ſcripta contraria, quæ diverſas actiones dant, ſi data una, nominatim non denegetur altera: & in caſu propoſito igitur, re evicta agi poſſe utili ex empto quaſi contracta emptione, vel actione priſtina, quaſi res pro re, vel pecunia ſoluta non facta accipientis, non ſuſtulerit priſtinam obligationem. Sed ne hoc remedio utamur ſine ſubterfugio, obſtat *d. l.* 1. *ſup. de rer. permut. in* 2. *parte*, quæ huic caſui oppoſito alio caſu, quo res non venalis pro re data eſt (quod negotium permutatio appellatur) dum ita facta permutatione rerum, ſtatuit in electione eſſe ejus, cui res evicta eſt, ut vel agat evictionis nomine in id quod intereſt, ut *l.* 29. *h. tit.* vel repetat rem, quam vice mutua dedit, plane indicat, priore caſu propoſito in prima parte legis eandem electionem non dari ei, cui res data pro pecunia evicta eſt, ſed ſupereſſe ei tantum actio-

actionem in id quod interest, per quam possit eam quoque pecuniam consequi, sed non superesse pristinam actionem. Quare melius est, quod unum est ex remediis Accursii, ut inter negotia, de quibus agitur constituamus esse differentiam. Si pro pecunia res æstimata soluta sit, emptionem esse, non permutationem, *l. plerunque*, *§. pen. D. de ju. dot.* aut sane hoc genus negotii minimum demutare ab emptione venditione, plurimum a permutatione: & ideo ex natura emptionis venditionis liberationem a pristina obligatione contingere ei, qui rem alienam solvit pro pecunia, qui pro venditore habetur, & rem alienam, ut diximus, quia venditor non tenetur facere rem emptoris: Hæc est natura venditionis emptionis: sed si pro re res soluta sit, pro specie species, pro corpore corpus, non pro quantitate corpus, ut priori specie, sed pro re res, ut *d. l. si quis aliam*, *& d. l. libera*, permutationem esse, quæ etiamsi emptioni similis sit, ut dicitur: tamen in multis hæc negotia distare inter se, ex professo docet *lex 1. D. de rer. permut.* Et inter cetera, quæstionem propositam expedit, quia rem alienam tradens contrahit emptionem venditionem: at rem alienam tradens nullam contrahit permutationem, quia ita contrahitur, *do ut des*, & non dat, nisi qui facit accipientis, *l. ult. D. de cond. caus. dat.* Ergo ex causa permutationis tradita re aliena pristina obligatio rei debitæ (quia nulla permutatio contracta est) remanet integra, & ex ea agi potest evicta re aliena, quæ pro re debita soluta erat. Et ita hæc res explicanda est.

Ad L. V. Ex his prædiis, *quæ mercata es, si aliqua a venditore obligata, & necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditore liberentur. Idem etiam fiet si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem, doli exceptionem opposueris.*

Re evicta emptori, non aliter datur regressus ad venditorem, quam si lite mota emptori, judicio in rem emptor auctori suo, id est, venditori denuntiaverit, ut de ea re agenda adesset, nisi pacto remissa sit denuntiandi necessitas, ut *l. Herennius*, *D. de evict.* vel nisi per venditorem fiat, ut ei denuntiari non possit, vel nisi emptor cognoscere, vel expiscari non potuerit, ubi auctor suus esset, ut ei denuntiaret, & certiorem faceret controversiæ sibi commotæ de proprietate rei venditæ, *l. 29. hoc tit. l. si ideo, in fine*, *l. si dictum*, *§. pen. D. eod.* Exceptis his casibus non tenetur venditor emptori, nisi lite mota emptor ei denuntiavit, ut de ea agenda adesset, ut negotium defenderet, ut liti subsisteret, vel adsisteret, ut in hac re nostri auctores loquuntur, *l. in executione*, *§. in solidum*, *l. cum ex causa*, *D. de verb. obligat. l. 21. & 23. h. tit. l. si rem*, *§. 1. D. eod. tit.* sicut tutores in judicio pupillis suis, & patroni in suis susceptis, amici in ærumnis amicis suis, obstetrices, quæ & ob eam rem *adsestrices* dicuntur, parturientibus adsistere, ut *l. pen. sup. si adversus rem judic. l. un. sup. ut quæ desunt advoc. judex supp. l. ab accusatione*, *D. ad Senatusc. Turpil.* & sæpe Plinius in epistol. & Apulejus 8. *decepto seni subsistite*, & 10. *meis extremis ærumnis subsiste*. Ita controversia mota de re emptori, quam emit, denuntiatus venditor liti subsistere, sive adsistere debet, uti denuntiatus est, quod Græci *παρίστασθαι*. Et hoc denuntiare venditori, ut liti subsistat, est laudare auctorem, ut in hac *l. & l. 14.* & sæpissime in jure, & in iis actionibus empti venditi. Et *laudare* non est laude afficere, sed *nominare*, *appellare*, *invocare*: *sommer le garant*: *En la costume de Normandie, houcher le garant*. Nam & tota Francia auctorem vocat (*garant*) lingua prisca Germanorum, ut in legibus Imper. Othonis, additis legibus Francicis, & Longobardicis, *l. 5. de rebus intertiat.* Porro denuntiari hoc debet venditori, vel heredi ejus, ut in *l. 9. h. tit. & 14. & 20. 21. & 23.* nec satis est denuntiari procuratori ejus, nisi venditor ipse præsens sit, ut *l. si dictum*, *§. si præsente*, *D. de evict.* quoniam ipsi venditori denuntiari videtur, cum ipso præsente procuratori ejus denuntiatur: sicut si procurator præsentis stipulanti promittat, ipse dominus, qui est præsens promittere intelligitur, *l. si procuratori*, *D. de verb. obligat.* sicut si quis stipuletur præsenti, ipsi, qui est præsens stipulari videtur, & valet stipulatio, *l. 3. sup. de contr. & commit. stipul. l. 3. de inut. stipul.* Illud est valde singulare, ut pupillo forte heredi venditoris recte denuntietur, ut rei agendæ adsit etiam sine tutoris auctoritate, cum tutor non apparet, quod benigne, id est, jure singulari receptum esse ait *d. lex si dict. §. ult.* in hac causa evictionis: Nam alias si pupillus forte debitor interpelletur a creditore sine tutoris sui auctoritate, id est, non præsente tutore suo, non constituitur in mora, *l. sed si ex stipul. D. de verb. obligat.* At evictionis nomine receptum est, recte denuntiari pupillo sine tutore ejus, & eam denuntiationem re evicta denuntianti parere in pupillum actionem de evictione. Illaudatus venditor .i. non denuntiatus, non tenetur de evictione, *l. 8. & 17. h. t. l. 1. sup. de peric. & comm. rei vend. l. libera*, *sup. de sentent. & interloc. l. qui absentem*, *D. de procur.* Laudatus autem auctor, sive venditor non potest defugere auctoritatem, id est, non potest non suscipere defensionem causæ: vel si non suscipiat, non potest non teneri, hoc est, non defugere auctoritatem, ut nostri loquuntur in *l. minor*, *in fine*, *D. de evict. l. in executione*, *§. in solidum*, *& l. cum ex causa*, *de verb. oblig.* In quibus locis defugere, est defugere auctoritatem, ut recte divinavit doctissimus Victorius 5. *Variarum*, *cap. 22.* quod Terentius, Plautus, Cicero dicunt, *defugere auctoritatem*, hunc modum loquendi sumpsisse ex Jurisconf. nam hoc verum esse supradictæ leges demonstrant: laudari autem oportet auctorem primum .i. venditorem ipsum, non fidejussorem evictionis, quem venditor dedit, qui secundus auctor appellatur, ut *l. 4. D. de evict.* Et in glossis veterum Grammaticorum *βεβαιωτὴς*, *secundus auctor*, *& προπράτωρ*, *secundus auctor.* Et dico fidejussorem evictionis, quia etsi venditor de evictione non cogatur satisdare dato fidejussore, sed tantum repromittere nuda cautione, ut memini me dicere *in prælectione 1. ad hunc tit.* tamen ex conventione sæpe datur fidejussor de evictione, & uno casu etiam invitus venditor omni modo cogitur satisdare de evictione, quo jure utimur, videlicet si agat ex vendito de pretio eo tempore, quo emptori movetur lis pignoris, vel proprietatis, ni velit repelli exceptione doli mali, ut *l. 24. h. t. l. pen. §. ult. D. de peric. & comm. rei vend.* qua exceptione etiam repellitur venditor, qui antequam tradat rem venditam, quæ alii est obligata, non luit, non liberat, si agat de pretio ante luitionem rei venditæ, nec traditæ, ut *l. 5. h. t.* nisi ut puto paratus sit satisdare de evictione, argum. *l. 24.* Et fidejussorem evictionis .i. secundum auctorem non esse laudandum, sive denuntiandum, docet hæc *l. 7.* & etiam illaudatum fidejussorem teneri, si modo primus auctor laudatus fuerat. Postremo notandum est, venditorem laudatum, denuntiatum, appellatum, conventum ad eam rem defendendam non posse uti præscriptione sui fori secundum regulam, *ut actor sequatur forum rei*: sed [quo jure etiam utimur] debere sequi forum emptoris, *l. venditor*, *D. de judic. l. un. sup. ubi in rem act. exer. deb. Nov. 69.* quia lis principalis est cum emptore: venditor autem liti tantum adsistit: atque ita denuntians non sequitur forum denuntiati, sed contra denuntiatus forum denuntiantis, sive laudantis. Itemque notandum, denuntiari posse auctorem ab emptore quocumque tempore ante sententiam, *l. si rem*, *§. ult. de evict.* Et hoc est, quod dicitur, *Sommation de garant estre perpetuelle*, quod possit denuntiari quandocumque ante condemnationem emptoris, & evictionem rei. Nec quicquam huic sententiæ obstat quæ solet opponi *l. qui concubinam*, *§. si heres*, *de leg. 3.* quæ ponit denuntiatum fuisse auctorem ante litem contestatam, quoniam non ideo sequitur eum non recte denuntiari post litem contestatam, si res sit integra, necdum perducta ad ultimam cognitionem, si res non sit prope condemnationem. Fit quidem denuntiatio opportunius ante litem contestatam, sed non fit tamen importune post litem contestatam si res sit integra. Et ita in *l. Lucius §. quæsitum*, *D. de administr. tut.* licet dicatur usuras præstari in diem litis con-

conteſtatæ: id tamen producitur etiam in diem ſententiæ, nihilominus ſi tutor in lite perſeveravit, ut in *l.*1. *§.ult. D. de uſur.*

Ad L.VIII. Emptor fundi, *niſi auctori, aut heredi ejus denuntiaverit: evicto prædio, neque ex ſtipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem, vel fidejuſſorem ejus habet. Sed & ſi judicio emptor non adfuit, aut præſens per injuriam judicis victus eſt, abſente auctore, vel fidejuſſore, regreſſum adverſus eum non habet.*

LEx octava ponit tres caſus, quibus venditor emptori non tenetur de evictione. De primo caſu ſatis diximus in *l.*5. ſi laudatus, & denuntiatus venditor pro evictione non fuerit, quo caſu ait *hæc lex octava*, neque ex ſtipulatione, id eſt, neque ex ſtipulatione ſimplæ, vel quanti intereſt, neque ex dupla, id eſt, ex ſtipulatione duplæ, neque ex empto venditorem, qui laudatus non eſt, aut fidejuſſorem ejus teneri, quia, ut & id definiamus, de quo hic diſceptant nimium interpretes, omnimodo venditorem denuntiari oportet, etiam ſcientem, emptori quæſtionem referri de proprietate rei emptæ. Et ratio hæc eſt, quia venditori denuntiatur non tantum ut certior fiat, ut in *l.*17. *h. tit.* alioquin ſcientem certiorem facere non oporteret, ſed etiam denuntiatur, ut conveniatur, & cogatur ad rem defendendam, *l. ſi plus*, *§.pen. D. eod.* & denuntiatio quodammodo eſt actio in auctorem, & ſic appellatur a M. Tullio pro Muræna, *actio in auctorem præſentem*, cui in jure ita dicat emptor: *Quando te in jure conſpicio, poſtulo an auctor fias*, id eſt, *an velis ſuſcipere defenſionem rei*, & conſequenter *denuntiator* quodammodo eſt actor, denuntiatus reus. Qua de cauſa dubitabatur in *l. venditor, D. de judic.* An denuntiator ſequeretur forum denuntiati ſecundum regulam juris, *actor ſequitur forum rei*: Sed placet non ſequi denuntiatorem forum denuntiati, quia denuntiatus non eſt reus principalis, ſed rei principalis, id eſt, denuntiatoris defenſor, cujus etiam forum ſequi debet. De ſecundo caſu etiam diximus ſatis in *l.*1. *h. tit.* Si per injuriam judicis emptor victus & condemnatus ſit. Sed quod addendum eſt ex *h.l.* exigit hæc lex, ne venditor teneatur de evictione emptori condemnato per injuriam judicantis, ut ſi condemnatus ſit abſente auctore, & fidejuſſore, quia hoc caſu merito imputatur emptori, quod non appellaverit a non jure dicta ſententia. At ſi tempore condemnationis præſens fuerit auctor, id eſt, venditor, ipſe auctor ſibi imputare debet, quod acquieverit ſententiæ, id eſt, quod ceſſante emptore non appellaverit, & ideo tenetur de evictione. Item, ſi præſente fidejuſſore auctoris, fidejuſſore evictionis abſente auctore emptor condemnatus ſit, fidejuſſor, qui ceſſante emptore & venditore non appellavit ut potuit *l. a ſententia, D. de appell.* de ſe queri, & ſibi imputare debet, & boni conſulere, ſi emptor ad eum revertatur evictionis nomine, quam ſciens prudenſque paſſus eſt fieri, omiſſo remedio appellationis. Et in hanc rem hic locus hujus leg. eſt valde ſingularis, & notandus. Reſtat 3. caſus, quo venditor emptori non tenetur de evictione, ſi culpa & vitio emptoris res evicta ſit, ut *l.*11. *ſup. de rer. permut.* ut puta ſi emptor abſens per contumaciam ex eremodicio condemnatus ſit, ut *l.* 1. *ſup. de peric. & comm. rei vend.* quia magis propter ſuam abſentiam & contumaciam victus videtur, quam quod malam cauſam habuerit, *l. ſi ideo, D. de evict.* Idemque eſt, ſi præſens emptor appellaverit, & bonam cauſam culpa ſua, cauſam appellationis culpa ſua perdiderit, *l. Herennius*, *§.ult. D. de evict.* puta (ut ait ea lex) ex præſcriptione temporis, nempe lapſis fatalibus diebus appellationum, ut in *l. furti*, *§.*1. *D. de iis qui not. inf. l.*6. *§.pen. D. de decur.* Idem etiam erit, ſi cum haberet emptor rei emptæ adverſus dominum retentionem, poſſeſſionis ſcilicet etiam, non etiam petitionem, veluti ex injuſta ſententia, ex qua eſt retentio, non petitio, ut *l.*3. *§.ult. D. de pignor.*, vel ex jurejurando, ut in *l. & non tantum*, *§. veniunt*, *D. de petit. hered.* Si igitur cum haberet retentionem poſſeſſionis, non petitionem rei, eam poſſeſſionem amiſerit, culpa ſua, vel ſponte ſua, nec potuerit recuperare, quia non habuit petitionem rei, ſed retentionem tantum, quæ eſt ſententia *l. ſi rem quam*, §.1. D. *de evict.* Denique evictio quæcumque contingit culpa emptoris, aut vitio, aut ſponte, non imputatur venditori.

Ad L. IX. Si controverſia tibi poſſeſſionis, *quam bona fide te emiſſe allegas, ab aliquo movetur, auctori, heredive ejus denuntia. Et ſiquidem obtinueris, habebis quod emiſti. Sin autem evictum fuerit, a venditore, ſucceſſoreve ejus conſequeris quanti tua intereſt. In quo continetur etiam eorum perſecutio, quæ in rem emptam a te, ut melior fieret, erogata ſunt.*

EX *l.*9. notandum eſt, in actione ex empto, quæ evictionis nomine datur in id quod intereſt, contineri etiam meliorationis, ſive ἐμπονήματα, id eſt, id quo eam rem, qua de agitur, emptor meliorem, pretioſiorem, fructuoſiorem fecit deductis fructibus, quia nullus caſus intervenire poteſt, qui impediat compenſationem fructuum cum impenſis meliorationum, *l. fundus qui dotis*, D. *famil. erciſ.* Hæc vero eſt ſententia ſimplex *l.*9. ſed cui ſit applicanda hæc diſtinctio, quæ ſequitur: Nam Accurſ. & alii interpretes uno adſenſu ita tradunt procedere ſententiam hujus legis, & eam ſic eſſe accipiendam, ſi emptor amiſſa poſſeſſione rei ſine culpa ſua eam rem vindicet a domino, ad quem forte pervenit, & vincatur, ut tunc non tantum pretium, vel ſumptus litis, ſed etiam meliorationes a venditore conſequatur actione ex empto, non tamen ſupra duplum, ut *l. cum forte*, D. *de act. empt.* qua de cauſa puto Papinianum *libro Reſp. tit. de venditionibus*, dixiſſe, *de evictione actionem dari emptori in duplum meliorati fundi*, id eſt, *ad finem dupli*, *non ſupra duplum*. At (quæ eſt altera pars diſtinctionis) ſi dominus ab emptore rem vindicet, & evincat, propter meliorationes non habet emptor regreſſum ad auctorem ſuum, quia emptor ſibi imputare debet, quod eas *meliorationes* ſibi non ſervavit ut potuit, agente domino, per exceptionem doli mali, habita fructuum compenſatione, ut in *l.*16. *h. tit.* Sed habet tantum adverſus auctorem ſuum actionem ex empto ad pretium recipiendum, & ſumptus litis cauſa factos, non ad recipiendas meliorationes, quas ſibi potuit ſervare ab eo, qui rem evicit, & ſi non ſervavit, imputet ſibi, non reputet auctori: quæ eſt ſententia *l. idque*, §.1. D. *de act. emp.* Verum poteſt etiam hæc *l.*9. accipi de domino rem vindicante ab emptore, & evincente, ſi modo ponamus venditorem ſcientem mala fide rem alienam vendidiſſe, quia hoc uno caſu certum eſt, non oppoſita domino exceptione doli meliorationum ſervandarum cauſa integram eſſe emptori etiam propter meliorationes actionem ex empto adverſus venditorem, & ſupra duplum propter improbitatem venditoris, ut *d. l. idque*, in illo loco, *in omnibus*, *&c.*

Ad L. X. Si fines agri venditor *demonſtravit, & legem dixit, intra eos neminem ingreſſurum: ſi quid inde evincatur, periculo ſit auctoris. Quod ſi finibus ſuis, quos demonſtravit, agrum vendidit: lis finalis ad venditorem non pertinet.*

EX lege 10. hujus tituli maxime notanda eſt hæc differentia inter actionem finium regundorum, & actionem in rem, id eſt, inter actionem de finibus, & actionem de proprietate: inter litem finalem, & litem proprietatis: quia ſi fines agri venditi venditor demonſtraverit, & dixerit (quod & dixiſſe ſemper intelligitur, qui eas demonſtravit hoc ipſo, quod demonſtravit) intra eos neminem ingreſſurum, ſi quid ex eis evincatur emptori judicio in rem, id eſt, de proprietate, emptori pro evictione eſt regreſſus ad venditorem, in *l. qui fundum*, D. *eod. tit.* At ſi agatur de finibus regundis tantum, vel erciſcundis, licet eo judicio vincatur emptor, nullus eſt ei regreſſus ad venditorem. Et ita eſt explicanda *lex* 10. cujus dif-

differentiæ ratio pendet ex alia differentia inter eaſdem actiones, quod lis finalis conſiſtat intra quinque pedes tantum, quod eſt modicum ſpatium, & ex quo, ſi quid abradatur, aut delibetur judicio finium regundorum, non eſt cauſa digna, ſeu idonea revocandi auctoris, aut conveniendi, quaſi evicta parte agri: nec enim videtur evicta pars agri, evicto forte pede uno, vel altero. At actio in rem amplioris terræ, ſive ſpatii controverſiam continet. Et hoc oſtenditur in *l. ſi finalis C. Th. finium regun. & a Julio Frontino lib. de limitib. agrorum*, cum ponit differentiam inter controverſiam de fine, & controverſiam de loco. Qua de cauſa etiam de fine datur arbiter ſpecialis: de loco, id eſt, de proprietate loci ipſe præſes cognoſcit: quia res eſt majoris momenti, *d. l. ſi finalis*. Eſt etiam alia differentia inter actionem finium regundorum, & actionem in rem: quod actio in rem tollatur præſcriptione longi temporis, id eſt, 10. aut 20. annorum, non actio finium regundorum, ſed tantum præſcriptione annorum 30. ut *l. ult. ſup. fin. reg.* licet ſit mixta actio, id eſt, in rem & in perſonam, ſicut & actio familiæ erciſcundæ, & actio communi dividundo, quæ etiam mixtæ ſunt, non tolluntur præſcriptione longi temporis, ſed triginta annorum, *l. 3. ſup. in quib. cauſ. ceſſ. long. temp. præſcr. l. 1. §. ad hæc, ſup. de ann. except.* Et tamen ſi quod evincatur actione communi dividundo, vel familiæ erciſcundæ, certum eſt competere emptori actionem de evictione, quia amplioris rei controverſiam continet, quam actio finium regundorum, *l. ſi mancip.* §. 1. D. *de evict.* At quod ad præſcriptionis cauſam attinet, inter illas tres actiones mixtas, nil intereſt, quia omnes tolluntur non præſcriptione longi temporis, ut actiones in rem, ſed ut omnes actiones perſonales præſcriptione tricennii, quia mixtæ actiones, qua perſonales ſunt, ſpectantur potius, quam qua reales ſunt: hac ratione, ne fiat injuria actori, coarctata propter realem actionem perſonali: & ita ut producatur potius actio realis in tricennium propter perſonalem.

Ad L. XI. Exceptione doli *recte eum ſubmovebis, quem ab auctore tuo fidejuſſorem accepiſti, ſi ejus nomine controverſiam refert, quaſi per uxorem ſuam, antequam tu emeres, comparaverit: qui venditioni adeo conſenſum dedit, ut ſe etiam pro evictione obligaverit.*

SPecies legis 11. hæc eſt: Fidejuſſor evictionis, qui apud emptorem interceſſit pro venditore, facit controverſiam emptori de proprietate rei emptæ, dicens, ſe priorem eam rem emiſſe per interpoſitam perſonam, puta per uxorem, & ſe priorem quoque traditam accepiſſe per uxorem interpoſitam: & ſe igitur in ea re eſſe potiorem poſteriore emptore. Sed repellitur fidejuſſor, quia ipſe poſteriori venditioni conceſſit hoc ipſo, quod fidejuſſit pro evictione, & ideo fruſtra movet controverſiam emptori, cui debet præſtare evictionem adverſus alium: ſi adverſus alios, & adverſus ſe ipſum igitur. Et ſimile eſt quod proponitur in *l. Pomponius*, §. *ult. in quib. cauſ. pign. tac. contra.* ſi pro debitore rem meam pignori obligante, non explorato meo conſenſu, fidejuſſero nomine debiti, hoc ipſo videor conſentire tacite pignerationi rei meæ, nec poſſum obſiſtere creditori agenti hypothecaria. Hinc vero interpretes noſtri recte, ut opinor, ex ſpecie hujus legis, ejuſque definitione ſtatuunt generalem regulam, *eum, qui auctor laudari, aut conveniri de evictione poteſt, controverſiam emptori facere non poſſe*, quod & aperte proponitur in *l. 14. h. tit.* Denique ita ſtatuunt, ut eorum verbis utamur, *eum, quem tenet actio de evictione, agentem adverſus emptorem, exceptione repelli*, quod omnium maxime patet ex *l. 13. h. tit.* Cujus ſententia hæc eſt: pignora capta ex cauſa judicati, & vendita per apparitorem prætoris, vel præſidis (ut fit) evincuntur emptori: Quæritur adverſus quem emptor habet actionem de evictione, an adverſus ipſum apparitorem, qui ea pignora vendidit ſub haſta? Minime, *l. ſi pignora*, D. *de evict. l. qui heres erat*, *D. famil. erciſc.* quinimo ſi promiſerit apparitor evictionem præſtari, vel quid aliud, dum in cau-

A ſam judicati pignora condemnati diſtrahit ſub haſta, ipſe eo nomine non tenetur, ut eſt in Orat. pro Quintio: *Non plus ejus referre*, inquit, *aut intereſſe præconis, quam ſi auctione vendens domini juſſu quidquam promiſiſſet*: Nam ſane quidquid promittit præco, ſive apparitor, promittit juſſu domini, cujus pignora diſtrahuntur. Ideoque præco, ſive apparitor nec ſi promiſerit, de evictione tenetur: ſed de evictione eſt actio ex empto adverſus condemnatum, qui pretio pignorum liberatus eſt, & actio de evictione ex empto, quod not. non in id quod intereſt, ſed de pretio tantum, quo liberatus eſt, & uſuris, fructibuſque compenſatis, ut fit ſemper. Et ratio hæc eſt, quia licet ipſe, qui condemnatus eſt, vendidiſſe videatur cum præco vendidit, tamen coactus vendidit, & ideo non tenetur in id omne quod intereſt, quod oſtenditur in *l. ſi*
B *plus*, §. 1. *de evict.* nec obſtat *lex eleganter*, *D. de pigner. act.* Quoniam loquitur de creditore, cui pignus addictum eſt auctoritate principis pro pecunia debita, non invento emptore, cui ſi pignus addictum evincatur, datur actio in condemnatum in id quod intereſt, quia videtur pignus accepiſſe in ſolutum, ut eſt in *d. l. eleganter*, & conſtat evictionem dari ei, qui rem æſtimatam accepit in ſolutum, *l. 4. h. tit.* Quia ergo [ut oſtendit *l. 13.*] ita jus eſt, ut debitor condemnatus, alio evincente pignus diſtractum ex cauſa judicati teneatur de evictione, ideo conſequens eſt, ut ipſe non poſſit rem evincere, & facere controverſiam emptori. Denique ita concludamus, eum, qui alio evincente tenetur de evictione, nec ipſum evincere, aut controverſiam facere poſſe. Nec ab hac regula [ut Accur.] volo excipi caſum *l. ult. h. t.* qui talis eſt. Quidam fidejuſ-
C ſit pro emptore, & deceſſit relicto herede: hic heres fidejuſſoris, heres ſecundi auctoris poteſt emptori facere controverſiam de proprietate rei, non quidem jure hereditario ex perſona defuncti fidejuſſoris, ſed jure proprio ex ſua perſona: Et tamen, ſi rem evincat, tenebitur de evictione, ut ait lex ult. Ergo qui tenetur de evictione, recte facit controverſiam emptori, recteque rem emptori evincit. Sed notandum eſt, ne credamus vitiari eo caſu ſupradictam regulam ex *l. Seja*, *de evict.* heredem fidejuſſoris, qui controverſiam facit emptori, jure proprio poſſe repelli exceptione doli mali, quod teneatur de evictione jure hereditario, & ita licebit uti ſuperiori regula adverſus eum: ſed ſi omiſſa fuerit ab emptore exceptio doli mali, qua potuit repelli heres fidejuſſoris, emptori ſupererit actio de evictione. Dicebam heri,
D *eum, qui auctor laudari, & conveniri de evictione poteſt, ſi emptori faciat controverſiam, poſſe repelli exceptione doli mali*, & huic regulæ locum eſſe etiam in ſpecie *l. ult. h. t.* ex eo quæri poteſt, an etiam eidem regulæ ſit locus in ſpecie *l. 25. h. tit.* ſi quis ſervum quem vendidit, adſerat in libertatem: Namque eo libero pronuntiato, de evictione conveniri poteſt. *An igitur ſi eum adſerat in libertatem, repelli poteſt exceptione doli mali?* Quod puto eſſe verius, & ut in *leg. ult.* ita in *l. 25.* hoc eſſe ſupplendum, aut ſubintelligendum. Nec nos ab hac ſententia dimovere debet favor libertatis, quem objiciunt interpretes, cum repulſo iſto adſertore, per exceptionem doli mali, facile adhibito quolibet alio adſertore, ſervus in libertatem proclamare poſſit: Libertatis enim adſertio patet omnibus jure publico, quia libertas publicam tutelam meretur, *l. 2.*
E *D. ne de ſtat. defunct.* Nunc duæ reſtant leges in hoc titulo, quæ præcipue explicandæ ſunt, 21. & 27.

Ad L. XXI. Empti actio longi temporis *præſcriptione non ſubmovetur, licet poſt multa ſpatia rem evictam emptori fuerit comprobatum. Si itaque is, quem te comparaſſe commemoras, nunc in libertatem proclamet, interpellare venditorem, ſive ſucceſſorem ejus debes, ut tibi aſſiſtant, cauſamque inſtruant. Quem, ſi liberum eſſe, vel ſervum non eſſe, fuerit pronuntiatum, nec te conventione remiſiſſe periculum evictionis fuerit comprobatum: Præſes provinciæ, ſi res integra eſt, quanti tua intereſt, reſtitui tibi providebit.*

LEx 21. ait: *empti actionem, quæ de evictione competit, non tolli præſcriptione longi temporis*, quod eſt certiſſimum,

simum, quia est personalis actio, & nulla fere actio personalis perimitur præscriptione longi temporis, id est, 10. annorum inter præsentes, & 20. inter absentes, sed durat usque in tricennium. At dicimus etiam empti actionem, quæ de evictione competit, non perimi præscriptione 30. annor. si forte post tricennium contingat evictio, qua de causa dicitur esse perpetua actio, *l. minor*, §. *pen. l. si victum*, *D. eod. tit.* Et ratio hæc est, quia eo nomine actio ex empto non nascitur, antequam evictio contigerit, *l. 3. h. tit.* sicut de pigneratitia actione dicitur, quæ debitori pignoris recuperandi causa datur, non perimi eam præscriptione longi aut longissimi temporis, si nondum pecunia soluta sit, quia non nascitur ante solutionem debitæ pecuniæ, ante luitionem pignoris, & jus luendi pignoris nullo tempore circumscribitur, ut recte docuit Roger. *libro singul. de præscript.* Dices: at jus evincendi, id est, jus agendi rei vindicatione circumscribitur longo tempore, id est, decem, aut viginti annis, ut *l. 19. h. tit. l. qui alienam*, *D. eod.* Dicam, & respondebo. Verum quidem hoc esse regulariter, rei vindicationem perimi silentio longi temporis, jus evincendi perimi decennio, aut vicennio, sed quibusdam casibus etiam ultra longum tempus, ultra decem, aut 20. annos extendi vindicationem, & de iis casibus sentire hanc legem, imo loqui nominatim, ut puta, si servus, quem emi, vindicet se in libertatem, quod potest per adsertorem, & hodie sine adsertore ex constitutionibus Justiniani etiam post 20. 30. vel 40. aut 60. annos: nec enim ulla ullius temporis præscriptio libertatem abolere potest, *leg. 3. sup. de long. temp. præscript. quæ pro lib.* Vindicatio quoque pignoris in debitorem, non in extraneum possessorem, vel in heredem debitoris, vel in posteriorem creditorem extenditur usque ad 40. annos, *l. cum notissimi, sup. de præscript. 30. annor.* Ergo in specie *h. l.* si servus, quem emi, vindicet se in libertatem post quadraginta, aut sexaginta annos, quam emi, mihi evictionis nomine adversus venditorem competit actio ex empto in id quod interest: nec intelligitur fuisse sublata longissimo illo spatio temporis, quæ non erat nata, & eo nomine nata eo demum die est, quo servus liber pronuntiatus est. Et hæc est sententia hujus legis, & ratio. Verum addit, servo liberali judicio erepto in libertatem, emptori competere actionem ex empto, quanti ejus interest, si res integra sit: quibus verbis significari opinor, si ea actio ex empto, postquam nata est, id est, post commissam & contractam obligationem evictionis, & ereptum servum in libertatem, non sit extincta silentio triginta annorum, vel alio modo, puta transactione, vel re judicata, vel pacto. Et similem interpretationem similia verba recipiunt, si negotium integrum sit in *l. 2. sup. quor. bon. & l. 2. sup. de pact. convent.*

Ad L. XXVII. Si fundum sciens alienum, *vel obligatum comparavit Athenocles, neque quicquam de evictione convenit: quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem: Nam si ignorans, desiderio tuo juris forma negantis hoc reddi refragatur.*

SEquitur *lex* 27. ex qua notandum est, ei qui sciens emit rem alienam, vel alii obligatam, vel liberum hominem, non dari actionem de evictione, si de ea nil nominatim convenerit. Ideoque bona fides exigitur, *l. 9.* & ignorantia in emptore, *l. 18. hoc tit.* & ait hæc lex 27. si sciens emit rem alienam, vel alii obligatam, nec quicquam de evictione convenit, contra juris rationem poscit, quod eo nomine dedit, puta, si domino rem vindicanti solvit litis æstimationem, vel si creditori pigneratitio pignus vindicanti solvit debiti quantitatem: Nec enim lex loquitur de pretio, quod numeravit venditori, de quo etiam recipiendo frustra ageret, qui soluta litis æstimatione, aut quantitate debiti rem retinuit: alioquin re abducta, re evicta, dicerem eum, etiamsi sciens emerit, recte agere ad pretium recipiendum, licet nil de evictione convenerit, sed ad pretium recipiendum tantum, ne

A rem amittat, quæ evicta est, & pretium: quoniam etiamsi convenerit nominatim, ne evictio præstetur, si nominatim remissum fuerit venditori periculum evictionis, semper emptori saltem integra est re evicta repetitio pretii numerati, *l. ex empto*, §. *ult. D. de action. emp.* Et hæc omnia ita procedunt, ut posui, si nil de evictione convenerit inter venditorem & emptorem malæ fidei, id est, qui sciens emit rem alienam: Nam si convenerit de evictione, stipulatione, vel pacto, nil refert, etiam malæ fidei emptori evictionis nomine competit actio ex stipulatu, vel ex empto. Et ita est proditum in *l. si fratres, sup. comm. utriusq. judic.* Idemque est, si emptor sciens servum, quem emit, esse fugitivum, stipuletur de fuga, puta fugitivum non esse: Nam ex stipulatione actio ei competit, quoniam hoc convenit, ut ait *lex apud Celsum*,
B §. *idem Labeo*, *D. de dol. except.* Sed addit ea lex, quamvis actionem ex empto non haberet, quam tamen jam jam dicebam eum habere non minus, quam ex stipulatu actionem. Sed illo loco, *quamvis ex empto actionem non haberet*, de fuga, scilicet non interposita stipulatione, vel pacto, quia sciens emit, quam tamen bonæ fidei emptor haberet etiam omissa stipulatione, vel pacto, vel dicto, *l. 6. hoc tit.* Rursus valde obstat huic sententiæ *lex ult.* §. *emptor*, *sup. comm. de legat.* quæ ex stipulatione duplæ pro evictione ait agere non posse eum, qui sciens mala fide ab herede emit rem alii legatam, vel per fideicommissum relictam pure, vel sub conditione, nec agere ex empto propter meliorationes, sed agere tantum ex empto ad pretium recipiendum, etiamsi nil convenerit de evictione. Et quod ea lex ait, *vel*, satis significat
C *ex empto eum agere posse de pretio recuperando, etiamsi nil de evictione convenerit.* Jam admisi supra generaliter in omni emptore cujuscunque rei alienæ, vel quæ sit pro re aliena (ut ait *d.* §. *emptor*) qualis est res alii relicta testamento, vel codicillis, quam sciens relictam emerit. Quod autem ait ea lex in *d.* §. *emptor*, non esse emptori actionem in duplam, vel in id omne quod interest, propter meliorationes, si sciens emerit ab herede rem alii relictam, hoc mirum in modum pugnat cum eo, quod ante proposuimus, etiam malæ fidei emptorem agere posse de evictione ex stipulatu, vel ex empto pro evictione, si de ea convenerit. Et tamen ille §. *emptor* ait, non posse agi ex stipulatione duplæ, si sciens emerit rem alii relictam. Sed Accursius recte notavit hoc loco, etiamsi rationem omisit, id esse singulare in eo casu §. *emptor*, ut
D qui sciens emit ab herede rem alii legatam, non agat de evictione, vel ex stipulatione duplæ, quam interposuit, vel ex empto in id quod interest, sed ut tantum desideret recte ab herede sibi reddi simplam pretii, quod pernumeravit. Et cur id sit singulare in illo casu, ratio hæc est, ne quis sciens temere accedat ad emptionem, quæ fit contra judicium, & ultimam voluntatem defuncti, quæ est religiosissime conservanda: Nam (quod valde rem confirmat) & in eo casu hoc etiam singulare est, ea ratione, ut is qui bona fide emit ab herede rem alii legatam, non possit eam usucapere contra voluntatem defuncti, nec adquirere longo tempore, *d. l. ult.* §. *sin autem avaritiæ*. Restat tantum ut adnotemus, malam fidem, sive scientiam rei alienæ, quæ objicitur emptori, & potest objici variis causis & quæstionibus, quibus malæ fidei emptor
E separatur a bonæ fidei emptore, eam esse probandam indiciis certis, & jure receptis, ut ait *lex pen. h. t.* quæ notat cautionem de evictione interpositam ab emptore, non esse idoneum indicium, sive argumentum scientiæ rei alienæ. Quod tamen posset quis tentare, dicens, *Cur tibi cavisti de evictione, nisi quia sciebas rem esse alienam, quam tibi vendebat?* sed hoc indicium non est probabile, imo improbatur *l. pen.* Nec enim est certum indicium, quoniam & bonæ fidei emptores sibi cavent de evictione in omnem eventum. Differentia est inter malam fidem & dolum malum. Mala fides probatur ex indiciis scientiæ, & notitiæ cujusque, ut ait *lex pen.* Dolus probatur ex insidiis, sic est legendum in *l. dolum, sup. de dol. Dolum ex insidiis perspicuis probari.* Nam & ita legunt Basilica: ἀπὸ

ἐπιβουλῶν προσφανεσθέντων: sic etiam legit, qui fecit jam olim Gallicam interpretationem totius Codicis: *ou il y a que la triche se doit prouuer pars aperts aguets*, id est, ex perspicuis insidiis, & *d. lex dolum* ita est conjungenda cum *l.metunt, sup. de iis, quæ vi met. caus.* quoniam ambæ eandem habent inscriptionem & subscriptionem, ut conjunctio earum duarum legum hoc exprimat, metum probari ex atrocitate facti: dolum autem ex perspicuis insidiis: & ita *in l.si voluntate, sup. de rescind. vendit.* Dolum emptoris argui ex calliditate ejus, & insidiis, *& l. ea quæ, §.ult. D. de contrah.empt.* In eo esse dolum, qui insidiose dissimulat. Et doli nomine etiam quid aliud, quam insidiæ, significatur, ut illo loco: *Dolus, an virtus quis in hoste requirat*, id est, *insidiæ*. Et Psalmo 33. *Labia tua ne loquantur dolum*, D. Cyprianus vertit, *Labia tua ne loquantur insidiose*. Et 49. *Lingua tua concinnavit dolos*, Idem vertit, *Lingua tua complectebatur insidias*.

AD TITULUM XLV.

CREDITOREM EVICTIONEM PIGNORIS NON DEBERE.

SUPERERAT de evictionibus hæc quæstio, cui proprie hic titulus dicatus est, an creditor, qui pignus vendidit, teneatur de evictione: & in ea ita distingui solet: aut creditor pignus vendidit jure communi, aut jure creditoris, & pignoris lege. Priore casu, si pignus veniit jure communi, id est, si cavit de evictione, ut solent venditores, proculdubio tenetur de evictione, quam si præstiterit emptori pignoris, debitor tanquam non liberatus (quod patefecit evictio) creditori tenetur actione creditæ pecuniæ, vel contraria actione pigneratitia, quod appareat, eum rem alienam pignori obligasse, quæ postea a domino evicta sit. Evictio prodit obligationem rei alienæ: & debitor, qui rem alienam obligat sciens, vel ignorans, & pignori ponit, tenetur creditori contraria actione pigneratitia, *l.tutor, §.1. l.cum debitore, D de pigner. act.* Verum quid creditor consequetur, qui evictionem præstitit emptori pignoris, quam caverat? quid, inquam, consequetur a debitore per contrariam pigneratitiam actionem? Et ita distinguendum est: Aut creditor pro evictione cavit, & præstitit duplam, aut simplam. Si cavit, & præstitit duplam, per contrariam actionem pigneratitiam a debitore creditor consequitur duplam, quam præstitit, si modo aliter tanti, quanti vendidit, pignus vendere non potuit, quam promissa dupla, nullo invento emptore, qui non vellet sibi de dupla caveri: Nam si etiam dupla non promissa alii tanto pignus vendere potuit creditor, per contrariam actionem pigneratitiam non consequetur duplam, quam imprudenter cavit, & deinde præstitit, sed consequetur tantum quantitatem debiti, quia culpæ suæ & imprudentiæ adscribere debet, quod duplam promisit, cum alteri potuisset tanto vendere, etiam non cauta dupla. Ceterum & hoc casu præter debiti quantitatem per eandem actionem, si debitum usurarium fuerit, consequetur creditor a debitore usuras medii temporis, licet creditor videatur fruitus pretio pignoris medio tempore, id est, a die venditionis rei pigneratæ in diem evictionis, quia effectu & reipsa sane non potest intelligi creditor usus vel fruitus pretio interim ante evictionem, qui altero tanto amplius præstitit emptori evictionis nomine, id est, duplam, quam caverat, quod est pretium, & alterum tantum. Et hoc cum creditor cavit, & præstitit duplam. Quod si creditor cavit tantum simplam emptori pignoris, & præstitit, per contrariam pigneratitiam actionem, creditor a debitore consequetur debiti quantitatem tantum, non usuras medii temporis, quod nostri auctores vocant *interusurium*, optima ratione: quia hoc casu verissimum est, creditorem medio tempore pretio usum & fruitum fuisse, qui hic simplam tantum præstitit evictionis nomine. Et hæc omnia proponuntur, quantumvis licet concise & obscure, A *l.si pignore, §.ult. & l.seq. D.de pigner. act.* Et hactenus de creditore, qui pignus vendidit jure communi, ad quem respiciunt hæc verba *legis 1. h. tit. nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit creditore*, vendente scilicet jure communi. Ad eum etiam pertinent hæc verba *leg.2. si cum vendidit, de evictione rei promisit*, id est, *si vendidit jure communi*. Nunc tractemus de creditore, qui pignus vendidit jure creditoris, & pignoris lege. Si creditor jure suo pignus vendiderit, & lege pignoris, id est, non promissa evictione stipulanti emptori, non tenetur de evictione, non debet evictionem, ut nec ad pretium restituendum teneatur emptori, præterquam uno casu, si dolo malo sciens rem esse alienam, vel sibi non obligatam, veluti jure pignoris vendiderit, qui casus proponitur in *l.2. h.tit. & in l.ex empto, §.sententiam, D.de act. emp.* quo B casu & creditori non est regressus ad contrariam actionem pigneratitiam in debitorem, qui jam liberatus est, *l.tutor, §.pen. D. de pigner. act.* ne ex dolo suo actionem consequatur, *l.itaque, D.de furt.* Excepto hoc casu, creditor, qui jure suo, id est, non promissa evictione pignus vendidit, proculdubio non tenetur de evictione emptori pignoris, sed debitor ipse eo nomine re evicta tenetur emptori utili actione ex empto, quasi ipse vendidisse eam rem videatur, qui ejus venditionem permisit creditori, ne alioquin cum damno emptoris debitor sibi liberationem adquirat, ut in *l. rescriptum, §.1. D.de distract.pign.* Et emptori debitor tenetur evictionis nomine utili ex empto, sicut diximus, non in id omne quod interest, ut definit Accurs. & probant omnes, puta, non ut reddat emptori meliorationes, sed ut tantum ei reddat pretium, & C usuras pretii, fructibus compensatis, quos ex ea re emptor percepit, idque exemplo & argumento *legis si olus, §.1. ff. de evict.* Re autem non evicta, quam vendidit creditor jure pignoris, debitor tenetur domino ejus rei pretii nomine, quo liberatus est utili actione negotiorum, si dominus ratam venditionem faciat: nam ratihabitio facit quod retrotrahatur, ut videatur dominus gessisse negotium debitoris, & liberasse debitorem pretio rei suæ, quod etiam significat *d. l. rescript. §.1.* Quantum ergo attinet ad emptorem pignoris, & ad dominum pignoris, debitor manet obligatus: sed quantum ad creditorem suum debitor liberatus est ex pretio pignoris, & ejus fidejussor, sive mandator, *d. l.rescript. & l. si mandato Titii, §.credit. D. mandat.* quia creditor ex pretio pignoris, debitum consecutus est, & emptori non tenetur (ut diximus) actione D ex empto pro evictione, sed in hoc tantum tenetur emptori actione ex empto, in quo nil dispendii facit, ut cedat emptori contrariam pigneratitiam actionem adversus debitorem, *l. in creditorem, ff.de evict.* siquidem emptor malit eam actionem sibi cedi, si malit ea actione, id est, contraria pigneratitia sibi cessa a creditore, eodemque venditore pignoris experiri, & uti, quam utili ex empto, quod ex cessione habeamus directam actionem, non utilem, *l.ex legato, sup.de legat.* Et melior sive facilior est directa actio contraria pigneratia, quam alia actio utilis: Et ideo emptori desideranti creditorem sibi cedere contrariam pigneratitiam actionem in debitorem, creditor morem gerere debet, quia sine ullo suo dispendio hoc est facturus, qui jam non indiget illa actione, quia jam suum est consecutus firmo jure, & nihilominus taE men intelligitur habere eam actionem, id est, quamvis perceperit debitum, nihilominus intelligitur habere eam actionem, id est, contrariam pigneratitiam, ut eam cedat postulanti emptori, non ut ea ipse utatur, quia percepto debito, nil ejus interest aliud, quam ut habeat eam actionem, ut non ei auferatur ea actio, quo scilicet possit eam cedere postulanti emptori pignoris, ut *l.eum is, in fi. ff. de fidejuss.* quæ subtilitas est valde notanda, ut habeam actionem, quia potest alter postulare, ut ei eam cedam, non contra, ut possit alter postulare, ut sibi cedam actionem, quam habeo, ut recte monet glossa *d.l.cum is*. Ad hæc notandum est, adeo veram esse regulam, quam statuimus titulo superiori, ut venditor, qui de evictione tenetur, non possit emptori facere controversiam, ut nec venditor,

qui

qui de evictione non tenetur idem possit: ut creditor, qui pignus lege pignoris vendidit, licet non teneatur emptori de evictione, tamen ex alia causa non potest emptori facere controversiam, & rem evincere, ne mutet factum suum, ne infringat quod ipse fecit. Et ideo si creditor, qui pignus vendidit lege pignoris, postea in jus & nomen successerit alterius creditoris, cui eadem res erat pignerata, non potest emptori facere controversiam ex persona defuncti creditoris, cui successit. Et hoc verissimum est, non tantum si is, qui pignus vendidit, fuit in eo pignore antiquior & potior, quo casu res est extra omnem dubitationem, sed etiam si is, qui pignus vendidit, in eo fuerit inferior & infirmior, potior autem defunctus privilegio temporis, quia etiamsi creditor, qui pignus vendidit, in eo non fuerit potior, sive prior, tamen semper emptori præstare debet, se potiorem esse ceteris omnibus, & hoc solum cum suo dispendio, & cessione (ut diximus) contrariæ pigneratitiæ, si eam postulaverit emptor, quæ fit sine ullo dispendio suo. Et hæc est sententia *legis 1. h. tit. & l. etsi is, ff. de distr. pignor.* Et nil refert (ut ostendit etiam hæc lex 1.) quis fuerit creditor, qui pignus vendidit, fiscus, an privatus? Nam in pignoribus, & hypothecis nulla est differentia inter privatum creditorem, & fiscum, quia neque fiscus, neque privatus creditor in hypothecis ullum habet privilegium, nisi ex tempore antiquiore, quo fuerit contracta hypotheca, *l. si pignus, D. qui potior. in pignor. hab. l. 2. sup. de privilegio fisc.*

AD TITULUM XLVI.

DE PATRIA POTESTATE.

SUPERIORIBUS libris, & tit. hoc semper egit conditor hujus Codicis jam inde a parte fere media libri tertii, ut varias actiones proponeret in rem, & in personam, quæ de proprietate, vel de possess. vel de jure pignoris, vel de statu hominis in judicio civiliter instituuntur: & varias exceptiones, quæ actionibus subjici solent, & quasi quædam actiones sunt. Ac deinde generalem actionem ex stipulatu, quæ etiam omnibus actionibus subjicitur, & subservit: nullum enim fere negotium geritur, in quo contrahentes non subjiciant stipulationem, quare eam appello πανδέκτην, quod omnia negotia in se recipiat. Et his quidem peractis, atque præstitis, quia supra libro septimo tractans de statu personarum, de eo tantum præjudicio, eave tantum actione præjudiciali egit, qua quæritur an aliquis liber, an libertus sit: illud vero præjudicium prætermisit, id est, illam præjudicialem actionem, qua quæritur an aliquis *filiusfamilias sit*, id est, in potestate patris, vel avi: ideo nunc, ut de ea tractet, dat hunc titulum de patria potestate, & statim *l. 1.* agit de præjudicio, quo pater filium in sua potestate esse adserit, ut *l. 1. §. per hanc, D. de rei vind.* ait liberos, qui in nostra potestate sunt, peti *præjudiciis*, id est, præjudicialibus actionibus, quæ (ut est *in §. præjudiciales, Instit. de action.*) in rem actiones esse videntur, non sunt in rem actiones, sed in rem esse videntur, id est, veluti proprietatis causam continent, ut cum *ago filium meum esse*, vel *servum meum esse*, vel *libertum meum esse*: quia ago meum esse, quodammodo me dominum esse ajo, id est, quasi proprietarium, sicut interdictum de liberis exhibendis, quo etiam petuntur liberi, qui sunt in nostra potestate, dicitur veluti proprietatis causam continere, *l. 2. §. quædam, D. de interd.* Igitur patria potestas est quasi proprietas, quam patres jure civili habent in liberos suos juste procreatos. Non dico *proprietas*, sed *quasi proprietas*: non *dominium*, quod idem est, sed *quasi dominium*: Nam in dominio esse non possunt parentum, qui liberi homines sunt, sed intelliguntur esse in quasi dominio, quod patriam potestatem appellamus: & dico *jure civili*: nam hoc jus est proprium civium Romanorum: nam cum dicimus jus civile, intelligimus Romanorum: & hoc jus patriæ potestatis est proprium civium Romanorum, *l. 3.*

A *D. de his qui sunt sui, vel al. jur.* & Boetius in Topic. Cicer. *Civitatis Romanæ jure liberos retineri in patrum arbitrio.* Et dicitur hoc jus esse proprium civium Romanorum, non quod aliæ gentes non habeant etiam potestatem in liberos suos, sed ut est *Instit. eod. tit.* quod non habeant *talem*, *qualem cives Romani*: Non enim omnes gentes habent in liberos suos potestatem vitæ, necisque, ut cives Romani in servos suos omnes peræque habent potestatem vitæ necisque, ut ait *lex 1. D. de his qui sunt sui.* Ideoque potestas in servos dicitur esse jurisgentium: at potestas in filios est juris civilis, non jurisgentium. Et quod ait illo loco (*talem*) respicit quasi facta comparatione ad excellentiam, & præstantiam patriæ potestatis civium Roman. cujus jura, & effectus magni sunt, & multiplices, de quibus dicam postquam absolvero, quod B instirui de præjudicio, de quo agitur *in l. 1.*

Ad L. I. Si filium tuum *in potestate tua esse dicis: præses provinciæ æstimabit, an audire te debeat: cum diu passus sis, ut patrisfamil. res ejus agi per eos, qui testamento matris tutores nominati fuerunt.*

LEX prima est de præjudicio, quo pater filium suum esse petit: *suum*, id est, in sua potestate: in quo lex ait *patrem non audiri, si diu passus sit filium res suas, quas habuit a matre, agere per tutores a matre datos, & ut necesse est, confirmatos a prætore.* Pono habuisse res a matre, alioquin a matre dati tutores non confirmarentur: nec enim confirmantur nominati a matre verius, quam dati, quia datio per se non valet, nisi filium instituerit, quæ tutores C nominaverat, *l. pater, D. de testam. tut.* pater vero, qui hoc passus est, quod dixi, quodque lex 1. proponit, præsumitur eum filium emancipasse, & patremfamilias effecisse, ut in *l. post mortem, D. de adopt. & in Novella Leonis 25.* & ideo non recte agit præjudicio, quo intendit *filium suum esse*, id est, in sua potestate, cum præsumatur sui juris fuisse eum, quem diu passus est agere sub tutoribus, & administrare bona profecta a matre, quia non nisi paterfamilias, id est, qui sui juris est, res proprias, & tutores habere potest, filiifamilias non habent tutores, aut res proprias. Tutela est potestas in capite libero, id est, in homine sui juris, in patre, aut matrefamil. non in filio aut filiafamilias: quinimo tutela finitur adrogatione pupilli, i. si pupillus ex patref. fiat filiusfa. *l. si adrogati, ff. de tutel.*

D Ad L. pen. Nec filium negare *cuiquam esse liberum, Senatusconsulta de partu agnoscendo, ac denuntiata pœna, item præjudicium edicto perpetuo propositum, & remedium alimentorum apud præsidem majori trimo petenti, nomine ejus monstratum, jure manifesto declarant.*

EST etiam lex pen. hujus tit. de præjudicio, id est, de actione præjudiciali, de partu, seu filio agnoscendo: qua de re ait facta esse Senatusconsulta, nempe Senatusconsultum Plancianum, & aliud Senatusc. temporibus Adriani Imp. ut ait *l. 1. §. 1. de liber. agn.* Et addit ead. *l. pen.* Senatusc. pœnam fuisse impositam denuntiato. Nam vulgo *in l. pen.* corrupte legitur (*denuntiata pœna*) cum sit scribendum (*ac denuntiati pœna*) ut patet ex *l. 1. §. pœna, D. eod. tit.* hoc quid sit brevi expo-E nam. Si mulier post divortium, vel etiam constante matrimonio, denuntiet viro paululum ab ea forte alienato, se ex eo esse prægnantem, & vir, qui denuntiatus est, non miserit custodes ad custodiendum partum, sive ventrem, vel non contra contestatus sit eam ex se non esse prægnantem, quia hæc omisit denuntiatus, ut sic vocat etiam *l. venditor, D. de judic.* editum partum omnimodo cogitur agnoscere, vel si nolit, extra ordinem, in corpus scilicet coercetur, & tandem cogitur agnoscere, *d. §. pœna.* Et hæc est pœna denuntiati, non pœna denuntiata. Item ait *l. pen.* edicto prætoris esse propositum præjudicium, quo pater filium cogitur agnoscere, qui probatur esse filius ejus: & præterea datum esse remedium, quo ii, qui dicuntur esse filii, extra ordinem, per con-

consulem, aut præsidem, quo recens nato, vel potius filio majori trimo, ut ait *l. pen.* alimenta, & cetera subsidia vitæ decernuntur, aliquo petente nomine ejus, ut ait *l.* 5. cum ipse non possit petere. Et de eo decreto alimentorum est tota *l.* 5. *ff. de liber. agn.* hoc igitur remedio extraordinario per magistratum filio, qui dicitur *majori trimo*, alimenta decernuntur, & cetera onera. Et ait *l. majori trimo*, id est, *recen. lacte depulso*, quia non ante triennium solent infantes mamma depelli, *ut* 2. *Mach. capit.* 7. sic mater loquitur ad filium, υἱὲ ἐλέησόν με, &c. *Miserere*, inquit, *mei fili, quæ te genui, & te gestavi 9. mens. in utero, & lacte meo nutrivi tribus annis*. Igitur post triennium statim alimenta ei, qui filius dicitur decernuntur ex bonis patris. Et ex iis omnibus, quæ proposuit *lex pen.* facta esse Senatusconsulta de partu agnoscendo, pœnam indictam denuntiato, a prætore propositam actionem præjudicialem de partu agnoscendo; decreta interponi de alendo filio majori trimo sumptibus patris: ex his omnibus *lex pen.* colligit, & hic est finis legis, qui non animadvertitur, *Neminem posse negare, filium suum esse eum, qui filius suus est*. Quid hoc est? id est, *non posse abdicare filium suum*: Nam *abdicare* est negare filium, dicere non esse filium. Itaque quod ait *l.* 6. *h. tit.* abdicationem filiorum, qua Græci utebantur, jure Romano non comprobari, hoc supradictis arg. probat *lex pen.* Abdicationem quidem, ut historiæ clamant, & significat *l.* 6. usurpabant quandoque cives Romani: sed more Græco, ut ait *l.* 6. non jure Rom. more peregrino, non proprio, non jure Rom. quo non fuit comprobata abdicatio, sed tantum exheredatio filii, quæ tamen eodem nomine sæpissime in Basil. appellatur *abdicatio*. Abdicatio vocatur ἀποκήρυξις, ut ait *l.* 6. *h. tit.* Idem nomen tribuitur exheredationi frequenter in Basil. Est igitur commune nomen abdicationis, & exheredationis, sed in re ipsa hæc duo multum inter se distant: Nam abdicatio vivo patre effectum habuit, exheredatio post mortem patris demum: abdicatio fit inter vivos, exheredatio testamento tantum, non codicillis, §. *codicillis, Instit. de Codic.* Codicillis non datur hereditas, id est, non instituitur heres, & non adimitur hereditas, id est, non scribitur exheredatio. Abdicatio (quo verbo utitur) *l.* 6. alienat filium, id est, extraneum facit: exheredatio extraneum non facit, sed aufert tantum jus hereditatis filio: cetera jura filii ei relinquit, ut jura sepulchrorum, jura participandi lucra nuptialia profecta a matre, & alia pleraque, *l.* 9. §. *si filium, D. de liber. & post.* Utraque tamen & exheredatio, & abdicatio est plerunque nota quædam filii, ut indicat *l. multi, D. de liber. & post.* utraque est *fulmen patrum*: sic de abdicatione loquitur Quintilian. Declam. 259. & referam verba emendata, quæ vulgo sunt depravata: *Fulmen istud patrum*, inquit, *datum est adversus ferociam adolescentiæ, adversus filios. Filiam abdicare non decet; potius filios, qui plus peccare possunt: filia vero vix nutricum minas tulerit, vel eorum, a quibus educatur tristitiam*: sic ille auctor demonstrat non decere abdicationem filiarum, filiorum satis decere. Sed (ut diximus ex *l.* 6. & *l. pen.*) abdicatio non est probata jure civili, exheredatio probata est, & est hæc una pars patriæ potestatis, ut liceat patri testamento filium exheredare, *l. in suis, D. de lib. & post. l. quidam, D. de verb. obligat.* meritis de causis, ut ait *lex cum ratio, D. de bon. damnat.* alioquin testamentum, in quo filius immerito exheredatus est, puta, non ingratus, rescinditur per querelam inofficiosi testamenti: nec mirum inquit *lex in suis*, si patri liceat filium exheredare, quem etiam olim ei licebat occidere, quod etiam est proditum in *l. ult. h. tit.* licuit autem olim occidere lege Regia. Et hoc est, quod Cedrenus scribit, *lege Romuli liberos patribus* ὑπηκόους ἐν οἰκετῶν μοίρᾳ, *subjectos esse servorum vice*, quod in eos sit patribus jus vitæ necisque, & lege Julia etiam licet occidere filiam patri, quam habet in potestate, deprehensam in adulterio non solam, sed cum adultero, sicut nec adulterum solum sine filia, *l. patre, D. ad leg. Jul. de adult.* quod ideo lex Julia permittit pa-

A tri, ut occidat utrumque, non tam ut occidat, quam ut ne occidat quemquam, quia non potest alterum sine altero, & est verisimile eum non esse occisurum filiam, & propter filiam igitur parciturum adultero, aut si nolit ei parcere, nec filiæ parcat igitur. Ac simili ratione Aristoteles *in fine* 8. *Eth.* abdicationem filiorum facile posse permitti, quod vix aut raro patres sint abdicaturi filios suos. Et de hoc jure occidendi filii, eleganter ita scriptum est in fragmentis Papiniani, libro singul. de adulter. *Cum patri*, inquit, *lex Regia dederit in filium vitæ necisque potestatem, quo bonum fuit lege Julia comprehendi, ut potestas fieret etiam filiam occidendi?* Nunquid ex contrario nobis argumentum præstat hæc adjectio; non ut videatur lex non habenti dedisse, sed ut videatur majori æquitate ductus adulterum occidisse, cum nec filiæ

B pepercerit. Et jus hoc, sive summa hæc pars patriæ potestatis, quæ consistit in jure vitæ necisque, diu mansit in usu. Et observandum in *lege Pompeja de parricid.* contineri matrem, quæ filiam necasset, sed patris, qui filium necasset, nullam mentionem fieri, quia scilicet id patri licebat. Dicebam patriam potestatem esse juris civilis Populi Romani, qualem scilicet patribus leges Romanæ permittunt: potestatem herilem esse juris gentium, quod omnes peræque gentes habeant in servos jus vitæ necisque, non item in liberos suos: Romani etiam in liberos ex justis nuptiis procreatos, & aliæ quædam gentes: ut Gallos idem jus habuisse Cæsar scribit, sed non æque omnes gentes. Et quod traditur ex Aristotele in Politicis, Persas idem habuisse, id Aristoteles nullo Politicorum loco scripsit: in Ethicis ad Nicomachum

C est aliquid tale, sed nec omnino tale, lib. 8. Et quod etiam traditur, Indos habuisse, vel habere, & Hebræos, & legem Dei omnipotentis nominatim patri, & matri porrexisse gladium, aut jus dedisse summum vitæ necisque, hoc quoque nusquam invenies, sed eis legem Dei permisisse tantum accusationem, & delationem ad judicem filii male morigeri, aut dissoluti, & ab eis correpti frustra sæpius, ut ea perlata mox populus irrueret in filium talem, & eum oneraret lapidibus, *Deuteronomii* 21. fortassis ipsis parentibus inchoantibus lapidationem, sicut ejusdem libri *cap.* 13. & 17. cautum est, ut accusatores, delatores, testesque in rerum, quem peregerint primi jactent lapides, ut etiam fecisse legimus testes productos in D. Stephanum, *Actor.* 7. Porro vitæ necisque potestatem lege Regia datam civibus Romanis in libe-

D ros suo juri subjectos diu tenuisse Romanos, probavi ex Papiniani libro singulari *de adult.* puta tenuisse eo tempore, quo Augustus tulit legem Juliam de pudicitia. Idemque probavi argumento *legis Pompejæ, de parricid.* quæ teneri matrem, quæ filium occidit, patris non meminit, *l.* 1. *D. de leg. Pomp. de parricid.* Sed non nego, postea eam potestatem valde fuisse accisam, fractam, debilitatam: Nam ut postea in servos supra modum, & sine causa legibus cognita sævire non licuit, *l.* 1. *D. de his qui sunt sui, vel alien. jur.* ita nec in suos filios. Et notandum, quod ait Cajus in *d. l.* 1. quod translatum etiam est in Institut. *hoc tempore in servos supra modum, & sine causa legibus cognita dominis sævire non licere*, hoc tempore, id est, Adriani & Antonini Pii Impp. quo Cajus de jure scripsit, & respondit: & nominatim de Adriano

E testatus est Spartianus his verbis: *servos a dominis vetuit occidi, jussitque damnari per judices si digni essent*. Et refertur *l.* 2. *ejusdem tit.* eundem Adrianum Umbriciam quandam mulierem (vel ut alii habent, Umbram, quod demonstrat, nomen id non esse proprium mulieris, sed nationis in Italia, ex qua dicuntur Umbri & Umbrici *apud Stephanum in verbo* Ουμβρικός) Eam, inquam, mulierem D. Adrianum in quinquennium relegasse, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset. Sic igitur D. Adrianus, potestatem herilem rescidit magna ex parte. Idem eundem Adrianum effecisse de patria potestate ostendit *l. Divus, ff. de leg. Pomp. de parricid.* in qua ostenditur D. Adrianum patrem in insulam deportasse, qui se pro prædone egerat, & grassatore erga fi-

lium

lium, quamvis infamem adulterii in novercam, quia eum secum duxerat in venationem, & sub specie venandi in sylva necaverat, & hanc solam prædam egerat, quia, inquit, necaverat, prædonis modo, *en voleur*, non patris jure, quod infinitis distat intervallis ab illo more pravo, & nefario. Et ut subjicit eleganter ea lex, *Patria potestas in pietate, non in atrocitate consistit*, id est, *non est acerbe exercenda*, ut ait *l. 1. in fin. ff. de liber. exhib. l. 1. infr. de emend. propinq.* non est exercenda illegitime, non malitiose, non atrociter. Pietas jure & ordine regitur, nec quidquam agit, nisi causa cognita, & de consilii sententia. Atrocitas neque legem habet, nec modum ullum; pietas nil est aliud, quam moderatio & lenitas. Atrocitas nil aliud est, quam malitia, & Rufinus eleganter in symbolum, *Occidere*, inquit, *hominem non semper est criminosum, sed malitiæ, non legibus occidere, criminosum*. Et observandum in *d. l. Divus*. Jurisconsultus cum potuisset uti hac ratione, quia debuit pater pœnam inferre filio publice infami in novercam propter exemplum, quod omnis pœna non tam ad delictum, quam ad exemplum pertineat: tamen hanc rationem omisit, quasi remotiorem (Et vero etiam nobis est omittenda, aut non arcersenda) & usus est ratione proximiore, & summa, quod patria potestas consistat in pietate, non in atrocitate. Et puto ad eandem speciem filii infamis in novercam respexisse Ulpianum in *l. 2. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* dum ait, patrem inauditum filium occidere non posse, quoniam ea lex est *ex lib. 1. de adulter.* Et hoc igitur vult, ut filium infamem adulterii in novercam inauditum, id est, cujus defensiones judex non audierit, pater non possit occidere. Sed si res sit de adulterio admisso in novercam vel si quæ alia res, quæ graviorem animadversionem desideret, nec castigationibus patris locum det filius, tum pater eum debeat accusare, & perducere ad jus ordinarium, id est, ad præfectum urbi, vel præsidem provinciæ, ut audiatur, & causa cognita puniatur, prout ipsemet pater puniendum eum esse judici dictaverit: qui locus est singularis in *l. 3. h. tit.* ut judex in filium male moratum statuat quod pater ipse dictavit, nec acerbius quicquam, vel mitius, qui ordo congruit fere cum suprad. capite *Deut. 21.* Et facit *lex 1. §. 1. ff. de obseq. parent. præst. lex propter, infr. de iis, qui accus. poss.* Ut ergo more Græco usurpato etiam a Romanis, erat quædam *abdicationis actio*, nec licebat patri filium non auditum abdicare, non narrata judici, & probata causa, non data filio respondendi potestate, ut sæpe Fabius docet *in declam.* Ita nec patri filium indicta causa, & sine judice occidere, & atrocius in eum animadvertere licet: judicium & actio præcedit abdicationem & supplicium filii: qua in re etiam exheredatio differt ab abdicatione, præter ea, quæ notavi ultima recitatione, quoniam exheredationem sequitur, non præcedit actio de inofficiosa exheredatione, id est, querela inofficiosi testamenti. Et ex iis quidem intelligimus quid sit, quod ait *lex ult. h. tit.* Patribus jus vitæ in liberos, necisque potestatem olim fuisse permissam, *& l. in suis, ff. de liber. & postum.* quod eos occidere licebat, quia scilicet hodie idem patribus non licet, nec talis hodie patribus permissa est potestas, & tamen ait *l. ult.* quamvis olim liceret patribus filios occidere, tamen olim nunquam licuit patribus filiis eripere libertatem, id est, filios servos suos, vel alienos facere: quo argumento rectissime lex ostendit, majores plurimum favisse libertati, aut plus libertati pepercisse, quam vitæ, quia jus occidendi filii permittebant patri, non jus eripiendæ libertatis: jus eripiendæ vitæ, non eripiendæ libertatis: & hoc est verissimum. Nec obstat quod vendere patri filios licebat, ut constat omnibus, & licet etiam hodie in casu *l. 2. sup. de patrib. qui fil. distrax.* propter famis necessitatem, ut puero recens nato (de quo solo loquitur *l. 2.*) non desit educator. Nam venditio hujusmodi videtur fecisse servum: cui igitur licet vendere, ei licere facere servum. Sed dico genere venditionis patrem filium ex potestate sua dimittere, non etiam ei adimere libertatem, sive ingenuitatem, ut scribit Marc. Tull. circa finem orationis

A *pro Cæcinna*: quapropter venditio filii, quam fecit pater, tanquam nulla, aut quæ nullum præjudicium adferat ingenuitati, a quolibet rescindi potest; a venditore vel a filio ipso, vel ab extraneo quolibet, quoniam publica est tutela libertatis, & publica causa, *l. si quis rogatus ff. de fideic. libert. l. 2. ff. ne de stat. defunct.* Denique ea venditio a quolibet rescindi potest restituto pretio emptori, *d. l. 2. & Nov. Valent. de parent. qui fil. distrax.* Constat etiam, quod patri licebat filium vendere per æs & libram, quæ est venditio imaginaria, non vera, ut eo genere filius fieret sui juris, & paterfam. Et eodem modo, id est, per imaginem & umbram licebat patri vendere filium, ut per adoptionem transiret in aliam potestatem. Sed ut apparet, hæ etiam venditiones nil præjudicabant libertati. Et falsa igitur collectio est: potest vendere, ergo redigere in servitutem. Nec omittam,

B quod de isto occidendi, & vendendi jure scribit Simplicius in Enchirid. Epicteti, quia utitur auctoritate legum nostrarum in hanc fere sententiam; *leges veteres Roman. ob rationem majestatis & excellentiæ paternæ, & laborum, quos pro liberis sustinent patres, & quo magis filios patriæ potestati subjicerent, & ut existimo, confidentiam habentes in naturali affectione & pietate paterna, vendere si vellent filios patribus permiserunt, & occidere impune*. Sed sunt etiam aliæ partes patriæ potestatis, præter abdicationem, exheredationem, jus vitæ necisque; *Jus promercii*: nam quiquid adquirunt filii, patri adquirunt, in cujus potestate sunt, exceptis certis rebus, veluti castrensibus, aut quasi castrensibus. Et quamvis propter vinculum patriæ potestatis unus videatur esse homo pater & fi-

C lius, & filius vivo patre, quasi quodammodo dominus bonorum paternorum, tamen eminet semper, atque præcellit dominatio, & majestas patris, ut nec alienare filius quidquam possit, nec pignori obligare, *l. 2. & 3. hoc tit. l. 4. sup. si alien. res pign. dat. sit, l. 2. inf. de castr. pec. mil. lib. 12.* Eodem jure potest pater filiis impuberibus tutores dare, potest eisdem facere testamentum, sive substitutionem pupillarem in hunc casum, *si post mortem patris moriantur impuberes*, non possunt filiifamil. aut filiæfamil. contrahere justas nuptias sine consensu patris: non possunt delatam hereditatem adire sine jussu patris. Hæc sunt fere omnia jura patriæ potestatis, de quibus est *hic titulus*, & potissimum de præjudiciis, sive actionibus præjudicialibus, quibus adserimus patriam potestatem, vel agnoscimus. Et una est tantum lex fugitiva in hoc titu-

D lo, *lex 4.* quia non est de patre, sed de matre, quæ non habet potestatem in filios, non habet jus familiæ, *l. ubi, sup. de suis & legit. liber. l. nulla femina, D. de su. & legit. hered.* sed de ea lege tractabitur *in tit. de emendat. propinq.* Illud non omittam, cum *l. 8. hoc tit.* quæ vult, ut filius procreatus ex justis nuptiis, non tantum sit in potestate patris ingenui, sed etiam libertini, esse conjungendam *l. 7. sup. de su. & legit. lib.* quoniam, ut supradictum est, utriusque est eadem inscriptio & consequentia sermonis aperta, quod & illa *l. 7.* dicat, non minus libertinos posse habere suos heredes, quam ingenuos.

E

AD TITULUM XLVII.
DE ADOPTIONIBUS.

HIC titulus est etiam de patria potestate, quia non tantum beneficio naturæ, & procreationis ex justis nuptiis, sed etiam beneficio adoptionis patria potestas adquiritur. Adoptio est imago naturæ, *l. filio, quem pater, D. de liber. & postum.* Adoptio est civilis quædam & simulata ratio quærendorum liberorum, qui in nostra potestate sint, perinde atque liberi procreati ex justis nuptiis: vel adoptio est actus legitimus, quo quis patremfamilias, vel filiumfamil. non contradicentem auctore patre naturali sibi

li ſibi adſerit in locum filii, vel nepotis naturalis, & legitimi. Dico filiumfamil. non contradicentem, ex *l. pen.* §. *cum enim tanta*, *& l. ult. h. tit. & l. in adoptionibus*, *D. eod.* Dico *ſibi adſerit*, ut Statius Papinius de Cæſare.

Qui feſſus bellis adſertæ munere prolis,
Primus iter noſtris oſtendit in æthera divis.

Id eſt, *adoptivæ prolis*. Dico, *quo quis patremfam.* quæ proprie dicitur adrogatio: *quo filiumfam.* quæ commune nomen fecit ſuum, & *adoptio* dicitur. Adrogatio fit auctore ſeipſo, adoptio auctore patre. Adrogatio hodie per principem: adoptio per magiſtratum. Et dico (*actus legitimus*) ut Theophilus initio ejuſdem tituli, *νόμιμος πρᾶξις*, *actus legitimus*. Quo ſermone dico hodie ſignificari *civilem rationem*, & ita Theophilum accepiſſe, patet ex eo, quod ſcripſit in §. *adoptivi*, *Inſtit. de exher. libe.* quoniam hodie ſublata ſunt ſolemnia adoptionis. Et ob eam rem, meo quidem judicio, in *l. actus*, *ff. de regul. jur.* inter actus legitimos, id eſt, ſolemnes, non numeratur adoptio. Jure antiquo hoc ſermone (*actus legitimus*) vel ſecundum ſententiam juris antiqui, intelligeretur actus ſolemnis: Nam & adoptio ſecundum jus antiquum fit ſolemni juris ordine, *l. 4. h. tit. l. 5. ſup. de ſuis, & legit. lib.* Et ob eam rem, quæ fit per magiſtratum adoptio, puta patre alii dante filium in adoptionem, per eum tantum, ſive apud eum tantum magiſtratum fit, apud quem eſt plena legis actio, id eſt, apud quem omnes ſolemnes actus expediri poſſunt, *l. 1. h. tit. l. 4. ff. eod. l. 3. ff. de offic. proc.* Et ſolemnitas hujus quidem adoptionis, quæ fit imperio magiſtratus, conſiſtebat in filii trina emancipatione, id eſt, trina venditione per æs & libram, & bina manumiſſione. In filiæ vero, ceterorumque liberorum emancipatione una ſine manumiſſione, ut ait *l. ult. h. tit.* Nam (ut rem aperiam diligentius) pater, in cujus poteſtate erat filius, eum vendebat per æs & libram ei, quem volebat filii ſui eſſe adoptivum patrem: Is vero emptum protinus tanquam ſervum manumittebat, & manumiſſus tamen pejore conditione erat, quam is qui vere ſervus eſt, qui manumiſſione ab omni domino liber fit. Hic, qui in imaginariam cauſam ſervitutis deducebatur venditus per æs & libram, manumiſſione non fiebat liber a patre naturali, ſed protinus redibat in ejus poteſtatem, qua venditione abſceſſerat. Deinde pater filium in ſuam poteſtatem reverſum, iterum eidem eodem modo vendebat, & manumiſſus iterum ab emptore, etiam iterum redibat in poteſtatem patris naturalis, qui mox eidem tertia vice vendebat filium, ac tum emptor eum retinebat, ut eleganter loquitur lex 2. *h. tit.* ad vicem filii naturalis & legitimi, nec amplius manumittebat. Ceteros autem liberos, quos volebat pater naturalis dare in adoptionem alii, vendebat per æs & libram ſemel dumtaxat, & emptor eos retinebat tanquam liberos ſuo juri ſubjectos, nec manumittebat: & ita explicanda eſt *lex ult. h. tit.* Solemnitas autem *adrogationis* conſiſtebat in rogando Populo Romano: Nec enim alibi, quam Romæ adrogatio fieri poterat, ut ſcribit Ulpianus *lib. reg.* & in rogando populo certis & conceptis verbis (*velitis, jubeatis Quirites, &c.*) ut apud Gellium, *& hoc curiatis comitiis fiebat*, quæ habebantur populo diſtributo in curias, non in tribus aut centurias, & adhibitis pontificibus, & lege curiata populo adprobante adrogationem. Quare *lex 2. in fine, h. tit.* ait, *Jure antiquo adrogationem fieri per populum*. Et Ulpianus ſupradicto loco, *feminas non poſſe adrogare*. Cur ita? Proxima ratio hæc eſt, quia adrogatio fit comitiis curiatis. Jure antiquo & feminæ comitiis, & publicis conſultationibus intereſſe non poterant. Qua ratione etiam pupilli adrogari non poterant, nec per tutorem quidem, qua de re ſcribenti Aulo Gellio una negatio deeſt perſpicue illo loco: *neque pupillus, neque mulier, quæ in parentis poteſtate eſt, adrogari poſſunt*, quia & mulierem, & marem, qui in parentis poteſtate eſt, certiſſimum eſt non poſſe adrogari, quoniam ſoli patresfamil. adrogantur, non qui ſunt in parentum poteſtate, ſed adoptantur auctoribus parentibus: Igitur

A legendum, *quæ in parentis poteſtate non eſt*. Verum hodie omnes hæ ſolemnitates obſoleverunt: Nam & in adoptione, quæ fit per magiſtratum acta publica ſufficiunt, nec illæ imaginariæ venditiones & manumiſſiones requiruntur, *l. ult. h. tit.* & in adrogatione ſufficit reſciptum principis, *l. 2. 6. 8. h. tit.* nec requiritur, ut ea de re legem ferat Populus curiatis comitiis. Unde ſequitur, & hodie feminas adrogari poſſe ſufficiente reſcripto principis, nec neceſſariis populi comitiis, *l. nam & feminæ, ff. eod. tit.* Et ſimiliter pupillum adrogari poſſe, quod (& hoc notandum eſt maxime) & cum adrogatio fiebat ſolemniter curiatis comitiis, D. Pius permiſit, nimirum ut fieret pupilli adrogatio in comitio abſente pupillo, qui & comitio intereſſe non poterat, per tutorem nomine pupilli tantum, non pupillæ, ut *l. hæc* B *autem, eod.* Hodie facillime fit ex reſcripto principis adrogatio & pupilli, & pupillæ, ſed cauſa cognita & probata. Tres ſunt caſus, quibus adrogatio cauſæ narrationem, & probationem requirit. Unus, ſi patronus libertum ſuum in locum filii velit adrogare, ne ſcilicet libertini temere invadant in jura ingenuorum per adrogationem, ut *l. 3. h. tit.* Alter caſus eſt, ſi femina velit adrogare aliquem in locum filii, quod ei permittitur indulgentia principis una ex cauſa tantum, ſi liberos naturales non habet, ut adrogatio ei ſit remedium fortunæ ſuæ, *l. 5. h. tit.* Et tertius caſus hic eſt, ſi quis impuberem velit adrogare; ac præterea per illam conſtitutionem D. Pii, quæ permiſit adrogationem pupilli, in adrogatione pupilli adrogator ſatiſdare debet, *ſe bona adrogati, ſi impubes deceſſerit, reſtituturum iis, ad quos ea* C *bona jure legitimo rediiſſent, ſi adrogatus non fuiſſet*. Item *adrogator, ſi pupillum emancipet ſine juſta cauſa, quem adoptavit, vel ſi eo non emancipato moriatur, adrogator facto teſtamento ei debet relinquere bonorum ſuorum quartam partem*, id eſt, legitimam portionem, *& bona reſtituere, quæ in eum adrogatus tranſtulit*, & *quæ poſtea ei adquiſivit*, *l. 2. h. tit.* Et ad hæc reſtat, ut hoc tantum adnotemus, duobus caſibus adoptione non adquiri patriam poteſtatem, id eſt, adoptionem facere filium, non filiumfam. Primus caſus eſt, ſi mulier beneficio principis aliquem adrogaverit, ut *l. 5. h. tit.* quoniam hic filius quidem eſt mulieris, ſed in familia, & poteſtate mulieris non eſt, ſuus heres mulieris non eſt ex teſtamento, vel ab inteſtato, quia mulier jus familiæ, aut ſuum heredem habere non poteſt. Viri eſt præeſſe familiæ, & ſuis jure D poteſtatis, non mulieris. Alter caſus hic eſt, ſi pater naturalis filium extraneo in adoptionem dederit, introductus a Juſtiniano in *l. pen. h. tit.* nec enim per adoptionem tranſit in familiam extranei adoptatoris, ſed remanet in familia patris naturalis: patri naturali eſt ſuus heres, & ei adquirit jure poteſtatis, in qua eſt: & uno tantum caſu adoptio ei proficit, ſi extraneus pater adoptivus inteſtatus deceſſerit: Nam hoc caſu in bonis ejus filius adoptivus datus a patre naturali habet jus ſui heredis, ut ait *lex pen.* licet ſuus non ſit, cum non ſit in poteſtate extranei adoptatoris. Alias vero nil juris habet in bonis extranei adoptatoris, nil ei adquirit, & eſt tantum nomine filius, ſive imagine, non re. Sed latius nobis explicanda eſt tota lex penult.

E Ad L. X. Cum in adoptivis filiis, *qui filiifamilias conſtituti a patribus naturalibus aliis in adoptionem dantur, antiquæ ſapientiæ incidit quædam dubitatio, ſi oporteret talem filium, qui præteritus a naturali patre fuerat, habere contra ejus teſtamentum de inofficioſo actionem (quam Papinianus quidem negat. Paulus autem ſine effectu derelinquit: Martianus vero diſtinguit, ne ex hac cauſa utriuſque patris perderet ſucceſſionem, naturalis, quidem voluntate ejus circumventus, adoptivi propter egeſtatem, quam forte habebat) & iterum aliud vitium erat exortum: ſit enim poſt patris naturalis obitum pater adoptivus per emancipationis modum jus adoptionis diſſolviſſet, nulla ſpes ei remanebat: neque enim contra patris naturalis voluntatem, quia mortis ejus tempore in aliena fuerat familia*

lia constitutus, neque contra adoptivum patrem, qui per emancipationem ejus familia exemptus est: ideo talem dubitationem resecantes, & tale vitium corrigentes, sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam, jura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus, &c.

QUærebatur inter juris auctores, an filius a patre naturali datus in adoptionem extraneo, & præteritus testamento patris naturalis, habeat querelam inofficiosi testamenti, quia querela datur exheredato, & præteritio ejus filii, qui neque est in potestate, neq; exiit potestate per emancipationem, sed per dationem in adoptionem, quia translatus est in alienam familiam, pro exheredatione habetur: emancipati præteritio pro exheredatione non habetur: quia licet exierit familia patris, non tamen abiit in alienam familiam, nec tam est extraneus patri naturali, quam is, quem pater naturalis alii dedit in adoptionem. Hanc vero quæstionem, ut Justin. narrat in h. l. Paulus proposuit quidem, sed indecisam reliquit, ut sæpe auctores scribunt videndum esse, se subsistere, & fatentur ἀμηχανίαν ingenue. At Papinianus in quæstione proposita negabat præterito, qui pro exheredato habetur, dari querelam inofficiosi testamenti. Merito, ut videtur: quia voluntate patris factus est extraneus, & extraneæ familiæ filius, ut nec patri naturali jam sit liberorum numero, quandiu est in adoptiva familia, *§. emancip. Instit. de exhered. liber.* quod obtinet etiam in Senatusconsulto Tertull. *l. 2. §. sed si quis, ff. ad Tertull.* & in Senatusconsulto Syllaniano, *l. 1. §. in eo, ff. de ad Senatusc. Syll.* Neque tamen is, quem pater naturalis dedit in adoptionem, in totum patri naturali extraneus est, quia duo saltem habet salva, quæ non haberet, si in totum esset extraneus. Primum, ut ei instituto a patre naturali, & filio forte naturali, quem habuit in potestate, aut emancipavit, præterito, præteritus committat edictum de bonorum possessione contra tabul. id est, ut aperiat ei viam veniendi simul cum præterito ad bona patris naturalis jure bonorum possessionis contra tabulas, *l. non putavit, §. in adop. D. de bonor. possess. cont. tab.* Alterum est, quod salvum habet, ut deficientibus suis & legitimis heredibus, ab intestato veniat ad bona patris naturalis ut cognatus, quia non desiit esse cognatus per bon. possess. unde cognati, ut in *§. admonendi, Instit. de hered. quæ ab intest. & l. 1. §. cognationem, ff. und. cogn. & in hac l. pen. §. neque.* Et hoc respectu, quod hic filius possit venire ut cognatus, non negaret Papinianus ei præterito testamento patris naturalis dari querelam inofficiosi testamenti, scilicet si ab intestato locus sit bonorum possessioni *Unde cognati*, ad quam ipse admittitur deficientibus puta suis & legitimis heredibus: nam & liberis cognatis, non suis, non legitimis datur querela inofficiosi testamenti, *l. postumus, ff. de inoff. test.* Sicut e contrario eadem querela datur patri naturali, si sit præteritus testamento filii in adoptionem dati, & morte adoptatoris sui juris effecti, *l. advers. eod.* At si moriente patre naturali testamento facto, & eo filio præterito, filius in adoptiva familia fuerit, nec sit locus bonorum possessioni *unde cognati*, quod extent sui, vel legitimi, neque habet bonorum possessionem contra tabul. patris naturalis, neque querelam inofficiosi testamenti, quia pro extraneo habetur, neque ab intestato vocatur inter liberos, vel inter legitimos. Et hæc de sententia Papiniani, quam inexcussam nostri relinquunt. Martianus autem in hac quæstione utebatur distinctione hac, quæ æquissima videtur. Aut filius a patre naturali datus in adoptionem, in damno & fraude versatur, ut si pater adoptivus inops sit & egenus, vel si dives eum emancipet statim post mortem patris naturalis. Et hoc casu dicebat Martianus filio succurrendum esse, ut bona patris naturalis non amittat, qui nil sperat ex bonis patris adoptivi, vel propter inopiam ejus, vel propter emancipationem, quæ illum

A bonis ejus exclusit omnino. Aut nullo in damno versatur, ut si habeat patrem adoptivum locupletem, nec ab eo emancipetur post mortem patris naturalis. Hoc vero casu nil juris eum habere (ut voluit Papinianus) in bonis patris naturalis, præter illa duo, quæ dixi ante. Tandem vero Justinianus, ut hanc quæstionem definiret in hac *l. pen.* hac usus est distinctione. Aut pater naturalis filium extraneo dedit in adoptionem: Et hoc casu pater naturalis retinet patriam potestatem, filius retinet familiam unde ortus est, & jus sui heredis in ea familia, nec præsumitur consensisse, ut transiret in familiam extranei. Extraneo autem, cui datus est in adoptionem, fit filius imaginarius, fit imaginaria & nova affectio, aut fit quasi filius in hoc tantum modo, ut ei succedat ab intestato: ceterum nil ei adquirit, neque adversus testa-
B mentum ejus præteritus habet querelam inofficiosi testamenti, vel bonorum possessionem contra tabulas, imo nec quarta ei debetur ex Senatusconf. Sabiniano, ut ait *§. quæ autem, in hac l. pen. & §. sed ea omnia, Instit. de hereditat. quæ ab intest. def.* quod rectissime exposuit Theophilus noster. Senatusconsulto Sabiniano cautum erat, ut is, cui pater naturalis ex tribus maribus filiis dedisset unum in adoptionem, omni modo cogeretur ei, quem a se separasset, pater quartam partem bonorum suorum relinquere. Sicut etiam fuit aliquid præcipuum ex eodem Senatusconf. in eo, qui unum ex tribus maribus filiis obtulisset senatui, *l. ult. inf. de decurion. lib. 10.* Sed si pater naturalis ex tribus maribus filium unum extraneo dederit in adoptionem, huic filio, quia non sequitur familiam extranei adoptatoris,
C non debetur etiam illa quarta Sabiniana in bonis illius. Aut, & hæc est altera pars distinctionis Justiniani, pater naturalis filium dedit in adoptionem alii parenti filii ipsius, puta avo filii, vel proavo paterno, aut materno, nimirum ut & natura & lege ei conjungeretur, vel coalescerent jura naturæ, & jura civilia. Hoc vero casu valet sententia Papiniani indistincte, ut scilicet filius transeat in familiam & potestatem adoptivam, in familia naturali pro extraneo habeatur, omissa distinctione Martiani, quia affectio avi, vel proavi naturalis, & genuina pietas facit, ut non vereamur, ne parens eum emancipet statim post mortem patris naturalis in fraudem, ut eum defraudet utraque successione, quia non est verisimile, ideo non utimur distinctione Martiani. Sed tamen si hoc faceret parens, si in hanc fraudem de-
D duceret nepotem, quem in locum filii adoptavit auctore patre, in cujus erat potestate, tum sequemur sententiam Martiani. Et ita est explicandus *§. si vero* hujus legis. Et postremo observandum, huic distinctioni tantum locum esse in filiis a patre datis in adoptionem: Nam in adrogatis, id est, qui vivo patre sunt emancipati a patre naturali, & vivo eodem patre se adrogandos dederunt, in iis sequemur sententiam Papiniani, ut sint penitus alieni a familia patris naturalis, & sequantur penitus familiam adrogatoris.

AD TITULUM XLVIII.

DE EMANCIPATIONIBUS LIBERORUM.

E HIC titulus est de patria potestate, non adquirenda quidem, sed resolvenda: resolvitur variis modis, sed certis tantum præscriptisque modis adquiritur. Resolvitur casu, ut ait *lex 3. h. tit.* id est, morte patris, vel deportatione, *l. 1. §. sed si morte, D. quan. de pec. act. annal. sit.* Et jure antiquo, si filius Flamen Dialis inauguretur, vel filia virgo Vestalis capiatur, auctore Ulpiano *lib. regul. tit. 10.* & jure novo, si filius augeatur dignitatibus quibusdam enumeratis in *Novell. 81. & l. 1. inf. de consulib. lib. 12.* Non resolvitur Monachismo, ut volunt doctores nostri, sine lege: quia igitur lex deficit, integra est patri vindicatio filii, qui se inconsulto patre devovit

 Oooo mo-

monasterio : nam & Monachismus non est capitis deminutio : ut intelligere licet *ex Novella de monach.* Resolvitur etiam patria potestas datione in adoptionem, ut heri diximus, videlicet si filius a patre detur in adoptionem avo, vel proavo, vel abavo filii ipsius. Resolvitur quoque emancipatione, de qua est proprie h. tit. Et his duobus posterioribus modis filius capite minuitur, superioribus autem modis capite non minuitur, sed sui Juris fit, & suæ potestatis sine capitis deminutione, *l.* 3. §. *ult. D. ad Senatusc. Maced.* Datione in adoptionem, & emancipationem, maxime si jure legitimo detur in adoptionem, vel emancipetur filius, capite minuitur, quia per venditionem imaginariam deducitur in servilem causam, *l.* 3. §. 1. *D. de cap. minut.* Nil refert dixeris emancipationem, an mancipationem, utrumque nomen idem potest, nec unum ab alio separaveris usquam recte. Emancipationis igitur, seu mancipationis nomen (si nudum nomen spectes, si proprietatem nominis nudam, significantiamque simplicem) eo nomine significatur venditio imaginaria, quæ in jure .i. apud magistratum solemniter fit per æs & libram certis verbis, libripende & quinque testibus præsentibus, non adnumerato pretio, alioquin non esset venditio imaginaria, *l.* 16. *ff. de reg. jur.* Sed appenso uno nummo sestertio quatuor assium : quod etiam, ob discrimen alterius nummi, in mancipatione exprimi solebat, *l. ult. inf. de donat.* ubi est legendum uno tenore, & nulla subdistinctione interjecta, *Sestertii nummi unius assium quatuor*. Aliud est emere pretio, aliud emere nummo sestertio quatuor assium, *l. si quis ante, D. de adquir. possess.* Denique aliud est pretium, aliud nummus. Nummus non est pretium, sed imago pretii. At si non proprietatem nominis spectas, sed rei effectum & exitum, *emancipationis*, vel *mancipationis* nomine significatur, vel quæ per eam fit alienatio rerum mancipi, vel testamentum, quod per æs & libram est appellatum, vel datio in adoptionem, vel ut in hoc titulo resolutio patriæ potestatis, per quam filius fit sui juris, & separatur a familia patris, ut ait *l.* 9. *sup. tit. prox.* Solvitur familia & sacris, ut *l.* 3. *C. Theod. de decur.* sacris scilicet paternæ familiæ, quibus utitur pater, quibus ipse erat alligatus, ut dominus Alciatus existimat, & alii quidam : ut ego existimo, quia sancta res est patria potestas : eadem ratione sancta res adoptio, ut Calphurnius Flaccus ait in Declamat. *Adoptio*, inquit, *sancta res est, quæ beneficia naturæ, & juris imitatur, sancta persona patris, l. pen. ff. de obseq. par. præst.* sacra nomina patrum, ut ait eleganter *lex* 1. *C. Theod. de bon. matern.* His sacris solvitur, qui emancipatur a patre. Et emancipatio quidem, per quam alienatur res mancipi, vel testamentum fit per æs & libram, prisco more una est. Itemque ea, qua præter filium ceteri liberi dantur in adoptionem, una mancipatio est, quam nec sequitur manumissio ulla, ut heri ostendi. Qua vero solvuntur patria potestate, una est mancipatio, & una manumissio, ut ait Ulpianus supradicto loco. *Ceteri*, inquit, *præter filium liberi una mancipatione, manumissioneque sui juris fiunt.* Quod etiam probat *l.* 8. §. *ult. ff. de inj. rupt.* At qua filius in adoptionem datur, trina est mancipatio, & bina manumissio secundum jus legitimum, *l. ult. tit. super.* Qua vero filius solvitur patria potestate, trina est mancipatio, & trina manumissio, ut idem Ulpianus scribit eodem loco, & ejus verba hæc sunt : *Filius ter mancipatus, ter manumissus sui juris fit*, & sequitur : *Idem lex* 12. *tabul. jubet*, his verbis : *si pater filium ter venumduit, a patre liber esto*. Lego *venumduit*, ut in l. quadam Numæ Pompilii, *si quis liberum hominem morti duit*, lego item ex Originali: *Idem lex* 12. *jubet*. Notavi enim (*idem*) esse demonstrativum pro *en*, vel *ecce*, ut apud eundem Ulpianus 7. *de officio proconf. verba consultationis*, inquit, *& rescripti ita se habent. Em inter Clodium, &c.* Et 13. Epist. Ciceronis : *Em hic ille est*, id est, maxime : & Teren. Adelph. *Em tibi rescivit omnem rem*, ut scilicet in antiquis, & castigatissimis libris scriptum legi notavit Doctissimus Victorius. At præter illam trinam mancipationem, & manumissionem filio patria potestate liberando, etiam intervenisse circumductiones quasdam, & ῥαπισματα significat *l. ult. h. tit. & Novel.* 81. Circumductione, quoniam in manumittendo, ut solebat fieri in servorum manumissionibus corpus filii agebatur, & circumagebatur in orbem, ut facta ista vertigine (*sic vocat Persius*) liber abiret : ῥαπισματα autem, quoniam æmittebatur manu, id est, palma manus inflicto colapho, vel, ut ait Claudianus, pulsata fronte : *Tristis conditio pulsata fronte recessit, in civem rubuere genæ.* Unde apparet nil esse aliud ῥαπίσματα, quam alapas, quorum Symbolo fiebat manumissio. Nec fere in Evangelio ῥαπίσματα vertentem, *bacillos*. Laudo veterem interpretem, *alapas*: non etiam fero, quod dicunt apud D.Marcum ῥαπίσμασιν veterem interpretem interpretari *alapis*, cum potius dicere debuerit apud Marcum, Græcum interpretem *alapis* interpretari ῥαπίσμασιν, quoniam D. Marcus Evangelium scripsit Latine, unde apparet, quas dixit *alapas*, Græcum interpretem vertere ῥάπισματα. Et scripsisse Latine testantur Damasus in vita Marci, & gravis auctor Gregorius Nazianzenus, ματθαῖς μεν ἔγραψεν, &c. Matthæum Hebraice, Marcum Latine, Lucam Græce. Sed ad rem : per has solemnitates, quas exposui (quæ & legis actiones dicuntur, & actus legitimi & solemnes, *l.* 3. *h. tit. l. actus, de Regul. jur. Nov.* 81.) filius exibat potestate patris, non nudo consensu igitur, ut ait *l.* 3. sed actu solemni. Et quæ ita solemniter fiebat emancipatio ex 12. tabulis, est legitima emancipatio : hoc est, solemne genus emancipationis liberorum. Alia est emancipatio, quæ fit ex constitutione Anastasii detractis illis solemnitatibus, si quis nolit legitima emancipatione & solemni emancipare filium, quæ, inquam, fit detractis illis solemnitatibus ex rescripto principis ad preces patris emisso, *a la requeste*, & postea insinuato magistratui competenti, *l. pen. h. tit.* ut adrogatio fit ex rescripto principis ad preces adrogatoris, scilicet postea insinuato magistratui competenti, *l.* 2. *tit. sup. prox.* Hoc genus emancipationis Anastasianæ retinet nomen nudum emancipationis, reipsa sublata, id est, venditione imaginaria, quam id nomen proprie denotat, & nomine emancipationis relato ad finem, exitum, emolumentum rei, ad eventum, seu effectum. Alia est emancipatio, quæ fit ex constitutione Justiniani, si quis ea malit uti, etiam sine rescripto principis, apud magistratum competentem actis intervenientibus, cui lege, aut longa consuetudine datum sit, ut apud eum fieri possit emancipatio liberorum, nec enim omnis magistratus hoc jus habet, *l. ult. h. tit.* neque improbatur lex municipalis, aut longa consuetudo, quæ dat magistratui unius civitatis, vel municipii, ut alterius municipii cives apud liberos suos emancipare possit, quæ est sententia *legis* 1. *h. tit.* Non est omittendum, quod ait lex ult. patrem, qui filium emancipavit secundum constitutionem Justiniani, habere integra jura hereditatum & tutelarum, id est, filio præmortuo legitimum heredem esse, quem emancipavit, filio impuberi emancipato legitimum tutorem esse, etiamsi in emancipatione, quæ abrumpere videtur omne jus legitimum patri & filio, in omnes agnationes hoc sibi non reservaverit pater : & ea quidem emancipatio Justiniana differt a legitima, per quam pater amittebat jura legitima hereditatum & tutelarum, nisi ea sibi reservasset contracta fiducia cum imaginario emptore de filio sibi remancipando, ut a se manumittatur, non ab illo : quo casu pater jure manumissionis, quia non tantum emancipavit, id est, vendidit, sed etiam remancipatum, & revenditum sibi manumisit, prout convenerat, contracta fiducia inter patrem naturalem & fiduciarium, id est, emptorem imaginarium jure manumissionis, tanquam patronus eo casu habebat jura legitimarum hereditatum & tutelarum, §. *ult. Institut. de legit. agnat. success. l. si a milite*, §. *ult. ff. de milit. testam. l.* 1. §. *ult. ff. si a par. manum. fuer.* Additur in hac lege ultima, posse patrem in emancipando donare filio peculium, vel alia quæcunque voluerit, quod plerunque adsolebat

solebat

ſolebat fieri, ut ait *lex ut liberis, in fine, ſup. de collat.* Spartianus in Adriano : *filium dato patrimonio emancipaverat*. Non ſolebant emancipare, quin donarent aliquid emancipato, quo vitam tueretur ſuam. Et in l.2. *h. tit.* dum ait, *non eſſe neceſſariam ſcripturam in emancipationibus liberorum, nec in donationibus*, proculdubio intelligitur de donationibus, quæ fiunt filio in ipſo articulo emancipationis. Additur etiam, ſive repetitur in *l. ult.* quod ante fuerat conſtitutum, ut pater pro præmio emancipationis habeat in omnibus adventitiis, quæ filius quæſivit ante emancipationem, uſumfructum pro dimidia parte, ut *l.6. §. cum autem, ſup. de bon. quæ liber. acquir.* vel ſi qua bona adventitia filio obvenerint poſt emancipationem, ut in eis habeat pater uſumfructum pro virili parte, *ut l.3. ſup. de bon. mat.* idque pro præmio emancipationis, id eſt, ad remunerandum beneficium emancipationis, quod habet filius a patre, id eſt, beneficium quærendorum bonorum, *l.1. in princ. ff. ſi a par. qu. manumiſſ. fuer.* quippe cum filiusfamil. fuit, quicquid adquirebat, ejus emolumentum quærebat patri: beneficio emancipationis quærit ſibi, non patri, quod beneficium eſt plerunque patri oneroſum, ut ait *lex filio, ff. ut legat. nom. caveat.* Non eſt omittenda una differentia inter ea tria genera emancipationis, quæ expoſui, quod etiam abſentes ex conſtitutione Anaſtaſii poſſint emancipari impetrato reſcripto, *l. pen. h. tit.* non ex 12. tab. non ex conſtitutione Juſtiniani, niſi præſentes. Illud vero commune eſt omnium emancipationum, ut neque invitus emancipet, *l.4. h. tit.* neque emancipetur, quod & Paulus ſcripſit 2. *Sentent. Filius*, inquit, *familias invitus emancipari non cogitur*: imo ex conſtitutione Anaſtaſii filius nominatim conſentire debet emancipationi, niſi infans ſit, cujus nullus eſt conſenſus, *d. l. pen.* Illud item eſt commune omnium, ut fiat emancipatio, etiam cauſa non reddita, non expoſita, cur pater velit emancipare, filius emancipari, *l.3. h.tit.* præterquam uno caſu, quem miror non notaſſe Accurſium, ſi is, qui adrogavit impuberem, eum velit emancipare: nec enim poteſt cauſa non cognita, *§. cum autem, Inſt. de adopt.*

AD TITULUM XLIX.

DE INGRATIS LIBERIS.

QUANTUM ſit beneficium emancipationis, hic titulus oſtendit, quo patri datur *actio ingrati* adverſus filium, quem emancipavit, per quam reſciſſa emancipatione, *ut ait conſtitutio hujus tituli*, filius redit in poteſtatem patris ſi ſit ingratus, quod non eſt ſi non reddat, vel ſi neget, aut diſſimulet, ſe beneficium accepiſſe, ut dicerent Philoſophi, ſed ſi contumeliis affecerit patrem, ſi (quod nefas dictu eſt) verberaverit, ſi manus ei impias intulerit, quam ob cauſam & ſimilis actio data eſt domino adverſus ſervum, quem manumiſit, *ſup. de libert. & eorum liber.* Per quam manumiſſio reſcinditur, per hanc emancipatio reſcinditur. Alias emancipatio reſcinditur poſt mortem patris a prætore data bonorum poſſeſſione contra tabulas, ſi filius emancipatus præteritus fuerit teſtamento patris in rem filii, quo magis admittatur ad bona patris, reſciſſa emancipatione, reſciſſa capitis deminutione, *l. ſed cum patrono, ff. de bonor. poſſeſſion. l.3. §. ſi emancipatus, ff. de bonor. poſſeſſion. cont. tabul. l. ſi aliquis, C. Theod. de bonis proſcript.* Alias reſcinditur emancipatio vivo patre, & hæc non poteſt eſſe in rem filii, id eſt, non poteſt non eſſe fraudi filio, quia redit in patris poteſtatem, & amittit beneficium ſibi quærendorum bonorum. Et ait conſtitutio hujus tit. leges emancipatione reſciſſa damno libertatis immeritæ multare voluerunt. *Leges* cum dicimus, per eminentiam leges 12. tabularum dicimus. Itaque arbitror hoc loco ſignificari legem Regiam, cujus hæc ſunt verba apud Feſtum: *ſi parentes puer verberit, aſt olli*, id eſt, *illi ploraſſint, puer Divis parentum ſacer eſto: ſi nurus ſacra Divis parentum eſto*. Nam puerum, id eſt, filium, ut veteres loquebantur, & nurum ſacrum, aut ſacram fieri Divis parentum, quid aliud eſt, quam in ſacra, quibus ſoluti erant, & in poteſtatem parentum reverti, ut ab eis impune occidi poſſunt tanquam ſacri, & deteſtabiles, videlicet ſi parentibus manus impias intulerint, ſi parentes verberaverint, illi vero ploraſſint, id eſt, proclamarint, & implorarint civile auxilium, ut Feſtus interpretatur. Idemque juris ſtatuit ea lex in filio, & uxore filii, id eſt, nuru, quæ in manu filii eſt, quæ ſemper ſequitur familiam filii, & in ejus poteſtate eſt, in cujus & maritus. Fuiſſe autem eam legem Regiam translatam in 12. tabulas, ut alias leges de patria poteſtate, non eſt dubium. Regula eſt, emancipatos liberos in patriam poteſtatem invitos non reverti, *l. ult. D. de his qui ſunt ſui, vel al. jur.* Sed excipitur cauſa ingratitudinis: ſicut regulariter filii inviti non emancipantur, quia invito beneficium non datur: unde voluntariæ juriſdictioni nomen, quæ exercetur a judice, apud quem emancipatio ſit, quia exercetur inter volentes, *l.2. D. de offic. proconſ.* ſed excipitur juſta cauſa emancipandi filii, *§. cum autem, Inſtitut. de adopt.* Ex qua ſi invitus ſit emancipatus, poſſet dici, ob cauſam ingratitudinis non poſſe eum redigi in poteſtatem patris, quia nemo invitus intelligitur beneficium accipere, & ubi non eſt beneficium, nec ingratitudo eſſe poteſt, & regula juris, *invito beneficium non datur*, ita accipi poſſet non improbabiliter, ut nolenti accipere beneficium, neque detur ſi non accipiat, neque ſi accipiat, quia (ut Seneca ait primo de benef. *Non accipere, ſed parere videtur, qui invitus accipit: & nemo accipiendo obligatur, quod illi repudiare non licuit*) Sed hoc ne admittamus, id eſt, ne dicamus ob cauſam ingratitudinis non poſſe redigi filium in poteſtatem, qui invitus ex juſta cauſa emancipatus fuit, pietas paterna vetat, maxime cum ſpecialiter ingratum eum tantum dicamus, qui pulſat parentem, aut gravi afficiat convitio, & quia etiam, ut Leo eleganter ait in *Nov.201.* duplex potius beneficium accipere videtur, qui cogitur accipere.

AD TITULUM L.

DE POSTLIMINIO, ET RED. AB HOST.

PERTINET etiam hic titulus ad cauſam patriæ poteſtatis: nam in eo intelligimus patrem captum ab hoſtibus deſinere habere filios in poteſtate, poſtliminio vero reverſum, tam filios, quam omnia ſua in poteſtatem recipere, quia fingitur retro in civitate fuiſſe, id eſt, nunquam ab hoſtibus captus fuiſſe, qui ab hoſtibus advenit, *l. retro, ff. de capt. & poſtlim. reverſ.* Et hæc eſt, quæ dicitur fictio poſtliminii. Alia eſt fictio legis Corneliæ, de qua etiam agitur hoc titulo, qua is qui captus eſt ab hoſtib. & mortuus apud eos, eo momento fingitur mortuus in civitate, quo captus eſt, *l. in omnib. ff. eod.* captivitati juncto tempore mortis, ut in *l. juſto, in fine, ff. de uſurpat. & uſucap. l. Gallus, §. videndum, ff. de lib. & poſt.* & proinde in ipſo articulo captivitatis, filius ejus, qui poſt captivitatem mortuus eſt apud hoſtes, intelligitur morte patris ſui juris effectus, non quo tempore pater mortuus eſt, ſed quo captus eſt, ſeu quo capiebatur nondum peracta captivitate. Hæc fictio eſt ex jure civili ex lege Cornelia, fictio autem poſtliminii ex jure gentium, *l. poſtliminium, ff. eod. tit.* Intelligimus etiam ex hoc tit. filium captum ab hoſtibus deſinere eſſe in poteſtate patris, ſed reverſum, jure poſtliminii reverti in poteſtatem patris, ac ſi nunquam captus fuiſſet ab hoſtibus, *l.10. & 12. hoc tit.* filium autem mortuum apud hoſtes ex lege Cornelia pro eo haberi, ac ſi eſſet mortuus cum captus eſt. Itaque captivitas patris, aut filii, ut eleganter ait Papinianus in *l. pen. ff. de ſuis & legit. hered.* non in plenum ſolvit patriam poteſtatem, quamdiu vivit pater: *propter*, inquit, *ſuſpenſi juris conſtitutionem*, id eſt, propter jus poſtliminii, quod eſt conſtitutio juris

gentium, sicut servitus definitur constitutio juris gentium, & quodammodo Papinianus ita definit *postliminium constitutionem suspensi juris*, quia spes postliminii suspendit patriam potestatem, & jura omnia captivi non abrumpit: ut ait *lex illa institutio*, §.1. *D. de heredib. instit.* Et hujus spei ratione, & respectu, ut opinor, *in edicto ex quibus causis major.* servitus separatur ab hostium potestate, quasi hostium potestas non sit plene servitus propter spem postliminii. Postliminio est contrarium *eliminium.* Et plenius ita definitur in *d. l. postliminium, jus amissæ rei recipiendæ ab extraneo, & in statum pristinum restituendæ inter nos, ac liberos populos, Regesque, moribus, legibus constitutum.* Ait *moribus*, id est, jure gentium, & naturali æquitate, ut *l.8. D. de rit. nupt.* matrem, aut sororem prohibetur moribus uxorem ducere. Ait *legibus*, id est, *jure civili*: Nam quod jus naturale est, & civile est, non contra. Item ait, *ab extraneo*, quia non tantum cum hostibus, sed etiam cum extraneis non hostibus postliminium est, *l.5. §. in pace, eod.* non tamen cum fœderatis, & liberis, licet extranei sint, ut ait lex 7. eod. quod tamen Ælius Gallus non probat apud Festum: Nam & cum fœderatis, & liberis postliminium esse dicit, sed explosa est illius sententia. Et eo loco Festi, quo ex Ælio Gallo, ex nostris igitur, tractat de postliminio, duo loci sunt emendandi: unus, quo, postquam dixit, *servos nostros captos ab hostib. jure postliminii redire in potestatem nostram*, ut *l.10. h. t. subjicit Ælius Gallus*, quod etiam est in *l.2. D. eod. Equi, & muli, & navis*, inquit, *eadem ratio est, quæ servi*, quia scil. eas res postliminio recipimus, si ad nos revertantur. Et ita legendum illo loco circumscriptis iis verbis intermediis, *postliminium receptum is*, quæ nil ad rem faciunt. Alter locus in Festo ita est restituendus: *quæ nationes in ditione nostra sunt, cum iis postliminium non est.* At rursus in supradicta definitione ait, *inter nos, ac liberos populos, regesque*. Sic idem Ælius Gallus, *Reciperatio*, inquit, *est, cum inter populos, & reges, nationesque, & civitates peregrinas convenit, quomodo per reciperatores reddantur res, recipianturq; resque privatas inter se persequantur*. Et restat hoc tantum, ut notemus ad *l.1. h.t.* Primum sic esse restituendam inscriptionem, *Ovinio Tertullo præsidi provinciæ Mysiæ inferioris, ex l.9. ff. eod.* Lex est celebris, cum ejus fiat frequenter mentio *in ff. ut in d.l.9. & l.26. eod. & l. si apud hostes, ff. ad Tertul.* ubi sicut *in l.9.* dicitur etiam fuisse scripta *ad Ovinium Tertullum*, & in *l.1. §. quæri, ff. de suis & legit. hered.* & sententia legis hæc est: apud hostes conceptum & editum ex viro & uxore captivis, ingenuum esse, licet conceptus, & natus sit ex servis, ex servis ingenuum nasci, *ut d. §. quæri*, quod est paradoxon in jure, & verissimum, quoniam non servi sunt proprie, sed captivi. Et edictum, ut ante docui, separat servos a captivis, quia captivi non sunt ad plenum servi. Item apud hostes conceptum, & editum habere postliminium, licet ipse captus non fuerit, & reversis cum eo parentib. in patriam jure postliminii recidere in potestatem patris, & patris originem sequi & conditionem, jus sui, & legitimi heredis habere. Deniq; in eo obtinere fictionem postliminii; fictionem tamen legis Corneliæ in eo locum non habere, puta patre mortuo apud hostes, patre interfecto ab hostib. & matre sola cum eo reversa: quia etsi (quod ad legitimam matris hereditatem attinet) ex SC. Orphit. postliminium habeat, *d.l.1. §. sed etsi apud hostes*, & *l.1. §. item si adhuc prægnans, ff. ad Senatusc. Tertull.* & conditionem matris sequatur, tamen nil juris habet in bonis patris defuncti apud hostes ex lege Cornelia, quia ea lex fingit patrem mortuum hora captivitatis, quia is puer non erat in rerum natura, cum conceptus ponatur apud hostes: Videtur ergo esse spurius, id est, sine patre, ut ait *l.26. eod.* & vulgo quæsitus, quod idem est. At sciendum est posterioribus Imperatorib. *h. l.1.* visam imperfectam, quod in suscepto apud hostes admittant fictionem postliminii, non fictionem legis Cornel. quam postea Leo Philosoph. *Nov.36.* in eo etiam admisit, ut mortuo patri apud hostes reversus in patriam succederet, quasi ex lege Cornelia. Igitur ex ea Novella in eo non tantum habet locum fictio postliminii, sed etiam fictio legis Corneliæ.

A

Ad L.II. Ab hostibus redeunti, *quoad exsolvatur pretium, magis in causam pignoris constituti, quam in servilem conditionem esse detrusi videantur: & ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat, pristinæ conditioni eos reddi manifestum est. Proinde si ab hostibus redemptam, post dissolutum, veluti naturalis pignoris vinculum, habere in matrimonio cœpisti: nihil est, quod de statu ejus, seu liberorum communium debeas pertimescere.*

IN lege 2. notandum in primis esse censeo, captivorum tria jura, tresve casus esse. Alii sunt, qui ab hostibus in patriam revertuntur, non commercio redempti, sed vel ultro dimissi ab hostibus, vel elapsi fuga, vel virtute militum recuperati. Alii sunt, qui ab hostibus interficiun-
B tur, vel qui apud eos sua morte funguntur. Alii, qui commercio redimuntur ab hostibus, pecunia sua, vel aliena. Primo casu captivi, qui redeunt in patriam, jure postliminii illico suæ libertati, & ingenuitati restituuntur, & omnia jura sua pristina recipiunt, quæ modo in eadem causa manserint, id est, quæ amissa, aut deminuta non sunt. Servi autem capti ab hostibus reversi dominis restituuntur, *l.5. 10. & 12. pen. & ult. h. tit.* Et in hanc rem *l. ult.* verba referuntur *Concilii Hispalensis 1. Can.1.* Si qua vero jura interim amissa sunt, dum sunt apud hostes, usucapione forte, vel præscriptione longi temporis, vel non utendo, ipso quidem jure, id est, postliminii, ea non recipiunt, quorum possessionem, & dominium alter adeptus est, ut *l. denique, ff. ex quib. caus. major.* sed ut ea recipiat, a prætore ei datur utilis in rem actio re-
C scissoria, per quam rescissa usucapione, & præscriptione temporis, in integrum restituuntur ex edicto *ex quibus caus. majores*. Denique ea quæ interim amiserunt, non recipiuntur jure postliminii, sed jure vindicationis utilis, & rescissoriæ, sive restitutoriæ, ut *l.18. h. t.* Et hoc quoque notandum est, aut memoria repetendum, quod docuit nudiustertiana recitatio, ex *l.1.* aliquando etiam non captivis .i. non captis ab hostib. si revertantur, esse jus postliminii, ut puta iis, qui ex captivis concepti, & editi sunt. Nec omittendum, quod notat *l. pen.* captivis dari postlim. non transfugis, quoniam ii non sunt captivi, nec ex captivis suscepti, *ut l. postlim. §. transfuga, ff. eod. tit. l.14. ff. ex quib. caus. major.* Hoc quoque notandum, quod ad hunc primum casum attinet, medio tempore, antequam captivi revertantur, bonis eorum, ne dissi-
D pentur, ne pereant, curatorem constitui, ut *l.7. §. ult. ff. de tutel. & rat. distr.* Curatorem, inquam, bonis captivi constitui, quæ in patria reliquit, qui promittat datis idoneis fidejussorib. rem captivi salvam fore, quod promittit stipulanti servo publico, ut ait *lex 3. hoc tit.* scil. si nullum servum reliquerit in civitate, qui ei stipuletur: Nam liber homo ei stipularetur inutiliter, quia alteri liber homo non stipulatur, sed sibi tantum. At servus publicus ei recte stipulatur, qui non habet, qui ei stipuletur, & qui ipse sibi stipulari nequit, propter causam captivitatis. Servus publicus est quasi servus communis omnium, & ideo cuilibet ex civibus recte stipulatur, ut *l. non aliter, ff. de adopt. l.2. ff. rem pup. sal. fore*, & in hac *l.3.* Interim vero de bonis ejus, qui est apud hostes, nil transigi potest inter aliquos, nil judicari: hereditatem ejus tanquam
E mortui adire, aut bonorum possessionem petere nemo potest, propter spem postliminii, quam ponimus præcipue in virtute militum nostrorum, & viribus imperii, atque adeo pro certa habemus, ut quamdiu is vitam vivit apud hostes, nemo possit ejus bona, tanquam sua, ullo jure occupare. Et in hanc rem est elegans *lex 4. h. tit.* cujus speciem ponam, quia non patet omnibus.

Ad L.IV. Nec nos præteriit, *hereditatem ejus, quam incognitum erat ab hostibus interfectam, an captam esse, a filio adiri non potuisse, quoniam eorum bona, qui in hostium potestatem rediguntur, eo demum tempore successionis jure acquiri possunt, cum captos apud hostes mortuos esse cognoscitur. Nec super facultatibus ejus, cujus incerta vita, ac*

for-

fortuna fuit, transigi, vel judicari potuit. Unde posteaquam apud hostes materteram vestram fati munus implesse innotuit, tunc vobis licentia permittitur agnoscendæ per bonorum possessionem successionis: non officientibus enim his, quæ perperam gesta sunt, si priorem gradum obtinetis, successionis compendium ad vos pertinet.

FIlius matris captivæ nondum mortuæ, aut de ejus morte nondum accepto certo nuntio, hereditatem quasi legitimam adiit, deinde is filius vita decessit: post mater mortua est apud hostes relictis filiis sororis, qui ab intestato erant proximiores cognati suæ materteræ apud hostes defunctæ: & vero ei succedent jure prætorio, ut cognati proximiores, quia nil eis obest aditio hereditatis a filio præmature facta, quo minus petant bonorum possessionem unde cognati, matertera defuncta apud hostes. Et hæc de primo casu. Secundo autem casu, qui mortui sunt apud hostes, perinde habentur ex l. Corn. ac si mortui essent in civitate, ipso die, vel momento, quo capti sunt, quæ lex lata est contra fiscum, ne scilicet fiscus bona occuparet, sed ii, qui ei heredes existerent, si non venissent in potestatem hostium, qui non possunt ei heredes esse ex 12. tab. quia servi non habent heredem ex 12. tab. sed tantum patresfamil. Verum ex leg. Corn. heredes esse finguntur, quia retro fingitur mortuus, puta momento captivitatis, qui post mortuus est in captivitate. Itaque filii, quos eo die, quo captus est, habet, ex l. Corn. vocantur ad ejus hereditatem legitimam, & testamentariam, quos habuit eo die, quo captus est, ut dixi, non etiam ii, quos post captivitatem suscepit apud hostes, *l.1. h.tit.* quod tamen (ut ibi dixi) Leo abrogavit. Duæ tantum sunt in hoc tit. leges, seu constitutiones de l. Corn. Una est *d.l.1.* de qua satis dixi nudiustertius. Altera est *l.9.* in qua Accurs. primum tentat, & Æmilius Ferretus affirmat perperam, per errorem scripsisse Impp. & usurpasse l. Corn. pro jure postliminii, quod esset perquam absurdum, quodque esse falsum, etiam ad eam l. posita conveniens species indicat. Finge: Pater, & filius capti sunt ab hostib. pater mortuus est apud hostes medio tempore, id est, antequam reverteretur filius in patriam: post reversus est filius; lex Corn. eum vocat ad patris hereditatem, ut suum heredem, si eo die, quo capti sunt, in potestate patris fuerit, quia ea ipsa die pater fingitur mortuus, & ideo res paternæ, quæ in eadem causa manserint, jure postlim. ei restituuntur directa vindicatione, nisi (ut ait) post reditum filii ab alio usucaptæ sint, vel longo tempore adquisitæ. Et hoc vult l.9. Et eadem est species in *l.ult. sup. quib. ex caus. major.* quæ tamen addit, res patris usucaptas ante reditum filii, vel longo tempore ab alio adquisitas, filio in patriam reverso restitui non directa vindicatione, quia non manserunt in eadem causa: sed utili vindicatione rescissoria ex edicto, ut *l.18. h.t.* In hac specie lex Corn. filio defert patris hered. postliminium a. vindicandæ hereditatis facit potestatem: & hæc de 2. casu. Tertio casu, commercio redempti ab hostib. videntur quidem esse servi emptoris, tanquam ære empti a dominis, sed revera sunt liberi, nec a cive emi potuerunt in servitutem. At reversi non illico postliminium habent, ut primi, de quibus est primus casus, quoniam non ante pro liberis habentur, quam pretium redemptionis solverint redemptori, quo redemptor solvit de suo, sed serviunt interim redemptori, ut obærati, ut addicti, & ut ait *lex 2. h.tit.* quasi pignoris naturalis jure tenetur. Cur pign. naturalis? quia revera liberi sunt, qui sunt redempti ab hostib. Et emptio servi non facit servum eum hominem emptoris, & jure civili liberi homines pignori esse non possunt. Est igitur non civile, sed naturale pignus, imo nec naturale, sed quasi naturale pignus, & tenentur quasi vinculo pign. ii tantum, qui redempti sunt ab hostib. non etiam filii suscepti ex eis post redemptionem, quia pro eis redemptor nil præstitit hostib. *l.8. h.tit.* Vel sic dicamus: qui redempti sunt, serviunt redemptori, donec filii pretium solverint, non etiam filii eorum suscepti post redemptionem. Aliud est servire, aliud servum esse, *l. uxori, §.ult. ff. de usufr. leg. l. cum heres, §. Stichus, ff. de statulib.* Servit mercenarius, nec tamen servus est: servit fructuario manumissus a proprietario, nec tamen servus est, ut *l.1. sup. comm. de manum.* Et redemptum ab hostib. non esse servum redemptoris, argumentum est, quod paulo ante dixi, quod filii ejus post redemptionem suscepti non tenentur redemptori eo vinculo, quasi pign. quo ipse tenetur, & quod in sua potestate habet, quando desinit servire soluto sui pretio, quod etiam solvit invito per judicem, *l.6. h.tit.* & quod soluto pretio, vel remisso, etiamsi sit manum. a redemptore inter libertinos non est, sed plenæ ingenuitati restituitur, *l.11. & 13. h.tit. l. si quis ingenuam, ff. eod.* Et ideo, si redemptor, quam redemit ab hostibus suo ære, ducat uxorem, justa ei uxor est, qui etiam hoc ipso, quod eam duxit uxorem, videtur remisisse pecuniam redemptionis: nam & quolibet judicio donationis remittitur, *l.17. h.tit.* ubi legendum *indicio*, non *judicio*. Et consequenter justi sunt liberi ex eo matrimonio procreati, & non tantum, si ipse redemptor eam duxerit uxorem, sed etiamsi alius post remissionem pignoris, justa uxor est, & justi liberi. Et ita Græci accipiunt recte *l.2. h.tit.* ut redemptam, cui pretium redemptionis remissum est, duxerit extraneus, non ipse redemptor, & ut sit justum matrimonium, quia plenæ ingenuitati restituta est, nec libertinæ loco est. Et hoc jus derivari ex Atheniensium fontibus, & redemptis ab hostibus, ut redemptori sint veluti pignori, & serviant, docet Demosthenes in Oratione πρὸς Νικόστρατον: *Leges*, inquit, *jubent redemptum ab hostibus, ei esse subjectum, qui redemit, donec* λύτρον, *id est, pretium redemptionis exsolverit*, quod in idiotismo significamus voce deducta a nomine redemptionis, *redemption, rancon*. Et ex eo nomine, quod vocetur redemptio, plane argumentabimur, & colligemus, jus gentium, quo capti fiunt servi hostium, nec hodie penitus esse sublatum, quia nec tolli potest omnino. Et hoc est, quod dicitur, *jus naturale esse immutabile*: Nam si captus ab hostibus hodie redimitur, ergo est deductus, quasi in servilem causam, quia liber non emitur, sed servus tantum, aut quasi servus. Ille locus Demosth. est, ut dixi, in oratione πρὸς Νικόστρατον, non [ut quidam notant] πρὸς λόκρυπον: qui & in hanc rem multa alia falsa notat. De hoc jure pign. quo redemptor redemptum tenet, agi in *l. Nam & Servius, ff. de negot. gest. agere* Varronem in verbo *clarigare*, agere de eodem Dionys. Halicar. lib.3. in quo de ea re neque vola, neque vestigium. Et postremo notandum, quod est præclare constitutum in *l.ult. h.tit.* ut redeunti ab hostibus, cui datur victus, aut vestitus ex humanitate, & misericordia communi, non possit repeti: pretium autem redemptionis, quod datum est, ut possit repeti: cujus tamen repetitionem impedire videbatur eadem humanitatis ratio, quod pietate adducti captivos redimamus potissimum, non animo pretii repetendi, quæ ratio etiam prævalet in matre, quæ redemit filium de suo, *l.17. h. tit.* quia pietas matris prædominatur, atque præcellit. Et certum est in jure, quodcunque pietatis gratia fit pro alio, sive humanitatis, ejus non esse repetitionem: sed hæc ratio pietatis non prævalet similiter in extraneis, qui captivos sua pecunia redemerunt, sed in eis communis, & publicæ utilitatis ratio præpollet, ut ait *l.6. & ult. h.t.* Quid hoc est? quia hæc ratio exigit, ut redemptores pretia, quæ prorogaverunt pro captivis, repetere possint, ne non data repetitione tardiores faciamus homines ad humanitatis officia, redimendosque captivos: verum ait *d. lex ult.* eum, qui pretium sui nequit solvere, vinculo suo resolvi, si quinquennio redemptori dederit operas, & servierit, quæ constitutio est piissima, & merito in ea ejus executio Christianis demandatur, ut observent, ne quis redemptum ab hostibus retineat, sed ut mox liceat ei remeare ad suos, & sua, suosque postliminio recipere. Eaque pars legis ultimæ de Christianis repetitur *in l. Christianis, sup. de Episcop. aud.* Restat tantum unum verbum ex *l.15.* redemptum ab hostibus etiam antequam pretium sui restituerit redemptori, delatam sibi hereditatem posse vindicare, cum hoc sci-

scilicet, ut ex ea statim pretium sui restituat, simul atque ipse plenæ libertati restituetur. Idque ait esse receptum favore libertatis, & ingenuitatis, quoniam, qui veluti servus tenetur, non potest adire hereditatem, sed potest, ne amplius teneatur ut servus, ut statim atque adierit ea bona, se absolvat a redemptore.

AD TITULUM LI.

DE INFANTIBUS EXPOSITIS, LIBERIS, ET SERVIS, ET DE HIS, QUI &c.

HIC titulus pertinet etiam ad causam patriæ potestatis, quam amittit, qui filium a partu recentem projicit inhumaniter, & quodammodo ad mortem exponit, quod Græcis est χυθρίζειν, quoniam apud eos exponi solebant in vase fictili. Et eadem ratione dominus servi, quem exponit, dominium amittit. Et generaliter nemo præjudicio suum esse recte vindicat, quem pereuntem contempsit, ut ait *l.2. h.t.* alter collegit, extulit, & servavit incolumem, quo pertinet etiam *Justiniani Nov.*153. Verum ad *l.2. h.t.* adduntur in Codice Th. *tit. de expos.* hæc verba, *si modo testis Episcopalis subscriptio fuerit subsecuta, de qua nulla penitus ad servitutem possit esse cunctatio* .i. ut Anianus interpretatur, *si contestationi de collectione ejus Episcopus, & Clerici subscripserint*. Quamobrem illam legem, quæ est Honorii, & Theod. significari opinor Vasensis Concilii Can.9. his verbis, *ut secundum statutum fidelissimorumque Augustorum, & Principum quisquis expositum colligit, Ecclesiæ contestetur*. Et plenissimus sensus hic est: eum, qui expositum colligit, id convocatis testibus debere in contestationem redigere, eamque offerre episcopo, & ecclesiæ subscribendum, ut ab omni calumnia in posterum liberetur, nec a quoquam possit insimulari plagii, vel furti: nam ex contestatione ab ecclesia subscripta apparebit eum collegisse expositum, non quæsisse malo more, aut mala fide. At (ut dicere cœpi) nulla est differentia constituenda, quæ etiam nulla aperte constituitur in *l.1. C.Th. de expos.* inter dominum, & patrem, qui sciens, volensque servum a partu recentem, vel filium exposuerit extraneæ misericordiæ. Tertul. in Apologetico ait, *filios exponitis suscipiendos ab aliqua prætereunte extranea misericordia*. Nullam, inquam, differentiam esse constituendam inter dominum, qui exponit servum recens editum, & patrem, qui exponit filium similiter recens editum. Nam & cum in prima parte *h.t.* servis jungantur liberi his verbis, *De infantibus expositis liberis, & servis*: ubi *liberis*, id est filiis, ut constat *ex d. l.1. C. Th. eod.* consequens est, etiam dominis esse jungendos patres, ut & illi dominium, & jus patriæ potestatis amittant, si puerum recens natum exposuerint, quamquam in jure, quod habent, multum distent: Nam patria potestas est inæstimabilis, *l. filiifam. §. secundum, ff. de legat.*1. nimirum, quia res sancta est: dominium in servum est æstimabile. Verum quod dicimus patrem, qui filium exponit amittere patriam potestatem, huic sententiæ obstat *l.patrem, sup. de nupt.* quæ indicat patrem, qui filiam exponit, non amittere patriam potestatem, cum penes eum velit esse arbitrium collocandæ filiæ: si quis alius exposuerit invito, vel ignorante patre, fateor patrem non amittere patriam potestatem, sicut dominus non amittit dominium partus ancillæ, si ancilla invito, vel ignorante eo partum projecerit, & exposuerit, qui Theocrito est μητρόῤῥιπτος, sed domino vindicanti puerum, quem ancilla sua exposuit se ignorante, & inconsulto, obstat exceptio doli mali, nisi educatori restituat sumptus alimentorum, & disciplinæ, *l.1. h.t.* etiamne sumptus disciplinæ, & eruditionis? sic est scriptum in *l.1.* & verum est, si dominus aliunde sumptus eruditionis educatori refundere possit, ut in *l. apud, §. si minor, ff. de dol. except. l. idque, §.1. de act. empt.* non ut in contrariis legibus, id est, prima specie contrariis, quæ adducuntur ab Acc. in *d.* l. si dominus aliunde eos sumptus reddere nequeat, quia tunc non tenetur, nisi ad reddendos sumptus alimentorum, non etiam eruditionis, & disciplinæ, exceptis duobus casibus, *l.27. §. ult. & trib. aut 4. seq. ff. de rei vind.* Quod si quis partum ancillæ subripuerit, *d. l.1. h. tit.* notat dominum furi nullos sumptus restituere debere: nec alimentorum, nec eruditionis: sicut si ex argento subrepto fur pocula fecerit, flaturæ, aut celaturæ, sumptus dominus, qui cum eo agit vindicatione, vel condictione furtiva, ei reddere non debet, *l. ex argento, D. de cond. furt. l. inficiando, §. si infans, ff. de furt.* Et recte Accurs. in *h. l.1.* aliam esse causam malæ fidei possessoris, qui sumptus reputat domino, quod confirmavi latius *initio observ.*10. aliam furis, qui nullos sumptus reputat domino, quia fur est plus, quam malæ fidei possessor. Sed redeamus ad *l. patrem*: in *l. patrem* non ponitur filiam ab alio expositam fuisse, sed ab ipso patre, & tamen patrem retinere patriam potestatem. Verum ut respondeamus, ponenda est ad eam legem species congrua, & conveniens, ne quid adversi inde nascatur, & ut suo casu circumscribatur, nec serpat ad omnes. Et ea posita specie propria, nihil prorsus obstabit nostræ sententiæ, puta, patrem non exposuisse filiam impietate quadam, aut inhumanitate adductum, sed egestate, & fame compulsum, filiam, quam tueri non poterat recens natam, vagientem in cunis exposuisse alienæ misericordiæ, ut in *l.2.* est similis species, *sup. de patrib. qui fil. distrax.* Quo casu æquum est, patrem jus suum non amittere, qui famis necessitati succubuit: Nam, ut eleganter ait *lex pen. §. ult. ff. de excusat. tut.* necessitati succumbimus, quam nec Dii superant. Sed ait *d. lex patrem*, si educatore desiderante filiam, quæ suis sumptibus crevit, filio suo a patre collocari, & in ea re quodammodo pater ingratus ei non adsentiatur, tunc tenebitur educatori alimentorum nomine, qui eo nomine non teneretur, si libens filio educatoris, ut desiderat educator, ut rogat, in manum conventione filiam nuptui collocaret, quia & eo genere filia ea transiret in familiam educatoris. Et ita est explicanda *lex patrem*. Et quæ diximus hactenus, pertinent ad primam partem tit. Duæ sunt partes hujus tituli. Prima ita concepta est: *De infantibus expositis liberis, & servis*. Secunda hoc modo: *Et de iis, qui sanguinolentos educandos, vel nutriendos acceperunt*. Neque tamen existimandum est alios esse in prima parte infantes, alios in secunda parte sanguinolentos, quoniam in utraque infantium, & sanguinolentorum nomine; significantur a partu recentes, vel (ut ait Juvenalis) *a matre rubentes*, ut lex tertia seu ultima hujus tituli. *Pueri parvuli*. Et sic in *l.2. sup. de patrib. qui fil. distr. Si quis filium, aut filiam sanguinolentos vendiderit*. Et Prudentius contra Symmachum, *quos sanguinolentos vendendi mos juvat*. Et Donatus in Andriam: *A matre sanguinolentum*, inquit, *non pulcrum, sed scitum pronuntiat*. Ergo in prima parte hujus tituli, infantium nomine non significatur integra prima ætas, quæ perducitur usque ad septennium, *l. si infanti, sup. de jur. deliber.* sed significantur prima cunabula, quibus qui ejiciuntur, proprie dicuntur expositi: Nam qui grandiores ejiciuntur, non proprie exponi dicuntur, sed pro derelicto haberi, ut in *l.2. ff. qui si. manum. ad libert. perv. l. ult. ff. pro derelict.* etiam Græci eos distinguunt nominibus, quibus expositi sunt ἔκθετοι: habiti pro derelicto ἀπρονόητοι, id est, quorum curam nemo habet, contempti, & derelicti. Et male Harmenop. in fine primi Epitom. ἀπρονοήτους esse eos, qui rebus suis prospicere non possunt, veluti furiosos, & dementes: cum constet ex Basilicis, ita appellari eos, quos dominus habet pro derelictis, qui quanto intervallo distent ab expositis, ex eo apparet, quod expositi servi sanguinolenti libertatem consequuntur: habiti pro derelicto non consequuntur libertatem, nisi uno casu, si ægri, & affecti a domino tædio medendi ejecti, & derelicti sint. Quo casu ex edicto Claudii liberi fiunt, ut *d. l.2. ff. qui si. manum. lib. l.1. §. sed scimus, sup. de Latin. libert. toll.* de quo edicto & mentionem fecerunt Dio, Sueton. & Suidas: alioquin habiti pro derelicto non desinunt esse servi, sed fiunt servi occupantium, & interim sunt ser-

vi

vi ſine domino. At prima pars hujus tituli eſt de iis, qui ſanguinolentos exponunt, ad quam pertinet *lex* 1. *&* 2. Sed ſecunda pars eſt de iis, qui eos excipiunt, & extollunt, ad quam pertinet *lex* 3. cujus tantum reſtat, ut ſententiam exponamus. Ea lex abrogat jus antiquum, quo licebat excipienti expoſitum ſibi habere, quo jure volebat, vel ut ſervum, vel ut filium, vel ut liberum, aut colonum, aut adſcriptitium, ut conſtat *ex l.* 1. *C. Th. de expoſ.* Et definit *hæc lex* 3. neminem poſſe expoſiti ingenui, vel ſervi, parvuli pueri dominium, aut patronatum, aut poteſtatem patriam, vel quam aliam ſibi vindicare, ſive eum ipſe collegerit, ſive ab alio collectum ab eo legitimè emerit, ut ait *l.* 1. *C.Th. de iis qui ſanguin. empt. &c.* Et dico primam partem hujus legis eſſe de emptis, ſecundam autem eſſe de collectis, quos etiam Plinius vocat θρεπτοὺς 10. *Epiſt.* Nam cum in antiquis libris, & in C. Th. ſecunda pars hujus tituli ita ſit conſcripta, *& de his, qui ſanguinolentos emptos, vel nutriendos acceperunt*, neceſſe eſt, ut ſub eo quodam loco agatur *de emptis*. Et nullus eſt, qui accommodari poſſit, præter primam partem hujus legis, & cum ſecunda pars ejuſdem legis ſit *de collectis, & educatis*, argumentum præbet, primam eſſe *de emptis*: nos autem, illos *lex* 3. definit eſſe liberos, & ingenuos, ſive nati ſint ſervi, ſive ingenui: ſcilicet nemine eos vindicante, vel vindicante eo, qui expoſuit, quia non habet vindicationem eorum, nec poſſe eos retineri, ut ſervos ab eo, qui eos emit, vel extulit, ſive pietatis cauſa hoc fecerit, ſive animo retinendi ejus, tanquam mancipii. Et ratio hæc eſt, ne ex pietatis officio lucrum expectet. Pietas ſe ipſa contenta eſt, gratuita eſt, & officium ſequitur, non fructum. Igitur nec ſi ingenuam natam, quæ expoſita eſt, extulerit, & educaverit, alimentorum nomine eam poterit retinere, ut ancillam, *l.* 2. *ſup. de ingen. manum.* Et eleganter Trajanus apud Plinium: *Libertatem non eſſe redimendam pretio alimentorum*.

AD TITULUM LII.

QUÆ SIT LONGA CONSUETUDO.

REFERENDUS eſt hic titulus ad legem ultimam *tit.*40. qui propius abeſt, in qua oſtenditur, *apud eos magiſtratus emancipari filios poſſe, quibus lex, vel longa conſuetudo*, inquit, *dedit, ut apud eos ſolemnia juris peragi poſſent*, id eſt, *quibus dedit legis actionem*. Quam ob cauſam in hoc titulo oſtenditur, non quid ſit longa conſuetudo, ſed quæ ſit, id eſt, quam vim, & efficientiam habeat. Quid tamen ſit, ſi quæras, dicam eſſe jus non ſcriptum, quod uſus populi frequens, & inveteratus adprobavit adſenſione communi, §. *ſine ſcripto, Inſt. de ju. nat.* Et rurſus ſi quæras, quot annorum uſus conſuetudinem faciat. Dicam gloſſas, & Doctores perpetuos gloſſarum ſimios, huic rei finire decennium, & moveri hoc argumento ſolo, quod dicatur conſuetudo longa & diuturna: quaſi ſcilicet his verbis non poſſit ſignificari tempus decennio longius, ut in *l.* 3. *ſup. de præſc.* 30. *ann.* longum tempus dicitur de 30. annis, & diuturnum ſilentium æque in *l.* 1. *C. Th. de act. cert. temp. finiend.* & de 40. annis in *l.* 2. *ſup. de præſcr.* 30. *ann.* Dicam igitur hujus rei certam definitionem non eſſe decennium, quia & finire tempora legis eſt ſolius, non interpretis. Denique hujus rei finem non eſſe decennium, quandoquidem plurimorum ann. obſervationem requiri, *l. ſed ea quæ, ff. de legib.* & Ariſt. 2. Policit. *c.*6. τοῦ χρόνου πλῆθος, *multitudinem annorum*, & antiquam, & tenacem adprobationem, *l.* 3. *h. t.* uſum longævum, *l.* 2. & inveteratum populi conſenſum, *l. de quib. ff. de legib.* & conſuetudinem ſemper obſervatam, *l. ſine herede*, §. *Lucius, ff. de adminiſt. tut.* quibus verbis ſane ſignificatur tempus decennio longe amplius, & tempus incertum & infinitum, quod ſenſum ſine ſenſu labitur, quoad mortem fecerit, & habitum in animis civium, cujus quidem habitus comparandi ratio, ut certo

A tempore non finitur, ita in populo ex longa conſuetudine inducendi moris ratio certo tempore finiri non poteſt. Conſuetudo facit morem, ut Lactantius ait 5. Inſt. *Paulatim male vivendi conſuetudinem morem fieri*. Et Ariſt. 2. Eth. ad Eudem. τὸ ἦθος ἀπ' ἔθους ἔχει τὴν ἐπίδοσιν: *Morem ex conſuetudine proficiſci*, quod & Ulpianus ſignificat libro regularum, dum ait, *morem eſſe tacitum conſenſum populi, longa conſuetudine inveteratum*. Sed ut hoc interim admoneam, moris, ſeu morum, & conſuetudinis nominibus promiſcue utimur: utuntur & alii auctores. Varro certe ſemper *conſuetudinem*, vocat, quod *morem* eſſe diximus creatum ex conſuetudine, ut apud Servium in 7. Æneid. Varro ait, *Morem eſſe communem conſenſum omnium, ſimul habitantium, qui inveteratus conſuetudinem faciat*. Et apud Macrob. lib. 7. idem Varro, *Morem eſſe in judicio animi, quem*
B *ſequi debeat conſuetudo*. *Inſtituta*, etiam pro eodem accipimus, quæ barbare in Idiotiſmo vocamus *ſtatuta*, ut in *l.* 1. *Cod. Theodoſ. de longa conſuetud.* eleganter ſcriptum eſt: *venientium eſt temporum diſciplina inſtare veteribus inſtitutis*. Sed ad alia pergamus. Id etiam, quod vulgo traditur ex gloſſa 2. *ſententias judicis in eodem genere litis conſimiles facere conſuetudinem*, omnino falſum eſt: Nam a rebus judicatis ſeparatur conſuetudo, *l. nam Imp. ff. de leg.* & non res judicatæ conſuetudinem faciunt, ſed tacitus illiteratuſque conſenſus populi longo uſu inveteratus. Item res judicatæ vim leg. non obtinent, ſi bis ſimiliter ſit judicatum, ſicut vim legis obtinet conſuetudo: Sed ita demum res judicatæ etiam vim leg. obtinent, ſi ſæpius, ſi perpetuo ſimiliter judicatum ſit, ut ait *d. l. nam Imp.* Et quod eſt ſcriptum in *l.* 3. *in fin. ſup. de epiſc. audient.* ad
C quam nos gloſſæ allegant, primum non eſt de communi conſuetudine unius civitatis, vel provinciæ, ſed de moribus unius hominis: non igitur de re, qua de agitur. Deinde, quod ait illa lex, *ei cui venia criminis, ſemel data eſt, iterum non dari, ſi in idem crimen relabatur, quod impunitatem veteris criminis, non emendationi potius, quam conſuetudini deputarit*. Quid conſuetudini, qui bis tantum idem crimen admiſit? quis non videt id eſſe ſcriptum hyperbolycῶs. Certum enim eſt conſuetudinem, vel habitum, quem impegit quis ex una, vel altera actione non ingenerari. Sed jam tempus eſt, ut tractemus de virtute, & poteſtate conſuetudinis, quam in hoc tit. explicari, a principio diximus. Conſuetudinis, inquam, longæ & probatæ, conſuetudinis longæ, quod eſt quaſi perpetuum epitheton conſuetudinis: nam quæ non eſt longa, non eſt
D conſuetudo: nec longa dicitur ob diſcrimen brevis cujuſdam conſuetudinis: Nam uſus tantum longævus eam facit, & qui allegat uſum longævum, ſine conſuetudinem, diu eo jure civitatem uſam, vel provinciam probare debet, ut ait *l.* 1. *hoc tit. & l.* 3. §. *ult. ff. de teſtib.* quod fit non rogatis ſingulis civibus, vel provincialibus, ut volunt interpretes, ſingulis quibuſdam, ſed per tribus, & curias, aut centurias, aut vicos interrogatione currentem, ut Joannes Faber in *l.* 2. *hoc tit.* ſcribit, hunc eſſe ſtylum ſicut loquitur, curiæ curiarum hujus Regni, ut hac de re inquirant *per turbas, ut vulgo loquuntur*. Itemque probabitur conſuetudo, ſi quum quæreretur in aliqua controverſia apud judicem conſuetudine uno affirmante talem conſuetudinem invaluiſſe, & ſemper obtinuiſſe, alio negante: & hac quæſtione in judicio agitata juſto
E contradictore conſiſtente adverſus eum, qui adſerebat conſuetudinem, ſi probetur cauſa cognita judex conſuetudinem firmaſſe, in hac quæſtione, *ut l. cum de conſuetudine, ff. de legib.* ſententia judicis confirmat conſuetudinem, quæ jam invaluit & obtinuit, ſi quis eam contradicat, vel vitilitiget, dum ſcilicet declarat ſibi eſſe probatam ab adverſario conſuetudinem eam, non etiam conſuetudinem facit. Et in illa *l. cum de conſuetudine*, contradicto judicio, id eſt, cauſa cognita, *ut in gloſſis antiquis, ex contradictione*, κατὰ διάγνωσιν, *cauſa cognita*. Hoc dixi, ut intelligeremus de cujus conſuetudinis vi & poteſtate quæramus. Hic igitur quærimus, de vi longæ & probatæ conſuetudinis, cujus una vis, ſeu virtus hæc eſt, quod leges ipſæ, quæ ex ſcripto conſtant, nulla

nulla alia ex causa nos tenent, quam quod judicio populi receptæ sint, id est, quod etiam consuetudine sint approbatæ, *d. l. de quibus*. Et Arist. eodem loco Politic. *ὁ νόμος ἰσχὺν ὐδεμίαν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι παρὰ τὸ ἔθος*: id est, *lex nullam vim habet ad impellendos homines, ut sibi pareant, nisi hoc acceperit ex consuetudine*, quod est illud ipsum, quod retuli ex *l. de quibus*. Summa autem virtus longæ & probatæ consuetudinis hæc est, ut pro lege observetur, id est, perinde atque lex scripta, *l. diuturna, ff. de legib. §. sine scripto, Inst. de jur. natur. l. 3. h. tit. l. ult. sup. de test.* Gregor. Nazianz. in secundo de Theologia: *τῷ χρόνῳ τὸ ἔθος βεβαιωθὲν νομίζεται νόμος*, id est, *consuetudo tempore corroborata existimatur esse lex*: & Joannes Zonaras in Basil. Porphyrogeneta: *ἔθος καὶ νόμος δοκεῖ τοῖς νομοθέταις, consuetudo, quam legum latores legem videri tradunt*. Verum addit *d. l. diuturna*, consuetudinem diuturnam pro jure, & l. observari, non in omnibus, sed in iis, quæ ex non scripto descendunt, id est, quæ non sunt definita legibus, ut *l. de quibus* initio, & Tertul. lib. de Corona militis eleganter: *consuetudo*, inquit, *in civilib. reb. pro legib. suscipitur, cum deficit lex: ratio commendat, non scriptura*. Porro inquit, *si lex ratione constat, lex erit id omne quod ratione constiterit*; quæ verba suppresso Tertul. nomine Isidorus usurpavit, *can. consuetudo, distinct. 1.* & ita Cæsarius apud Cedrinum: *νόμος ἀνόμοις τὰ πάτρια δοκεῖ*, id est, *his, qui nullam habent legem scriptam, pro l. sunt patrii mores*. Et hoc exemplis demonstretur lege definitum non est, an in oppido ruina collapsum ædificium quis possit convertere in aliam faciem, puta in hortum, aut vineam: & ideo in ea re valet, & spectatur oppidi consuetudo. Et hæc species est apponenda ad *legem 1. h. tit.* hæc est propria species *l. 1.* ut constat ex *l. 3. sup. de ædific. privat.* in qua, & pars *l. 1.* iisdem verbis exponitur, & utriusque legis eadem debet esse inscriptio & subscriptio, & ita alia ex alia fœnerari lumen: vel etiam pone aliud exemplum: quia lege definitum non est, an a judice possint evocari testes, qui rei dirimendæ dicuntur a partibus sufficere posse, qui producuntur a partibus, an a judice possint evocari testes per longum iter, an vero ad eos mittere debeat, qui eorum testimonia excipiat? deficiente lege, in ea re valet consuetudo cujusque regionis, *l. 3. §. ult. ff. de test.* Item quæ privilegia ex consuetudine dantur officiis, ut ait *l. 3. hoc tit.* id est, apparitoribus Judicum, vel civitatibus, id est, quæ privilegia sibi civitates vindicant ex longo usu, vel principia, inquit, id est, principia numerorum militum, vel collegia quædam, ea habent ex consuetudine firmo jure, quod de eis nil legibus proditum sit, *l. 3. h. tit.* Item quia usurarum quidem modus lege finitus est, puta ne excedat centesimam, tamen intra eum modum in singulis provinciis, quibus usuris occupandæ sint pecuniæ, levioribus, an gravioribus, & summis, id est, centesimis: hoc quia lege finitum non est, ideo in eo spectatur consuetudo cujusque regionis, *l. 1. ff. de usur. l. idemque, §. sed & pecuniam, ff. mand.* At in iis, quæ palam lege sunt definita, consuetudo non potest vincere legem, ut *ait l. 2. h. tit.* ut lex est de modo usurarum, quem excedere non liceat: hanc consuetudo vincere non potest, ut & nominatim scriptum est in *l. eos, sup. de usur.* lex est, imo leges sunt plures, ne alius pro alio conveniatur, ne pater quidem pro filio, nisi de peculio, aut filius pro patre, vel matre, aut uxor pro marito, &c. hanc legem consuetudo clarigationum, sive oppignorationum *represailles* vincere non potest: ut quod mihi extorsit Italus, ego non repetam ab alio Italo, nisi id mihi princeps permiserit, *faut avoir lettres de marque*. Repetere ab alio, quod alius mihi debet, hoc est *clarigare*, aut *rapere*, quæ consuetudo, si quo loco introducatur, non potest vincere legem, ne alius pro alio conveniatur. Et ita de hac specie est proditum in *Novell. 52. in princ.* Ergo legem vincere consuetudo non potest, ut ait *l. 2.* Obstat quod dicitur tacito consensu populi legem obliterari, *d. l. de quib. l. un. sup. de cad. toll.* quæ est alia virtus consuetudinis, ut abroget legem:

A Nam & *desuetudo*, id est, non uti lege, est consuetudo: privatio actionis actio est, quia nec desinit populus uti lege, quin incipiat uti suo more legi contrario. Respondeo consuetudine longa legem abrogari, hoc non esse legem vincere, sed vincere legem est in ipso conflictu, dum vivit lex, & urget, nec dum consuetudo obtinuit per omnia in judicio, aut consensu omnium, neque percrebuit, sed tantum gliscit, & invalescit, & increscit superare legem. In hoc statu rerum consuetudo, non vincit legem. Ceterum ubi lex penitus exolevit tacito, inveteratoque consensu plus valet consuetudo, etiamsi sit usurpata paulatim contra leges, nisi reducatur lege antiqua, ut ecce lex Pompeja vetabat in Senatum Bythinicarum civitatum adscribi civem alienum, quæ post abiit in desuetudinem, & obtinuit longa consuetudo contra legem B Pompejam usurpata, ut adscriberentur in Senatu etiam alterius civitatis cives, ut ait Trajanus 10. epist. Plinii, qui etiam ex præterito nil novat, id est, non immutat, quod præterita consuetudo fecit, non Senatu pellit eos, qui ex consuetudine adscripti sunt in Senatum, ne sit causa ullius perturbationis, sed tantum vult legem Pompejam in futurum observari: & ita hac de re statuendum est.

Ad L. II. Consuetudine, ususque longævi *non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.*

Dixi *legem 2. h. tit.* pugnare videri cum *l. de quibus, in fine, D. de legib.* & in hac pugna dirimenda totos C esse juris interpretes. Ceteras quæstiones, quæ incidunt in hanc materiam, eis perfaciles videri. Et pugnare videri, quia *lex 2.* ait: *longæ quidem consuetudinis non esse vilem auctoritatem, sed non usque adeo sui valere momento*; quæ verba glossa non intelligit, id est, non esse tanti momenti, ut legem possit vincere, & rationem. At *lex de quibus*, ait: *legem per desuetudinem abrogari*, ac similiter *l. un. sup. de caduc. toll.* legem Papiam fuisse abolitam per desuetudinem, & in *§. pen. Instit. de ju. natur.* leges mutari tacito consensu populi. Leges igitur mutari, aboleri, abrogari per desuetudinem: nec facias (ut Græci) differentiam inter desuetudinem, & consuetudinem, ut dicas, *leges abrogari desuetudine, non consuetudine*: nam & desuetudo (ut dicebam) consuetudo est: & vix est, ut populus desuescat aliqua lege uti, quin & consuescat simul D uti more legi contrario: & e diverso vix est, ut populus consuescat uti jure novo, quin desuescat uti antiquo jure scripto. Et ita in *l. si sine herede, §. Lucius, ff. de administrat. tut.* Hæc consuetudo civitatis, ut onera tributorum, & stipendiorum onera fiscalia agnoscat dominus, non conductor prædii, quid aliud est, quam desuetudo legis, quæ vult, ut hæc onera sequantur conductorem sicut emptorem, *l. prædiis, ff. de jur. fisc.* Item in *l. vendit. §. si constat, ff. com. præd.* Hæc consuetudo regionis, ut ex lapidicinis, quæ sunt in agro meo, liceat hominibus ejusdem regionis, invito me, excidere, & evehere lapides præstito mihi solatio, id est, mercede certa, pretio certo, quæso quid aliud est, quam intermissio, & desuetudo legis notissimæ, & in libris juris sæpius repetitæ, jus non esse quidquam faciendi in meo invito me, jus alii non esse E quicquam auferendi ex re mea, jureve meo. Et præterea in *l. item eorum, ff. quod cujusque univers.* hæc consuetudo, ut in curia, in petitione honorum suffragium patris non prosit filio, vel contra: hæc inquam, consuetudo quid aliud est, quam desuetudo legis, quæ statuit, ut ibidem proponitur, in honorum petitione, si ambo decuriones sint pater & filius, id est, senatores ejusdem curiæ municipalis, suffragium patris prodesse filio, & contra. Ergo non est in hac re (quod etiam non statuit *l. de quibus*) statuenda differentia inter usum, & non usum, inter consuetudinem, & non consuetudinem, seu desuetudinem. At dicebam, in ipsa contentione, atque conflictu, cum alter utitur lege, quæ nondum prorsus exolevit, alter consuetudine, quæ paulatim increbrescit, nondum

nondum est inveterata, nondum stabilita, nondum contradicto judicio comprobata, nondum recepta consensu omnium, *non esse tanti consuetudinem nascentem, & paulum exorientem, ut possit vincere legem nondum extinctam*. Et ita consultus Imperator respondet Proculo, is fuit Proconsul Africæ, quod notandum in hac *l.*2. ut *l. pen. de legib.* ait, cum dubitatio emergit de novo jure, quo scilicet populus uti incipit contra legem antiquam, & quod inveterato usu, inquit, non adhuc stabilitum est, tum a magistratibus consulendum esse principem, qui utique id responsurus est, quod habetur in *l.*2. Contra vero si consuetudo inveterata constabilita, & rerum judicatarum auctoritate firmata sit, jaceat autem lex, & sileat, quis non videt, legem minorem esse consuetudine, potentiorem consuetudinem, vel potius deficere legem, tanquam obliteratam tacito consensu omnium, nam consensum omnium exigit *d. l. de quibus*: lege autem deficiente, dominari consuetudinem, & legis vim obtinere, quoad lex vetus renascatur, & redeat. Ad hæc dicimus, legem, quam ratio commendat, esse potiorem consuetudine, quæ nulla, aut parva ratione constat, & hoc esse, quod ait *l. quod non ratione, ff. de legib.* quod non ratione est introductum, sed errore primum, dein consuetudine obtentum, in aliis similibus non obtinere, id est, non obtinere semper in eodem genere controversiarum, nec ex eo in aliis causis duci idoneum argumentum, nec legis vim obtinere consuetudinem etiam inveteratam, cujus non ratio, sed error parens est, ut dicebam ex Novella 52. Hanc legem, ut alius pro alio non conveniatur esse potentiorem, etiam longa consuetudine, quæ rapere permittit, quod est *clarigare*, & alium vexare pro alio. Nam & ejus consuetudinis, quæ ratio est? Et ad *d. legem quod non ratione*, soleo apponere exemplum ex *l. solent, ff. de offic. proconf. conjunct. l.*1. *ff. de offic. ejus cui mand. est jurisd.* cognitionem rerum capitalium, seu judicii publici exercitionem, quod idem est, nullus magistratus habet suo jure, sed beneficio legis, quæ nominatim ei hanc potestatem dedit, & eatenus, quatenus dedit, ut si dederit magistratui lex jus deportandi, non habeat jus confiscandi rei, id est, publicandi bona ejus, quia merum imperium est legis. Imperium lege datur non tantum magistratui, sed & quandoque privato, non etiam competit jure magistratus. Ex quo sequitur eam potestatem, *non posse mandari alii, non posse delegari, quia eam non habemus nostro jure*, & quod nostri proprii juris est, id tantum alii delegare, seu mandare possumus, *l.*5. *ff. de jurisdict. omn. judic.* & tamen, ut ait *l. solent*, solent magistratus cognitionem rerum alii mandare. Hæc est consuetudo, ut alii mandent cognitionem criminum, merum & imperium: sed quid de hoc genere mandati sentiunt juris auctores? Eadem lex ait esse mandatum extraordinarium, id est, non esse legitimum, & *l.*1. *ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict.* errare magistratus, qui hoc faciunt. Hæc ergo consuetudo non ratione constat, sed errore: ergo nos non obligat, non habet vim legis. Contra consuetudo, quam ratio suasit, ut recte ait *l.*1. major scilicet ratio quædam, majorque utilitas publica, quam spectare est proprium munus legum, & morum, ea certe est potior lege, cujus ratio, vel cessavit, vel minor est, vel minus confert Reipublicæ. Et sic consuetudo plane abrogat legem, lex autem (ut ait Claudianus) *resumit priscam canitiem*. Et ita illa legum pugna est dirimenda, non inconditis traditionibus, quales sunt multæ. At ut & hoc resumam iterum, vires longæ, & probatæ, & perpetuæ, nec a ratione naturali abhorrentis consuetudinis hactenus has esse ostendi, ut legem abroget, ut legis vim obtineat: ergo ut habeat eosdem effectus, quos habet lex, id est, easdem virtutes, puta, *imperare, vetare, permittere, punire, l. legis virtus, ff. de legibus*. Fabius 7. Institut. addit, *tribuere, & adimere*. Item consuetudinis tanta est vis, ut lex non alia ex causa nos teneat, quam quod etiam consuetudine approbata sit. Sed addamus, hanc etiam esse vim consuetudinis, ut sit optima legum interpres, id est, cum de interpretatione legis quæritur, tum quærendum esse quemadmodum ea lex in foro semper accepta sit, optimam legum interpretem esse consuetudinem, sive trituram forensem, id est, continuatam & tritam usus meditationem. Eadem definitio, quæ fabricæ Vitruvio, *Fabrica est continuata, & trita usus meditatio*. Eadem definitio πείρας, seu πράξεως. Justinianus *Novella de judic.* ait πείρας, dum ait, *judicem peritum esse debere νόμων καὶ πείρας*, quoniam πεῖρα est optima legum interpretatio: & ita Halicarna.7. παντὸς ἀμφισβητουμένου τοῦ δικαίου κριτήριον εἶναι δοκεῖ κράτιστον ὁ χρόνος: id est, *quocumque de jure sit controversia, optimus censor & interpres juris est tempus*, id est, *usus longævus, consuetudo longa*. Restat tantum, ut adnotemus, cum *l.*3. *hoc tit.* conjungendam esse *legem* 1. *sup. de offic. jud.* & *l. petitionem, sup. de advocat. divers. judic.* Omnes hæ leges sunt scriptæ Alexandro Duci, & ita est restituenda inscriptio hujus legis tertiæ: *Ægyptiaci limitis, & præfecto Augustali*, & subscriptio, quæ est integra in hac *l.*3. eadem est reddenda, & applicanda *d. l.*1. *& l. petitionem*. Certum est autem, olim in unoquoque foro fuisse certum corpus & collegium advocatorum, certum numerum, ut constat ex illo *tit. de advoc. divers. jud.* Et huic corpori advocatorum usus longævus, sive consuetudo longa præter constitutiones principum, etiam dederat privilegia multa. Nullum est corpus, collegium, aut civitas, quæ non habeat privilegia quædam, vel a legibus, vel a moribus. Et ea, quæ data sunt corpori advocatorum, *d. l. petitionem*, ait se velle intacta & inviolata servari specialiter de collegio advocatorum. Sed in *l.*3. *h. t.* subjicit, *generaliter etiam privilegia antiquitus data consensu tacito & illiterato quibuscunque civitatibus, vel officiis*, id est, *corpori apparitorum, qui obsecundant judicibus, vel Principiis numerorum militarium, vel collegiis, vim legis obtinere*. Ad ad id nonnihil facit *lex* 3. *inf. de Decurial. urb. Rom. lib.*11.

AD TITULUM LIII.

DE DONATIONIBUS.

RETULI titulum superiorem ad *tit.*48. *de emancipat. liberor.* seu ad *leg. ult.* ejus tit. in qua de longa consuetudine agitur, de qua etiam glossæ accipiunt *l.*1. ejusdem tit. Nunc hunc titulum refero ad titulum illi proximum, puta 49. *de ingrat. lib.* ut quemadmodum hi duo tituli sunt vicini, ita apte referantur ad duos titulos æque vicinos, & ab iis distantes propius. Refero, inquam, hunc *tit. de donationibus* ad titulum *de ingratis liberis*, quo data est actio ingrati adversus filium emancipatum emancipationis rescindendæ gratia. Et nunc, quia daturus est aliam actionem ingrati adversus donatarium donationis rescindendæ & revocandæ gratia, quod facit in tit.55. ideo prius instituit generaliter tractare de donationibus: & hanc relationem, quam facio hoc titulo ad titulum *de ingratis liberis*, qui præcedit, & ad tit. *de revoc. donat. tit.*55. aperte confirmat Codex Theodos. in quo titulus *de revocan. donat.* statim subjicitur *tit. de ingrat. liber.* Cur? nisi quia hoc datur actio ingrati adversus emancipatum, illo vero adversus donatarium. Et definitio si quæratur donationis, non est alia quærenda, quam quæ ab Aristotele duobus verbis tradita est 4. Topic. ut sit δόσις ἀναπόδοτος, id est, datio ita ab aliquo profecta, ut nullo casu revocari possit: Nam datio est genus donationis: non omnis datio est donatio: datio ex causa permutationis, non est donatio, quia vicissim alia res datur. Datio igitur genus est, licet donatio aliquando sumatur generaliter pro datione, sive traditione, ut in *l. quemadmodum, ff. de jure dot.* secundum scripturam Florentinam: Legatum etiam dicitur esse donatio: eodemque modo potest definiri fideicommissum, sed non est commiscenda cum donatione, de qua agitur hoc titulo. Nam hic agitur de directa & simplici, quæ fit inter vivos:

os: legatum, & fideicommissum est donatio mortis causa, sive mortis causa capio, quæ testamento tantum relinquitur, aut codicillis, aut fideicommisso per epistolam ab intestato. Item legatum & fideicommissum potest adimi: donatio, de qua hic agitur, non potest, & datio est ἀναπόδοτος. Et hoc genus donationis, ut perficiatur, *h.tit.* ostenditur, veluti traditione, mancipatione, cessione in jure, & quandoque per epistolam, non inter omnes, sed inter conjunctas personas: nam inter eas donatio quoquo modo facta, valet, ut ait Paulus 4. *Sentent. tit.*1. Et ita in *l.*5. *&* 13. *h. tit.* dum proponitur donatio facta per epistolam, ponendum est factam eam fuisse inter conjunctas personas: Et vero Uraniam, ad quam scripta est *lex* 13. fuisse filiam donatoris ostendit *l.*1. *sup. comm. de success.* quæ est conjungenda cum *l.* 13. Item quando rei donatæ traditio facta intelligatur, & quæ sint necessaria, ut valeat donatio, hic titulus ostendit: proponit etiam generalem regulam: perfectam donationem revocari non posse, a qua postea excipit causam ingratitudinis, quam potissimum respicit hæc, quæ instituta est tractatio de donationibus. Dixi de definitione donationis, quod rursus perstringam paucis. Donatio est datio ita profecta ab aliquo, ut nullo casu revocetur, quod, ut dixi, Aristoteles expressit duobus verbis. Datio est genus, quo etiam continetur dos, & mutuum, & permutatio, & legatum, & fideicommissum, & donatio causa mortis, & donatio vera, & absoluta, de qua est hic titulus, quæ nullo casu revocari potest. Illæ donationes repeti, vel revocari possunt. Dos repetitur soluto matrimonio: mutuum constat repeti & exigi sæpe magna instantia. Datum item ex causa permutationis repetitur, re non sequuta: legatum, fideicommissum, donatio causa mortis revocatur pœnitentia, sive ademptione. Et ex iis donationibus, quæ donationes dicuntur, veluti dos, & legatum, & donatio causa mortis, non sunt veræ & absolutæ donationes, ut ait *l. senatus*, *ff. de mort. caus. don.* de quib. est h. tit. sed mortis causa factæ, veluti legatum, fideicommissum, donatio causa mortis, est revocabilis donatio. Ergo non sunt donationes, de quib. est *h. tit.* qui est de irrevocabilibus, exceptis quibusdam causis gravissimis, quæ explicabuntur in tit. *de revoc. don.* Nunc tractemus, quomodo perficiatur donatio. Jure antiquo donatio non perficitur nudo consensu, non literis, sed vel verbis, id est, interposita stipulatione, vel re, id est, traditione. Ergo non interposita stipulatione donatio perficitur traditione. Et *tradere* videtur non tantum, qui rem de manu in manum tradit corporaliter, ut loquimur, vel qui abscedit possessione fundi, ut mox eam ingrediatur donatarius, sed etiam tradere videtur, qui ejus rei, quam donat, emptionis, seu auctoritatis instrumentum tradit, *le tiltre de l'acquisition*. Quod ostendit *l.*1. *h. tit.* tradito instrumento auctoritatis, traditam rem videri, quæ donata est: Sicut legato instrumento emptionis prædii, prædium legatum videtur, *l. pen.* §.1. *ff. de legat.*3. Itemque pignerato eodem instrumento, prædium pigneratum videtur, *l.*2. *sup. quæ res pign. oblig. poss.* Et hoc est unum genus fictæ traditionis. Est etiam aliud, quia tradere videtur donator rem donatam, qui in donando sibi recipit, & retinet usumfructum rei, *l. quisquis*, *h. tit.* etiamsi, inquit, non stipuletur, puta sibi utifrui licere. Et ita locus ille est intelligendus .i. ususfructus constituitur in donando, & in personam donatoris transfertur citra stipulationem. Denique non tantum stipulatione ususfructus constituitur, si stipuler mihi utifrui licere, sed etiam si in donando usumfructum mihi retineam. Et abrogat illa *l. quisquis*, legem *pen. C. Theod. eod. tit.* quæ in donatione exigebat corporalem traditionem, nec retentionem ususfructus habebat pro traditione. Et ut plenius est traditum in *l.ult. C. Theod. tit.eod.* ex qua tracta est *lex quisquis*, abrogat *d. l. pen.* quæ omnino exigebat in donatione corporalem traditionem, nec contenta erat fictitia, quia, ut ait, solemnitatem juris, solemnitatem traditionis contrahere potius, quam propagare debemus: & contrahimus, coar-

A ctamus, si non ita præfracte exigimus corporalem traditionem, si fingamus eum rem tradidisse, qui sibi recepit usumfructum, & ita constituit se donatario possidere, & eum possessorem suo ministerio facit, ut *l. quod meo*, *D. de adquir. poss.* Hoc & usus trahit ad precariam possessionem, puta si donator rem donatam constituat, se a donatario precario possidere, quoniam & hoc casu, licet corporaliter rem non tradiderit, tamen fingitur tradidisse, qui eam desiit sibi possidere, & cœpit possidere donatario, tanquam ab eo precario acceptam. Et eadem ratio intervenit, si donator eam rem, quam donavit, nec dum tradidit corporaliter, conducat a donatario, *s'il la loue*, ut in *l. quædam*, *ff. de rei vindic.* Ergo & si eam retineat, ut sibi commodatam a donatario, vel in causam depositi, aut pignoris, quia his omnibus mo- B dis fingitur tradidisse possessionem donatario, & fecit donatarium possessorem his omnibus modis: & retentionem ususfructus olim ante *d. l. pen.* fuisse pro traditione, ait *d. l. ult. C. Theod. eod.* Igitur quod ponitur in *l. Seja*, *ff. de mort. caus. donat.* donator in tradendo sibi usumfructum recepisse, ex eo non sequitur, & eum, qui in donando sibi usumfructum recepit, non videri rem tradidisse: sed ex eo potius sequitur, traditionem corporalem plenam proprietatem transferre in donatarium, nisi nominatim excipiatur ususfructus: Exceptum autem usumfructum, nondum facta traditione ulla, pro traditione esse, quod & Justinianus confirmat *l. si quis argentum*, §. *sed si quidem*, *h. tit.* Et ratio hæc est, quia per donatorem, qui sibi excepit usumfructum, donatarius videtur adquisiisse possessionem, quia donator eo modo sibi possidere de- C sinit, & incipit possidere nomine donatarii, & fingitur brevi manu, &, ut Isidorus ait in *d. l. quisquis*, κατὰ συντομίαν, *quodam compendio*, eam rem tradidisse donatario, & mox ab eo recepisse, & celeritate conjungendarum actionum una actio subripitur & occultatur, ut ait eleganter *l.*3. §.*ult. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Celeritate conjungendorum extremorum, medium occultatur: vix enim ulla sunt extrema sine medio. Plato 9. de ll. οὐκ ὄχ πάντων τῶν ὄντων ὅλως, &c. Fictas igitur traditiones etiam in donationibus jus nostrum admittit, ut in *l.*1. *h.t.* & in *l. quædam*, *ff. de rei vindic.* & in *l. quisquis*, *h. t.* Ergo & ceteras omnes fictas traditiones, in quibus eadem ratio versatur, eademque præsumptio locum habet: ceteras, inquam, omnes, quæ in aliis causis admittuntur. Et movet me ratio generalis *l. ult. C. Theod. eod.* quod so- D lemnitates juris restringere potius debeamus, quam ampliare, quia sunt scrupulosissimæ. Et tamen moribus nostris non temere quælibet ficta traditio perficit donationem, sed corporalis tantum: & ne retentio quidem ususfructus, nisi fiat in re præsenti, & inter præsentes, quod tamen jus nostrum non exigit, & omnino eo jure, quo utimur, semper donationes strictius accipiuntur, & infirmantur facillime. Jure nostro contendo non tantum vera & naturali, sed etiam quacunque fictitia traditione, quæ recipiatur in aliis negotiis, ut in venditionibus, aut dotibus, perfici donationem. Et invenio etiam in *cap.*2. *extra*, *de consuetud.* consuetudinem regni Daciæ probari, ut donator fundos donatos Ecclesiæ videatur, & fingatur tradidisse, & hoc sufficiat perficiundæ donationi, una gleba fundi delata in ecclesiam, & vel altari E imposita, vel tradita in manum Episcopi, vel alterius prælati ecclesiæ: sicut jure civili Populi Romani, ex quo videtur derivata ea consuetudo, una gleba fundi delata ad prætorem, in ea, tanquam in toto fundo vindicatio fieri solebat, cum rei vindicatione agebatur, quod scribit Gellius lib.20. Sicut aditio hereditatis fieri solebat arrepta vel minima re hereditaria, ut in *l.*1. *C. Theod. de legit. hered.* Nam & aditio hereditatis est vindicatio hereditatis, & qui adit hereditatem, eam dicitur vindicare, *l. si tu ex parte*, *in fine*, *& l.ult. ff. de adqu. hered.* *l.*15. *sup. de postlim. & redem. ab host.* Addamus jure antiquo etiam perfici donationem mancipatione sola, id est, per æs & libram, ut *l.*4 *C. Theod. de donat.* vel mancipatione, & traditione simul, ut *l.*7. *eod. tit.* quod *& lex ult. h. tit.* demon-

monſtrat, dum ait, *hæc in uſu fuiſſe in donationibus verba recepta: Dono tibi rem illam, aut vendo ſeſtertio nummo uno aſſium quatuor*: Nam quis non videt hunc ſermonem, vel hæc verba ducere originem a mancipatione, per quam olim ſolemniter fiebat donatio, id eſt, per imaginariam venditionem nummo uno, vel, ut Statius loquitur, aſſe Cajano; quo ſe conjuges nuncupantes Cajum & Cajam coemebant, & ita per coemptionem faciebant nuptias, per imaginariam venditionem emptionem. Unde illa formula, *ubi tu Cajus, ego Caja*. Et inde nomen *nummo Cajano*, quo expletur quælibet imaginaria venditio. Et ita Svetonius in Ottone. *Otto*, inquit *cuidam de parte finium cum vicino litiganti adhibitus arbiter, totum agrum redemit, emancipavitque*. Et Cornelius Tacitus ſcribens eadem de re, *univerſum agrum ſua pecunia emptum dono dedit*. Conjuncti hi duo loci demonſtrant donationem perfici per mancipationem. Non perficiebatur autem donatio jure antiquo inter extraneos, niſi interveniente traditione, vel mancipatione, vel utraque ſimul. At inter parentes & liberos, emancipatos ſcilicet, vel qui ſunt in poteſtate, quia & donatio illis facta, licet ab initio ſit inutilis, & poſſit revocari, tamen ſilentio & morte confirmatur. Inter liberos igitur & parentes conſtitutione D. Pii donatio perficiebatur nuda voluntate, quod oſtendit *l.* 4. 5. *&* 7. C. *Theod. eod. tit.* & Paulus 4. *Sentent. tit.* 1. dum ait, *inter conjunctas perſonas ſufficere, ſi fiat donatio quibuſcumque verbis expreſſa voluntate: nec igitur exigi traditionem, aut mancipationem*. Et conjunctas perſonas intellige liberos tantum, & parentes, id eſt, conjunctiſſimas perſonas, ut ait *l. data, h. tit. Inter neceſſarias*, inquit, *conjunctiſſimaſque perſonas*, ut recte legit Haloander, utque eſt in antiquis omnibus, ut *in C. Theod.* & intelligit tantum parentes & liberos. Hoc autem vult *l. data*, ut etſi donatio fiat inter parentes & liberos, non valeat ſine actorum, ſine publicorum monumentorum confectione, id eſt, niſi donatio publicetur, & inſinuetur apud acta in foro ejus loci, quo donatio fit, etiam ſi res donatæ alibi collocatæ ſint: Nam & *in d.l. data, in fine*, pro *collatis*, eſt legendum *collocatis* ex *l. pen. C.Theod. eod.* Et ſenſus eſt, inſinuationem donationis publice eſſe faciendam, non ubi poſitæ & collocatæ ſunt res donatæ, ſed ubi res agitur, & donatio perficitur. Et quod ita conſtituit *l. data*, inter liberos & parentes factam donationem non valere, niſi inſinuata ſit, hoc gloſſæ excipiunt partim bene, partim male. Male ita, *ſi donatio*, inquit, *fiat ex ſcripto, ſi redigatur in literas*: Nam & ſine ſcripto facta donatio, ac multo magis inſinuationem deſiderat, §. *perficiuntur*, *Inſt. de donat.* Bene autem ita, ſi donatio excedat legitimam quantitatem, alioquin non exigitur inſinuatio. Legitima quantitas fuit olim 200. aureorum, ad quam uſque valebat donatio non inſinuata; poſtea legitima quantitas fuit trecentorum aureorum, & tandem a Juſtiniano facta eſt 500. aureorum, ut ſcilicet liceat uſque ad 500. aureos, non ultra donare citra inſinuationem, aut citra monumenta publica, vel geſta. Ergo recte inquiunt gloſſæ, donatio inter parentes & liberos, ſecundum *legem data*, non valet ſine inſinuatione. Hoc ita verum eſt, ſi excedat legitimam ſummam, alioquin non requiritur inſinuatio. Verum dices, ſi ita accipias *l. data*, lex carebit dubitatione, quoniam idem juris eſt etiam in donatione facta inter extraneos, ut non valeat ſine inſinuatione, ſi excedat legitimam quantitatem. Quid igitur proprium ſtatuit *l. data* in donatione facta inter parentes & liberos, ſi illo modo adhibito ea lex eſt accipienda? Et ſane hac de cauſa & Græci & Latini interpp. quidam exiſtimant, *l. data* ſic eſſe accipiendam, ut donatio facta inter parentes & liberos exigat inſinuationem, etiamſi non excedat legitimam quantitatem. Hoc eſſe ſingulare in liberis & parentibus: quod omnino falſum eſſe ſtatim indicabit *l. donationes, ſup. de donat. inter vir. & uxor.* Et in hunc errorem illi inciderunt ignorantia rationis dubitandi, quæ in eo conſiſtit, quod quemadmodum hoc privilegium datum eſt liberis & parentibus conſtitutione D. Pii, ut donatio inter
A eos facta valeat, & perficiatur nudo conſenſu citra mancipationem, aut traditionem: ita dubitabatur, an etiam inter eoſdem valeret citra inſinuationem, quod non admittit *l. data*. Tollit ergo illam dubitationem. Et hic eſt finis *l. data*, ut dicat, etiamſi filiis & parentibus ſit remiſſa ſolemnitas mancipationis, vel traditionis, non tamen eſſe remiſſam ſolemnitatem inſinuationis, ſi donatio excedat legitimam quantitatem, ut ſcilicet falſi occaſio omnis tollatur publice facta inſinuatione. Nec voluit *l. data* proprium quiddam ſtatuere in liberis & parentibus, quod diverſum foret in cauſa inſinuationis ab extraneorum conditione & jure. Illud eſt poſtremum, ut adnotemus, jure novo donationem perfici ſtipulatione, quod & olim obtinuit: vel, quod nunquam antea obtinuit, hodie donationem perfici *nudo conſenſu*, &
B nuda voluntate, non tantum inter parentes & liberos, ſed inter quoſcunque, ſicut emptionem. Emptio perficitur nudo conſenſu: donatio perficitur nudo conſenſu, impletur traditione, ſicut nuptiæ quoque perficiuntur nudo conſenſu, implentur concubitu. Et in donatorem ex conſtitutione Juſtiniani, id eſt, ex *l. ſi quis argentum*, §. *ſin autem hoc minime*, donatione perfecta nudo conſenſu, donator eam cogitur adimplere, & conſummare traditionibus factis per condictionem ex lege Juſtiniani, non tamen cogitur cavere de evictione, ſicut venditor, niſi ita ſtipulatione cautum fuerit, nudum pactum non ſufficit ad obligandum donatorem evictionis nomine, *l. 2. ſup. de evict.* Ergo perficitur quidem donatio nudo conſenſu, & impletur traditione, ut emptio venditio, ſed non per omnia, puta non in ceteris om-
C nibus eodem jure eſt donatio, quo emptio venditio. Quod dixi nudiuſtertius, etiam in donationibus perficiundis admitti fictas traditiones, quas in aliis cauſis admittunt jura civilia, ut ſi donator tradat inſtrumentum emptionis rei, non rem ipſam, res pro tradita habetur, *l. 1. h. tit.* vel ſi retineat uſumfructum in ea re, *l. quiſquis, h. tit.* vel ſi eam rem a donatario conducat nondum ei traditam corporaliter, *l. quædam, ff. de rei vindicat.* hoc hodie confirmabo aliis exemplis: Si donetur res ei, qui ex alia cauſa volente domino eam rem nactus eſt, & tenet, veluti ex cauſa commodati, vel depoſiti, vel locati, quia nunc & eum videtur habere ex cauſa traditionis, fingiturque tradita ex ea cauſa, quam patitur apud eum eſſe, *d. l. quædam, & l. abſenti, ff. de don. l. 9. §. interdum, ff. de adquir. rer. dom.* Idemque erit, ſi nuda voluntate
D donatoris in poſſeſſione ejus rei fuerit ſine titulo, ut *l. 12. ſup. de contrah. empt. l. 2. ſup. ſi quis alt. vel ſib. l. 2. ſup. de adquir. poſſeſſ.* Nihil refert donator relinquat, an transferat poſſeſſionem rei donatæ, *l. 8. ſup. comm. utriuſ. jud.* Nil intereſt donatarius inferat in domum ſuam rem donatam, vel veniat in ejus poſſeſſionem voluntate donatoris, an ei tradatur a donatore, *l. ſi ego, §. pen. ff. de jur. dot.* voluntate, inquam, donatoris: Nam ut emptor, ita donatarius per ſe non recte venit in poſſeſſionem rei emptæ vel donatæ, *l. fundi venditor, ff. de adquir. poſſeſſ.* donatio fieri dicitur non tantum inter præſentes, ſed etiam inter abſentes, veluti per literas, per epiſtolam, *d.l. quædam, & l. 5. & 13. h. tit.* Nec tamen perficitur literis, ſed ſequuta traditione demum vera, vel ficta, *l. 6. h. tit.* Et quæ eſt perfectio donationis, eadem quoque conſum-
E matio ejus eſt, ut *l. 4. ff. de don.* dicitur per interpoſitam perſonam conſummari donationem poſſe, veluti per nuntium, qui rem perferat ad donatarium, *l. abſenti, eod.* Et longe alia eſt ratio, ſi jus antiquum ſpectes emptionis venditionis, quæ perficitur nudo conſenſu, conſummatur & impletur traditione rei, & numeratione pretii, *l. ſi quis alienam, ff. de act. emp.* Nec in emptione venditione idem eſt perfectio ac conſummatio. At ex conſtitutione D. Pii, ut oſtendi nudiuſtertius, etiam nudo conſenſu perficitur donatio inter parentes & liberos, & hodie ex conſtit. Juſtiniani inter omnes, exemplo emptionis venditionis. Ergo & per nuntium, & per epiſtolam. Conſummatur autem traditione rei donatæ. Denique hodie in donatione non eſt idem perfectio & conſummatio.

Sequitur aliud exemplum fictæ traditionis: Si quis consentiente domino, & volente donare, rem ejus veluti suam deferat *in censum*, id est, in tabulas publicas, testes census, & facultatum cujusque: Nam & hoc modo ea res pro tradita habetur, *l.7. hoc tit.* Idemque erit si (ut ponenda est species in *l.8. h. tit.*) mater rem suam deferat in censum tanquam rem filii sui animo donandi, quem utique animum, qui hoc facit, semper habere intelligitur, nisi probet, se hoc non fecisse animo donandi certis & manifestis conjecturis prolatis in medium, & hoc vult *l.8.* Præsumptio, quæ pro filio facit, transfert onus probandi in matrem, ut in *l. generaliter, §. si petitum, in fine, ff. de fideicom. libert.* Alias vero, qui rem alienam veluti suam, deducit in censum sine voluntate domini, dominii causam non mutat. Alioqui quis non hac ratione brevi fieret locupletissimus? *l. quæ quisquis, ff. de adquir. rer. domin. l. forma, §. si cum ego, ff. de censib. l.3. sup. ne rei domin. vel temp. & l.7. h. tit.* Marcus Tullius pro Flacco: *Primo quidem pertinuit*, inquit, *cum te audisset, servos suos esse censum, retulit ad Jurisconsultum: constabat inter omnes, si aliena censendo Decianus sua faceret, eum maximam habiturum esse rerum copiam.* His consequens est, ut nec mutet causam dominii, quæ censum sequi solet, solutio functionum publicarum, sive tributorum, & annonarum militarium, si fiat a possessore, qui rem alienam, quam possidet, retulit in censum, *l.4. h. tit.* Unde in *l.2. sup. pro soc.* si ego & tu communiter fundum emerimus, proculdubio dominium fundi ad utrumque pertinet, quia communi nomine emptus est, tametsi ego solus pretium numeraverim de meo, solusve publicas functiones exsolverim: nec enim ideo ejus fundi solus ero dominus. Et sic est explicanda *d. lex 2.* Et hæc dixisse sufficiat de ratione perficiundæ donationis rerum corporalium. Rerum incorporalium, veluti nominum, seu obligationum donatio perficitur cessis actionibus, *l.11. in fine, hoc tit.* Et fit ea cessio etiam invitis debitoribus, *l.2. h. tit. l.1. sup. de novat.* sive pura sit obligatio, sive sub conditione contracta: Nam & spes futuræ actionis cedi & donari potest, *l.3. h. tit.* Cessio actionis est mandatum, quo procurator constituitur ad eam actionem instituendam. Constituitur autem procurator cessa actione, vel in rem nostram, ut emolumentum litis ad nos redeat: vel in rem ipsius procuratoris, ut si ei donavero nomen debitoris, vel si vendidero, cedam illi actionem in debitorem, & ita faciam eum procuratorem in rem suam, ut sibi habeat, quod judicio consequutus fuerit, non in rem meam, qui donavi, aut vendidi actionem. Et multum interest, in rem suam constituatur procurator, veluti donatarius, aut emptor, an in rem alienam, quod nobis explicandum est diligenter: Et hic tractatus explicabit legem *illam*, quæ est elegantissima. Dicamus ergo primum *de procuratore in rem suam*. Erat olim differentia in hac re inter donatarium, & emptorem, quod emptor actionis sibi cessam actionem transmittebat in heredem, etiamsi moreretur ante litem contestatam: Poterat etiam alium facere procuratorem ad agendum, antequam ipse litem contestatus esset, quod tamen omne denegabatur donatario, qui non nisi post litem contestatam poterat alium facere procuratorem ad litem exequendam, nec nisi post litem contestatam transmittebat actionem ad heredem suum, *l. illam, h. tit.* nimirum donatione strictius accepta, ut cras demonstrabo auctores juris semper accepisse donationes restricte, quod fiant sæpe temere & inconsulto. Collegit alias differentias inter donatarium & emptorem, donatorem & venditorem Modestinus lib.8. differentiarum, quod ad res venditas edictum ædilitium, & redhibitoriæ actiones pertineant non ad res donatas, *l. ad res, ff. de ædilit. edict.* Et quod emptor ex mora debeat pecuniæ usuras, non etiam donator pecuniæ per stipulationem, *l. eum qui, ff. de donat.* Et quod ademisse legatum videtur indistincte, qui rem legatam donavit: qui vendidit, non sine distinctione, utrum necessitate coactus vendiderit, qui non videtur ademisse legatum, an ultro, qui videtur ademis-

A se legatum, *l. rem legatam, ff. de adim. legat.* Omnes has differentias posuit, ut illarum legum inscriptiones demonstrant, Modestinus 8. Different. nec est dubitandum, quin posuerit etiam illam, de qua agitur in *l.33. h. tit.* Et hanc quoque, quod venditor ususfructus, retinet usumfructum, etiamsi emptor non utatur, quia pretio fruitur, & qui pretio fruitur, non minus videtur rem habere, quam qui re principali utitur fruitur. Donator autem non retinet usumfructum, nisi donatarius utatur fruatur, *l. non utitur, & duab. sequent. ff. de usufr.* Et hanc quoque, quod donatarius evictionis nomine non habet regressum ad donatorem, nisi de eo stipulatus sit. At emptori est regressus evictionis nomine ad venditorem, etiamsi de eo nil convenerit inter emptorem & venditorem, *l.2. sup. de evict.ion.* At prima illa differentia inter

B donatarium & emptorem tollitur in *d. l. illam*. Ex qua, ut emptor nominis, ita donatarius transmittit actionem ad heredem, licet ex ea litem contestatus non sit, vel jus litis contestationis non impetraverit a Principe, ut ait *l. illam*. Et notandum, jus litis contestationis impetrari rescripto Principis, quo scilicet Princeps statuat actionem eodem jure esse, quo si ex ea lis contestata esset, ut in *tit. quand. libell. princ. oblat. lit. cont. sup.* Denique ut mortuo eo, qui donavit, aut vendidit, relictis heredibus ante litem contestatam a donatario, vel emptore, mandatum, sive procuratio non extinguitur, quæ facta est in rem procuratoris, non in rem mandatoris, *l.1. sup. de obl. & act.* Ita nec mortuo emptore, vel donatario ante litem contestatam, mandatum actionis extinguitur, sed transit ad heredem emptoris, vel donatarii. Item ex *l. illam*

C donatarius re integra, id est, ante litem contestatam, sicut emptor, alium ad agendum procuratorem instituere potest. Et sublata igitur est illa vetus differentia, quæ strictius accipiebat donationem, quam emptionem, constituta inter donatarium & emptorem. Et hæc de procuratore, id est, de eo, cui cessa est actio in rem suam. Nunc dicamus de eo procuratore, cui cessa est actio in rem alienam, id est, in rem mandatoris. Hic si moriatur re integra, id est, ante litem contestatam, non transmittit actionem ad heredem. Post litem contestatam transmittit, quia litis contestatione factus est dominus litis: & ita constituit Julian. Imperator in *l. nulla, sup. de proc.* de qua Juliani constitutione sensit proculdubio Symmachus 1. *Epist. ad Theod. Imper.* his verbis: *successit aliud, ut obitu Martianæ clarissimæ feminæ, mandatum diceretur*

D *extinctum: sed contra venerabilis Juliani sanctio stare procuratorum jussit officia, causarum dominis viventibus inchoata per litis contestationem.* Plane igitur intelligit legem *nulla*. Denique sive moriatur ipse procurator in rem alienam constitutus ante litis contestationem, sive mandator, mandatum morte extinquitur, *l. mandatum, sup. mand.* Sicut & jussum, puta adeundæ hereditatis morte extinquitur, *l. si per epistolam, ff. de adquir. hered.* Et cessitia tutela finitur morte cedentis apud Ulp. *lib. regul. tit. de tut.* Item procurator factus in rem alienam, ad agendum scilicet, vel defendendum, ante litem contestatam alium facere procuratorem non potest. Et hæc omnia hodie ad unguem observantur, quod ostendit etiam *d. lex nulla*, nisi dominus ei permiserit, ut alium quocunque tempore institueret procuratorem ad litem

E de mandato, ut in *cap.1. de proc. lib.6.* Nil ad hanc quæstionem facit *lex si quidem, sup. de obligat. & act.* quam adducit Accurs. ad *d. l 33.* Nam si recte apponatur species *l. si quidem*, dominus non cessit actionem suam cuiquam, sed mandavit tantum debitori suo, ut solveret Titio, quem Titium negat habere actionem adversus debitorem, non abs re, quia cessa ei fuisse non ponitur. Itaque ea lex nil facit ad propositam quæstionem. Hæc vero omnia, quæ hactenus diximus, sunt de procuratore ad lites, seu actiones, posita differentia inter eum, qui factus est procurator, id est, cui cessa est actio in rem suam, & eum cui in rem alienam. Ceterum ab eo procuratore, qui constituitur ad lites, longe distat procurator institutus *ad negotia gerenda*, qui fit semper in rem alienam: & hic

hic quocunque tempore potest alium facere procuratorem, etiamsi dominus specialiter id ei non permiserit, *l. si procuratorem*, §.1. *ff. mand. & d. cap.1. de procur. lib.6.* Excipitur unus casus in *cap. ult.* si procurator instituatur ad contrahendum matrimonium nomine alterius, quod fit sæpe, maxime inter principes: nam in re tanti momenti, non permittitur procuratori aliud facere, nisi dominus, id ei permiserit nominatim. Est etiam alius casus *in l.pen. §.item adjiciendum, ff. de divers. & temp.præscr.* si rem vendendam mandavi, quia cum agatur de alienatione rei meæ, ei soli licebit vendere, cui mandavi, & tradere, & alii inutiliter eam ipse, cui ego mandavi ut venderet, alii vendendam mandabit, nisi, ut ait J.C. illo loco, *id ego ei nominatim permiserim, sans qu'il ait eu licence de subroger*, quoniam agitur de abalienatione rei meæ. Sed illo loco, ubi est scriptum (*qui postea mandaverit*) errore frequentissimo in Pandect. Florent. quæ nobis debent esse sacratissimæ (*qui*) scriptum est, pro (*cui*) sicut & paulo ante illo loco, *qui vendendum mandaverat*, more scriptoris Florentinarum, *qui*, pro, *cui*: alioquin ille locus torqueret mirum in modum. Multa alia ad perficiendam donationem requirit constitutio Constantini ad Maximum præfectum urbi *in l. 25. hoc tit.* quam hodie potissimum explicabo cum omnibus aliis, quæ illam sequuntur usque ad leg.34. Multa alia requirit constitutio Constantini, ut perficiatur, valeatque donatio, quæ tamen magna ex parte postea rescissa sunt, ut in eis explicandis admonebo. Et primum Constantinus in *l.*25. vult, donationem fieri sub hac observatione, inquit, ut quas leges indulgent actiones, contineat, id est, ut fiat per actus legitimos, puta cessionem in jure, ut *l.1. C.Gregor. de donation.* vel per mancipationem, vel per traditionem solam, vel per traditionem, & mancipationem simul: nam & hos actus conjungi posse ostendit *l.7. C. Theod. de don.* & Paulus 2. *Sentent.tit.*17. his verbis: *Res empta mancipatione, & traditione perfecta, &c.* Actiones igitur hoc in loco sunt actus, ut Theodorus vertit, πράξεις, non jura experiundi in judicio. Quas igitur leges indulgent actiones, id est, actus legitimos, qui tamen constitutione Justiniani sunt remissi, & hodie donatio nudo consensu perficitur, etiamsi non contineat legum actiones, id est, actus legitimos. Interpretes non intelligunt ea verba. Et adjecit Constantinus in hac *l.*25. ut, quæ fit donatio sub conditione, vel lege, aut modo aliquo, de qua proprie agitur *tit. seq.* contineat, quas leges indulgent conditiones, atque pactiones, id est, conditiones, pactionesque legitimas, non jure improbatas, non turpes, non inhonestas, non illegitimas, non illicitas, quarum exempla multa suppetunt: & his conditionibus cognitis, atque legibus, quas rebus suis in donando donator dixit, tum, ut donatarius donationem, vel recipiat, vel rejiciat. Vult igitur donationem fieri conditione donationis, & causa cognita donatario, atque perpensa, nec donationem fieri μονομερῶς, sed ab ipso donatario agnosci, & accipi, quod etiam indicat *l.15. sup. de sacros. Eccles.* quæ est constitutio Græca. Et unum casum ponit, quo donatio etiam a nemine accepta valet, ut si quid donetur ecclesiæ, vel pauperum, aut peregrinorum habitationis ædificandæ gratia. Hæc donatio consistit, etiamsi nemo ecclesiæ nomine eam agnoscat, & amplectatur. Alias non valet donatio μονομερῶς (*quand elle n'est point acceptèe*) Nec alia est ratio, cur in *l.26. h. tit.* donatione collata a patre in filium emancipatum infantem, cujus nullus est affectus, ut possit oblatam donationem accipere, & animo complecti, necesse sit per servum infantis rem peragi, ut per eum nomine infantis ei donatio adquiratur: cur? nisi quia non potest esse donatio sine acceptione, id est, nisi donatarius eam accipiat, vel servus ejus nomine ejus. Unde *in l.8. §. sed etsi, ff. de bonis libert. si libertus patrono donavit, ille autem accepit.* Verum ut totam eam *l.26.* exponam, ait, *a patre donationem fuisse collatam in filium emancipatum*: Nam in filiumfamilias collata donatio imperfecta est, *l.11. & 17. h. tit.* Et ait, *infantem per servum suum accipere donationem animo servi sui.* Quid si non habeat servum? Est ei emendus, ut per eum ea res expediatur, vel adhibendus est servus publicus, ut *l.2. ff. rem pup. salvam for.* Et hoc si pater donaverit filio emancipato infanti, forte in eo emancipando, ut fit: nec enim dimitti solent filiifamil. quin eis aliquid erogetur a parente, quo tolerent vitam suam. Quid si alius quidam huic filio infanti aliquid donaverit? Donatio perficietur tutore auctore. Et ita Joannes accipit recte *l.3. sup. de adquir. possess.* Ergo perficietur patre auctore, videlicet si emancipatione manumissor extiterit, ut ait *l.5. sup. de dol.* vel auctore eo, qui manumissor extiterit, ut apud Ulpianum *libro regul. tit. de tut.* & ita explicanda est *lex 26. h. tit.* Redeo ad *l.*25. Addebatur in constitutione Constantini, quod extat etiam *in C. Theod.* sed divulsum est ab hoc loco, & translatum *in tit. de administr. tut. l. pupillorum, sup.* ut scilicet si tutor, vel curator minoris, cum aliquid donatur minori, negligens fuerit in excutienda conditione donationis forte gravi nimis, & onerosa minori, & molesta, & ea conditione neglecta nomine minoris donationem amplexus sit vel auctor ei fuerit amplectendæ ejus, ut damnum, quod ex ea re sensit minor culpa tutoris, vel curatoris negligentia, tutor, vel curator præstet minori, atque resarciat. Finge: donavi minori ea lege & conditione, ut creditoribus donatoris satisfaciat, ut *in l. 17. h. tit.* & donatorem opprimi multo ære alieno: tenebitur curator, vel tutor, qui minus perpenso consilio eam donationem est amplexus, cui onus erat impositum dissolvendi maximi æris alieni. Et ita est explicanda *d. lex pupillorum*, quæ est pars hujus *l.*25. Addit Constantinus *in h. l.* (quæ est ceterarum omnium princeps, & veluti arx totius tituli, quia fere omnia complectitur, quæ in perficiunda donatione desiderantur) *additur*, inquam, *in conscribendis donationibus exprimi nomen donatoris debere, & jus*, quod etiam explicant male, ut cetera fere omnia: *jus*, id est, ex qua causa eam rem adquisierit, quam donat, ne largiatur de alieno temere, & imponat donatario. Exprimi igitur debere nomen donatoris, & jus dominii, quod habet in ea re, quam donat, & eam rem designari oportere, & instrumentum donationis præscribi in tabulis, vel membranis, vel qua alia materia, palam, non occulte, publice, non privatim. Et rursus ab ipso donatore perscribi, vel a tabellione, vel ab alio, subscribente donatore, vel alio vice donatoris, si donator nesciat literas, *l.20. & 31. h.tit. §.1. Instit. de empt. & vend.* Et ait Constantinus, in conscribendis donationibus, quia (quod notandum) Constantinus omnimodo desiderabat scripturam in donationibus, & factam sine scriptis habebat pro imperfecta, quod etiam indicat *l.5. C. Theod. eod.* Ideoque postea Theodosius constituit, & sine scriptis factam donationem valere, quia non valebat ante. Et Theodosius igitur ea in re mutat constitutionem Constantini, *l.29. h.tit. & in l.31. in fine.* Puto & Constantinum non probasse donationem collatam in hominem ignotum donatori, quoniam eam idem Theodosius eadem *l.29.* approbat, quæ confertur in ignotum, cujus pars est *l.extraneum 2. sup. de heredib. instit.* quæ etiam ignotum hominem heredem institui permittit, quod argumentum præbet ante Theodosium, hæc non fuisse permissa. Et præterea desiderabat Constantinus in donatione perficiunda solemnitatem corporalis traditionis, quæ fieret advocatis vicinis, & testibus quamplurimis, non duobus, aut tribus, quorum fide probari posset nil actum per vim, aut fraudem, ut est aperte scriptum *in Cod.Theod.* ubi hæc lex 25. extat plenior *l.1. eod.* Desideravit etiam primus Constantinus, quod usque in hunc diem manet, donationem allegari, id est insinuari apud acta judicis ordinarii, puta præsidis provinciæ, vel magistratus municipalis, ut in fine hujus legis. Et quod attinet ad solemnitatem traditionis, jam dixi, eam a Justiniano esse remissam, & hodie perfici donationem consensu, non re. Quod autem attinet ad advocationem vicinorum, & plurimorum testium, hoc mutat *l.31. h.tit.* hac ratione, quod sint superflui testes,

ubi

ubi publica monumenta ſufficiunt, *l. omnium*, *ſup. de teſtam.* Inſinuatio donationis, eſt publicorum monumentorum confectio, & conteſtatio. Imo, quod mirum eſt ex *d. l.* 31. quibus caſibus non ſunt neceſſaria publica monumenta, id eſt, quibus donatio perficitur ſine inſinuatione (ſunt enim multi caſus, qui explicabuntur die craſtino) his, inquam, caſibus, ſi donatio fiat ex ſcripto, ex *l.* 31. non requiruntur teſtes, ſufficit ſcriptura, vel a tabellione, vel ab alio quolibet confecta, & ſubſcriptio donatoris. Qua in re multum diſtat donatio inter vivos a donatione cauſa mortis, quæ non inſinuatur, & licet fiat ex ſcripto, exigit 5. teſtes, quia inſtar habet ultimæ voluntatis, *l. ult. inf. de mort. cauſa donat.* At donatio inter vivos, quæ inſinuatur, vel non, ſi fiat ex ſcripto, contenta eſt ſubſcriptione donatoris, ſicut chirographum non deſiderat teſtes, ſed ſufficit ſubſcriptio debitoris. Quod autem ad actorum teſtationem, ſive inſinuationem attinet, quam primus Conſtantinus deſideravit, huic rei poſteriores conſtitutiones modum impoſuerunt: Nam quod aperte ſtatuit Conſtantinus in hac *l.*25. ut & donatio mortis cauſa inſinuetur, hoc mutat *lex ult. inf. de mort. cauſ. donat.* Et intra certam ſummam aliæ conſtitutiones non exigunt inſinuationem, nec ultra eam quantitatem, ſive ſummam certis caſibus, qua de re tractabimus in *l.* 34. Quamobrem Tribonianus ad conſtitutionem Conſtantini in fine, ubi Conſtantinus exigit inſinuationem, adjecit hæc verba, *ubi hoc leges expoſtulant*. Nam Conſtantinus indiſtincte omnibus caſibus exigebat inſinuationem in donationibus. Alias vero, ubi eſt neceſſaria inſinuatio, etiam hodie ſi fuerit omiſſa, donatori eſt integra vindicatio rei donatæ, tanquam dominio non amiſſo. Et hoc oſtendit *l. ult. ſup. de jur. dot.* & *l.* 38. *ſup. de Epiſc. & Cler.* At præterea Conſtantinus non aliter inſinuationem fieri voluit apud magiſtratum municipalem, quam ſi abeſſet præſes provinciæ, *l.* 3. *C. Theod. eod.* quod etiam probat *lex pen. eod.* Verum hoc poſtea mutavit Leo in *l.* 30. *h. tit.* quæ relinquit in arbitrio donatoris, ut donationem inſinuet apud præſidem provinciæ, vel apud magiſtratum municipalem, ſive abſens ſit præſes, ſive præſens. In hoc conſentiunt omnes conſtitutiones, ut inſinuatio fiat ubi donatio celebratur, non ubi res donatæ ſitæ ſunt, & collatæ, *l.*27. *in fine*, & *l.* 30. & 32. *h. tit.* In hoc etiam conſentiunt, ut exceptis certis caſibus neceſſaria ſit inſinuatio, etiam in donatione, quæ fit inter parentes, & liberos, *l.* 2. Et de inſinuationis neceſſitate, & ratione notandus eſt hic locus Caſſiodori *libro* 9. *in edicto Attalarici Regis*. *In allegatione*, inquit, id eſt inſinuatione, *juſtiſſimæ largitatis, illam diſtinctionem volumus cuſtodiri, quam pro veritate ſolicite legalis ſanxit antiquitas: ſic enim (ut ipſe teſtatur) & fraudi non patebit occaſio, & veritati major conſtabit auctoritas*: hæc eſt ratio deſideratæ inſinuationis. Porro Conſtantinus, qui tam multa requirit, ea requirit nominatim in hac *l.*25. in omni donatione, & primum in directa, id eſt, ſimplici, abſoluta, plena, pura, præſenti, cui neque dies, neque conditio, neque modus adjicitur, ut Concilii Toletani 4. *Canon.* 72. directa manumiſſio, cui nullus adjicitur modus, nulla retentio obſequii, vel operarum. Item ea omnia requirit in donatione mortis cauſa: ergo & inter cetera ſolemnia in ea requirit inſinuationem, quod tamen tollit *d. l. ult.* Item eadem requirit in donatione facta ſub conditione, vel modo, vel ex certo tempore, de qua proprie in *tit. ſeq.* Et quod ait (*ex certo tempore*) ſic accipi debet, a certo tempore, puta a Calendis Jul. ut res tua fiat ex donationis cauſa, vel ad certum tempus, aut incertum: Nam & ita facta donatio hodie valet, veluti ut poſt mortem donatarii redeat ad donatorem, *l.* 2. & 3. *tit. ſeq. l. ult. ſup. de legat.* Et poſtremo Conſtantinus ea omnia requirit, *in donatione*, inquit, *animo dantium, accipientiumque ſententiis, quantum jus ſinit cognominata*. Accurſius hæc non intelligit, Theodorus intelligit, ſed ejus interpretatio auxilio, & adſertione indiget. His verbis Conſtantinus agit de donatione, quam donator, & donatarius, non donationem nuncupant proprio nomine, ſed cognominant venditionem, aut conductionem, aut tranſactionem, hoc tantum acto tacite: ut donatio ſit, ut ſi fiat venditio, vel conductio imaginaria, ut *l. ſi quis conduxerit*, *D. loc. l. ſi uſusfructus*, *D. de ju. dot.* Hoc negotium ea omnia requirit, quæ donatio ipſa palam nuncupata donatio. Donationis nomen per ſe ſolum non facit donationem, ſed mens dantis, & accipientis, *l.* 15. §. *Papinianus*, *D. loc.* Verum ait Conſtantinus, *quantum jus ſinit*, id eſt, quibus caſibus eſt permiſſa venditio, vel conductio imaginaria donationis cauſa: Nam in fraudem legum, veluti legis Cinciæ, vel legis Juliæ repetundarum, ipſo jure nulla eſt venditio imaginaria, quæ ferat illicitam donationem, ut in *l. emptor*, *D. de aqu. pluv. arc. l. pen. D. ad leg. Jul. repet. l.* 10. *ſup. de diſtract. pignor. l. nuda*, *D. de contrah. empt. l. contractus*, *D. de obligat. & action.* Neque vero mirum videri debet, ſi tam multa exegerit Conſtantinus in donatione omni: Nam & olim ante Conſtantinum multo ſtrictius ſunt acceptæ donationes, quod heri oſtendi uno exemplo ex *l. illam h. tit.* & oſtendam nunc alio, quod non aliter valebat donatio omnium bonorum, vel partis, puta dimidiæ, vel tertiæ, quam vocant *quotam partem*, quam ſi donator ſingulas res percenſuiſſet, & pernumeraſſet, *l.* 1. & 2. *Cod. Gregor. de donat.* quod jus optimum erat: quia improvidi plerique, quibus excidit verbum illud (*omnia bona*) perſæpe neſciunt, quid habeant in bonis; & ideo, ut appareat eos ſcire quid faciant, ſive donent omnia bona, ſeu partem, exigitur ab eis recenſitio ſingularum rerum. Non favent jura donationibus, niſi fiant pietatis cauſa, quia plerique ſpecie donationis, & liberalitatis abutuntur ad luxum, & prodigalitatem. Vulgo dicitur donare eſſe perdere, ex *l. filiusfam. D. de don.* nec tamen, qui donat, perdit omnino: quia beneficio debitorem adquirit jure gentium, *l. ſi pignore*, §. 1. *D. de furt.* At jure civili perdit, quia donati repetitionem non habet, jure gentium non perdit. Proprie *perdere*, eſt abligurire, vel ſcorto dare, itemque credere filiofamil. contra Senatuſconſultum Maced. ut ait *l.* 3. *D. ad Senatuſc. Maced.* quod tamen donare vocat, *l.* 6. *D. ſi quid in fraud. patr.* Et ita Piſo in Orat. habita adverſus Othonem apud Cornelium Tacitum lib. 1. Hiſt. *Falluntur*, inquit, *quibus luxuria ſpecie liberalitatis imponit: perdere iſte ſciet*, loquens de Othone, *donare neſciet*: Et ita Tertull. libro de Patientia: *Non piget donare ei, qui non timet perdere.*

Ad L. XXXIV. Sancimus omnem *donationem, ſive communem, ſive ante nuptias factam, uſque ad 300. ſolidos cumulatam non indigere monumentis, ſed communem formam habere; ut non uſque ad ducentorum ſolidorum ſummam teneat: ſed in hujuſmodi obſervatione ſimiles ſint tam communes, quam ante nuptias donationes. Si quid autem ſupra legitimam definitionem fuerit donatum: hoc quod ſuperfluum eſt tantummodo non valere: reliquam vero quantitatem, quæ intra legis terminos conſtituta eſt, in ſuo robore perdurare, quaſi nullo penitus alio adjecto, ſed hoc pro non ſcripto, vel non intellecto eſſe credatur. Exceptis donationibus, tam imperialibus, quam his, quæ in cauſas piiſſimas procedunt: quarum imperiales quidem donationes merito indignari ſub obſervatione monumentorum fieri, tam a retro principibus, quam a nobis ſancitum eſt, ſed firmam habere propriam majeſtatem*, &c.

Lex 34. quæ tota eſt *de inſinuandis donationibus* nobiliſſima eſt (quales ſunt omnes, quæ eandem habent ſubſcriptionem) puta, quæ teſtetur recitatam fuiſſe conſtitutionem *Septimo*, in novo conſiſtorio palatii Juſtiniani. In *l. ſancimus*, *ſup. de ſacroſanct. Eccleſ.* integriori oratione ſubſcriptio ſic habet, *recitata 7. miliario*, & *Novella quoque de hereditatibus, quæ ab inteſtato defer.* apud Julianum anteceſſorem. Et ut in veteribus legibus in *l.* 30. *ſup. de fideicomm. recitata 7. miliario*, id eſt, palatio Imperatoris, quod fuit in ſuburbiis Conſtantinopoleos, in quo Juſtinianus juri dicundo novum conſiſtorium extruxerat. Idque palatium, quod plenius dicitur

ſepti-

ſeptimum milliarium, aliquando ſimpliciter *Septimum* tantum appellatur, ut in ſubſcriptione hujus legis, *recitata Septimo*: & in ſubſcriptione *l.19. ſup. de jure delib.* & ut in veteribus legibus, in ſubſcriptione *legis 6. ſupra de bonis, quæ liber. adquir. recitata Septimo, &c.* Et apud Sozomenum 7. cap. 21. quod ſimpliciter vocatur ἕβδομον, Caſſiodorus interpres Latinus Sozomeni vertit *Septimum miliarium*, perfecta oratione. Unde fit manifeſtiſſimus error, qui non uno loco, ſed quatuor, aut quinque admiſſus eſt, ut in ſubſcriptione *l. pen. ſup. de reb. cred. & l. 30. ſup. de jur. dot. & l. ult. ſup. de legit. tut. l. 3. ſup. de bon. libert. l. litibus, inf. de agric. & cenſ.* In quibus locis, pro (*recitata ſepties*) emendandum eſt (*recitata Septimo*) quod non numerum, ſed locum ſignificat. Eadem forte ratione dictum eſt *Septimum*, qua decimum ſuburbium quoddam Carthaginis, quod auctore Procopio ab ea diſtabat ſtadiis ſeptuaginta. Omnes autem hæ conſtitutiones, quæ illo loco recitatæ proponuntur, ſunt celeberrimæ, & de jure, aut multa, aut ſingularia quæque continent. Primum autem in hac *l.* 34. agitur de quantitate & ſumma, intra quam recte fit donatio ſine inſinuatione. Olim nulla donatio indigebat inſinuatione, nulla erat referenda in acta publica. Primus Conſtantinus voluit donationem inſinuari, *l. 25. h. tit.* quod tamen ipſe patri ſuo tribuit in *l.* 1. C. *Theod. de ſponſ.* Et omnem donationem ſine ulla exceptione, directam, mortis cauſa, puram, conditionalem, ſuo proprio nomine, vel quo alio adumbrato nuncupatam, ut expoſui nudiuſquartus. Neque tamen addidit Conſtantinus donationem ante nuptias, ſeu propter nuptias, quæ dotem contra a marito confertur in uxorem, quam tamen addit Juſtinianus in hac lege, quia ſcilicet uſus ejus tempore Conſtantini nondum inoleverat. Poſt Conſtantinum Theodoſius a neceſſitate inſinuationis excepit donationes, quæ conſiſterent intra quantitatem 200. aureorum, ſive ſolidorum. Hoc ita conſtituit Theodoſius in *l.ult.* C. *Thed. de ſponſal.* Idque vult obtinere, ut ait, non tantum in donatione ante nuptias, de qua proprie agitur *d. l. ult.* ſed in omnibus, ut ſi non ſuperent 200. aureos, neceſſe non ſit eas referri in acta publica. Poſt Theodoſium Juſtinianus primum quidem in hac lege eam quantitatem produxit uſque ad trecentos aureos, intra quam non exigeretur inſinuatio donationis, neque communis, ut ait, id eſt, quæ vulgo fit inter vivos pure, vel conditionaliter, vel in diem, vel expreſſim, vel tacite: neque donationis ante nuptias, ſive propter nuptias. Et nil dixit Juſtinianus de donatione cauſa mortis, quod ſcilicet in hac exiſtimaret, non eſſe neceſſariam inſinuationem cujuſcunque quantitatis fuerit, quod & poſt hanc legem patefecit anno ſequenti, *l. ult. inf. de mort. cauſ. donat.* quod comparentur legatis, quæ non inſinuantur. Deinde vero idem Juſtinianus, quod ſpecialiter conſtituerat ante in donatione facta civitatibus, vel Reipubl. & in donatione facta pauperibus, vel locis pietati dedicatis, ut intra ſummam quingentorum aureorum ea donatio valeret, etiamſi inſinuata non eſſet, *l. illud, ſup. de ſacroſ. eccleſ.* quod etiam repetitur in hac *l.* §. *alias*, id poſtea idem conſtituit in omnibus donationibus quantitate trecentorum, quam finit *hæc lex*, producta ad 500. intra quam ſummam nulla donatio indigeret actorum monumentis, *l. pen. §. ult. hoc tit.* Et utimur nos hodie magis lege Conſtantini, quoniam volumus, aut principes noſtri volunt, cujuſcunque quantitatis donationem inſinuari: Nam & Conſtantinus non habuit rationem quantitatis, ſed cujuſcunque quantitatis donatio foret, eam inſinuari, & intimari voluit, quo jure utimur. Oſtenditur in hac lege donationem, quæ excedit legitimam quantitatem, nec eſt inſinuata; in eo tantum, quod ſuperfluum eſt, inutilem, in reſiduo eſſe utilem, ut ſi fuit 800. in quingentis, ſecundum *leg. pen.* utilem eſſe, in trecentis inutilem, nec vitiari utilem per inutilem. Idemque habetur *Novella* 162. & idem dicitur in ſtipulatione *l.1. §. pen. D. de verborum oblig.* Et adeo eſt verum, ut & inutilis ſtipulatio aliquando, id eſt, quæ per ſe foret inutilis, confirmetur per adjectionem, & conjunctionem utilis ſtipulationis, ut *l.* 1. §. 1. *ſup. de rei ux. act.* quod ibi rectiſſime Græci explicant, appoſito exemplo ex jure veteri, & poteſt apponi aliud in donatione ex *l. ſi ſponſus, §. generaliter, D. de donat. inter virum & uxor.* Et aliud in mandato, *ex l. 2. §. mea, & aliena, D. mand.* & in auctoritate tutoris, *ex l.* 1. §. 1. *D. Quod falſ. tutore auctore.* Quod autem dicimus, donationem, quæ excedit legitimam quantitatem, nec eſt inſinuata, partim eſſe utilem, partim inutilem, idem obtinuit, ſi quid ſupra modum legis Cinciæ, quæ fuit de donationibus, donationis cauſa promittatur: Nam ut l. Falcidia legatis, lex Papia dotibus, lex Caninia manumiſſionibus, quæ donationis & liberalitatis genera quædam ſunt: ita lex Cincia aliis donationibus impoſuit certum modum, ultra quem donare non liceret, quod etiam demonſtrat veteres non faviſſe donationibus. Et de hoc modo legis Cinciæ eſt intelligenda *l. cum de modo, & l. ut mihi, & l. Modeſtinus, & l. fidejuſſori, D. de donat. & l. pure, §. ſi donavi, D. de dol. except.* maxime cum in libris noſtris adhuc ſuperſit mentio legis Cinciæ, ut in inſcriptione *legis contra legem, D. de legibus*, & in *Novella* 162. ubi ego jampridem perſpicue oſtendi, pro (*Ælia*) legendum eſſe Κιντίκ, id eſt, *Cinciæ*. Et *l.* 3. *C. Theod. de donationibus*. Hoc autem diſtat lex Cincia a conſtitutionibus Theodoſ. & Juſtiniani, quæ etiam videntur modum imponere donationibus, quod lex Cincia cohibet, & coarctat licentiam donandi, illæ autem conſtitutiones coarctant tantum licentiam omittendæ inſinuationis. Nam ex illis conſtitutionibus non omiſſa inſinuatione, donare licet in infinitum, & tamen in ſuperioribus legibus, quas retuli ad modum legis Cinciæ, Græci & Latini interpretes, legitimum modum accipiunt de harum conſtitutionum modo intra quem inſinuatio donationis non requiritur, vel quia ignoraverint eas leges proprie pertinere ad legem Cinciam, & illam exceptionem ſolemnem immodicæ donationis ex lege Cincia, cujus formula proponitur in quibuſdam ex illis legibus, quod ſupra legitimum modum donatum non ſit, vel quia, ſi hoc non ignoraverint, data opera eas accommodarunt, & inflexerunt ad has conſtitutiones noviſſimas, quibus licet non obſervato modo legis Cinciæ donare, ſed non ſine inſinuatione. Verum, ut ex iis conſtitutionibus facta donatio ſupra legitimam quantitatem ſine inſinuatione non eſt omnino inutilis; ita nec facta ſupra modum legis Cinciæ erat omnino inutilis, ſed detracto ſuperfluo, in reſiduo erat utilis, *d. l. ut mihi, ſup. de donat.* Sequuntur in hac lege caſus, quibus donatio facta ſupra legitimum modum non indiget inſinuatione. Primus eſt, ſi fiat a Principe, cujus donatio eſt lex, quod hoc in loco Juſtinianus ait, ante ſe alios Principes conſtituiſſe, ut nulla donatio principis exigeret inſinuationem: Et vero ita conſtituiſſe Zenonem, idem Juſtin. teſtatur *Novella* 52. Secundus caſus hic eſt, qui & tertium complectitur, ſi fiat propter nuptias feminæ minori 25. ann. *auxilio patris deſtitutæ*, ut ait *l. minoribus, ſup. de donat. ante nupt. auxilio patris deſtitutæ*, id eſt, ſui juris feminæ, matrifam. minori 25. ann. Nam ei, quæ eſt in poteſtate patris, quia patri adquiritur, non valet facta donatio propter nuptias cujuſcunque quantitatis citra inſinuationem. Idemque in ſponſalitiis muneribus factis minori decrevit conſtit. *l. 3. C. Theod. de ſponſ.* At hodie ex *Novella* 119. & 127. etiam feminæ majori 25. ann. & ſui juris facta donatio propter nuptias cujuſcunque quantitatis inſinuatione non indiget, quatenus mulier ex ea lucrum ſperat, quæ eſt æquiſſima conſtitutio, quoniam donatio propter nuptias reſpondet doti, eſt examen dotis, id eſt, datur contra dotem, & quaſi dos eſt mariti. Certum eſt autem dotem cujuſcunque quantitatis ſit, non inſinuari, neque donationem mulieri factam dotis cauſa ab eo, qui pro ea dotem dat, in *l. ult. ſup. de jure dot.* Addendi ſunt alii caſus *ex l. pen. h. tit.* quibus valet etiam donatio ſupra legitimum modum ſine inſinuatione, ut *fiat cauſa re-*

sa redemptionis captivorum : non dico generaliter, si fiat pietatis causa, quia & aliæ, quæ pietatis causa fiunt, desiderant insinuationem, cum excedunt legitimam quantitatem, *d.l.illud*, *sup.de sacros.eccles.* At quæ fit specialiter ex causa redemptionis captivorum, quantacumque sit, non desiderat insinuationem. Addit etiam *lex pen.* aliam piam causam, si quis misertus ejus, cujus ædes corruerunt, vel incendio consumptæ sunt, ei donavit in refectionem ædium suarum: nam hujus quoque donationis quantitas non spectatur, aut insinuatio, quantacumque sit, non requiritur, sed quod donatum est, traditur ei, qui hanc cladem passus est, ut ædes reficiat; quibus refectis, an cogitur reddere rationem, si forte dicatur, totam pecuniam, quæ donata est, eum non erogasse in refectionem ædificii? Minime, sed satis est, si totam eam pecuniam in eam rem consumpsisse se juret: sicut etiam, cum pecuniæ quantumvis immensæ dantur Episcopo ad redemptionem captivorum, ex *l. pen.* satis est, si juret, se totam eam pecuniam in eam rem erogasse. Additur etiam in *l. pen.* non indigere insinuatione donationem rerum mobilium, non immobilium, quæ fit militibus a magistro militum, vel de suo, vel de præda, aut manubiis, de spoliis hostium, ut ait, qui locus est notandus, quia indicat, prædam mobilium rerum, vel animalium non protinus cedere militibus, sine permissu ducis, aut magistri militum, sed redigi in publicum, & ex redacto fieri donativa militibus, ut *l. pen. D. ad leg. Jul. pecul.* Postremo addatur etiam alius casus ex *l. 38. sup. de Episcop. & cleric.* quæ est Græca constitutio, ex qua donatio rerum mobilium facta monasterio ab eo, qui ingressus est monasterium, factus monachus, cujuscumque sit quantitatis, non exigit insinuationem, nec possit ille, si exeat monasterio, exuatque monachismum prætextu omissæ insinuationis vindicare res mobiles, quas intulit in monasterium. Immobiles poterit vindicare omissa insinuatione, non mobiles: quem casum Theodorus notavit in hac lege, sed perperam adjecit etiam alium casum ex *l. 25. sup. de donat. inter virum & uxor.* Donatio inter patrem & filiumfamil. vel inter virum & uxorem ipso jure non valet, sed convalescit silentio, & morte donatoris, id est, si in eadem voluntate perseveraverit usque ad mortem. Nec obstat regula Catoniana, quod ab initio non valet, ex post facto non valere, qua eveniet sæpe, ut vos quidam incessant; quoniam ad eam duæ sunt responsiones, quarum alterutra cum objicitur, poterit contra objici, ut dicas, veram esse regulam jure directo, sed ex æquitate convalescere, & directam quidem actionem non dari, quia obstat regula, sed utilem. Item, ut in proposito, licebit dicere convalescere, quod ab initio non valuit, etiam directo jure, quando extat lex certa, quæ hoc statuit, ut lex illa 25. Verum ita distinguit, aut pater, vel conjux, qui eam donationem fecit, moriens eam confirmavit nominatim in testamento, aut non: Si non confirmavit nominatim, si siluit, ipso jure confirmatur, & valet ut donatio, si modo insinuata fuerit, quæ excedit legitimam quantitatem, & retrotrahitur, id est, fingitur valuisse ab eo die, quo primum facta est, non a die mortis donatoris. At si sit confirmata nominatim, tunc valet, etiam si non fuerit insinuata. Est igitur hic unus casus, quo donatio non insinuata valet: Num ita est? minime, quia eo casu, cum confirmatur nominatim testamento, vel codicillis, non valet ut donatio, sed ut legatum, vel fideicommissum, quod ex eo apparet, quod non retrotrahitur, sed valet tantum ex die mortis. Igitur hic casus non debet addi superioribus. In *l. 34. §. sin autem in auro*, Justinianus declarat, legitimam quantitatem 300. aureorum, vel hodie 500. intra quam non est necessaria insinuatio donationis, non tantum observari in pecuniis, quæ donantur, sed etiam in æstimatione rerum donatarum, ut in eo, quo pluris sunt res, quam efficiat summa quingentorum aureorum, donatio non insinuata inutilis sit, in reliquis utilis. Verum ita si donatio rei corporalis non insinuata partim probetur, partim improbetur, necessario ea res fiet communis inter donatorem & donatarium: ut si res donata sit digna mille & quingentis, fiet communis inter donatorem, & donatarium ratione revocata ad assem, pro besse & triente, donator habebit decem, donatarius trientem. At communio ut ait in §. *ne autem*, quantas lites & discordias excitet, non est incognitum. Aristoteles 2. Politic. *Multo plus controversari eos inter se, qui bona communia possident, quam eos, inter quos sunt distincta dominia rerum.* Qua ratione etiam improbat communionem omnium bonorum Respubl. Platonis, tanquam causam litium & controversiarum civitatibus allaturam. Igitur hujus incommodi tollendi gratia, id est, ne qua sit communio rei donatæ inter donatorem & donatarium cum est omissa insinuatio, definit tollendæ communionis causa, ut donator, cujus pars major est, nempe bessis in specie, quam posui, a donatario redimat partem minorem, id est, trientem, vel cessante donatore, ut donatarius ab eo redimat partem majorem, id est, bessem: scilicet, si res commode dividi non possit, ut animal: vel si res dividi possit, & hoc malit donator, ut perveniatur ad divisionem. Quod si ea res sit communis inter donatorem & donatarium ex æqualibus partibus: finge rem donatam sine insinuatione esse 1000. dignam, erit communis inter donatorem & donatarium pro semissibus, id est, pro æqualibus portionibus. Hoc casu, quid sit statuendum communionis tollendæ gratia, Justinianus non definit hoc loco, nimirum quia perspicuum erat hoc casu, alterum altero non esse potiorem in redimenda parte socii, sed hoc esse relinquendum arbitrio judicis communi dividundo, vel in communione permanendum: Denique tunc duntaxat potest alter ab altero, etiam invito, partem redimere, cum res communis est ex inæqualibus portionibus. Et ita est hic locus explicandus. Post hæc in §. *si qui autem per diversa*, proponit Justinianus hanc quæstionem. Si quis plures donationes, non uno tempore simul, sed diversis temporibus in unum contulerit, nec eas insinuaverit, & singulæ donationes sint infra, coacervatæ autem sint supra legitimam quantitatem, an omnes sint utiles? Et definit, omnes esse utiles, ut scilicet singularum per se quantitas spectetur, quæ est infra quantitatem legitimam, ne desiderantem insinuationem, coacervatio, & computatio omnium, ne spectetur: quia non una, sed plures donationes sunt, scilicet, cum sunt factæ diversis temporibus, quæ sententia humanior est. Et eodem modo in *l. si idem, D. de jurisdict. omnium judicum*, si apud magistratum municipalem, qui jus dicere potest duntaxat usque ad certam quantitatem, ut plerique hodie sunt judices, ut judices hujus civitatis in causis civilibus cognoscere possunt usque ad certam quantitatem, *aux sieges presid.aux*. Si igitur apud magistratum, cui data est jurisdictio usque ad certam quantitatem tantum, pluribus actionibus sit actum ab uno eodemque, adversus unum & eundem, quarum singularum quantitas sit intra jurisdictionem magistratus, coacervatio vero excedat modum jurisdictionis ejus, placet apud eum, ut omnibus recte actum intelligatur, inspecto singularum modo, non omnium in unum collectarum modo, nec magistratu vocato ad totam computationem, quo jure etiam utimur. Et simile est exemplum de lege Voconia apud Quintil. Declamat. 164. quæ lex ponit, mulieri, plusquam semissem bonorum relinqui non posse. Et quæritur, si pluribus mulieribus minores aliquanto portiones testator reliquerit, quæ tamen computatæ, & in unum contractæ efficiant plus, quam semissem bonorum, an omnes repellantur mulieres ab eo, quod eis relictum est? Et verius est, nullam repelli, cum ex eis nulla supra semissem acceperit: non vocari igitur eas ad totam computationem, sed singulis, quod sit relictum, computari singulatim. Nec recte in contrarium ducitur argumentum ex *l. 10. §. 1. D. de appellat.* quoniam in ea lege proponitur una tantum fuisse actio, quæ tamen plurima habuit capita (*plusieurs articles*) plures species,

quæ

quæ non singulatim, sed conjunctim computantur, quia una est actio plurium membrorum: Nam & idem dicemus, si una fuerit donatio, quæ plura capita in se habet, id est, conjungemus omnia capita. Idem dicemus in specie Quintiliani, si una sit mulier, cui plura legata sint relicta. Unde non obstat etiam, quod ait Accursius, *si uni plura legata relicta sint, omnia cumulari & coacervari in ponenda ratione legis Falcidiæ*, sicut si una mulier fuerit, cui relicta sint legata plura, *in supradicta specie*, omnia legata communi calculo subjiciuntur, quia uno tempore in testamento relicta sunt. Et hic §. loquitur tantum de donationibus, quod trahi potest etiam ad legata facta per diversa tempora. Sequitur alia quæstio in §. *ultimo*: quidam donationis causa Lucio Titio stipulanti promisit 30. *annua*, 30. in annos singulos. Quæritur utrum una sit stipulatio, sive donatio, an plures? Si una, necessaria est insinuatio, quia annuæ præstationes in immensum excrescere possunt: si plures, non est necessaria insinuatio inspecto singularum modo. Utrum igitur una est donatio, an plures? Justinianus *in §. ult.* ita distinguit: aut id actum est, ut annua præstatio illa morte donatoris, aut donatarii extingueretur: aut id actum est, ut transiret etiam in heredem donatarii. Priore casu cum adjectum est tempus vitæ donatoris, vel donatarii, plures donationes esse intelliguntur, quia etsi fieri possit, ut diu vivat donator, vel donatarius, & ita annuæ præstationes crescant in immensum, fieri etiam potest, ut perexiguo tempore vivat, & ita brevi tempore donatio extinguatur, & sub incerto hujus rei, id est, vitæ longævæ, aut brevis, melius est non desiderare insinuationem donationis certæ summæ annuæ, cui adjectum est tempus vitæ donatoris, vel donatarii. Posteriori casu cum non est adjectum tempus vitæ donatoris, neque donatarii, sed facta est heredis mentio, ut scilicet etiam heredi donatarii heres donatoris præstaret eam pensionem annuam; hoc casu, quia infinita est, & perpetua donatio, aut stipulatio donandi causa facta, una esse intelligitur, & tanquam immensa in unum coactis multorum annorum pensionibus, apud acta est insinuanda, aut non insinuata, pro nulla habetur in eo, quod excedit. Sed quo loco de hoc posteriori casu agit Justin. in fine hujus legis, ut legit Isidorus, & ex contrario prioris casus inducitur, est legendum: *Sin autem etiam heredum ex utraque parte facta fuerit mentio, nec adjiciatur tempus vitæ*, non *vel adjiciatur*: quod pluribus exequitur, & confirmat Observatio decima quinta. Neque vero existimandum est ullo modo adversari, imo contra maxime consentire *hunc §. cum l. senatus, §. ult. D. de mort. caus. donat. & l. 16. §. ult. D. de verb. obligat.* quibus locis dicitur, *stipulationem conceptam in annos singulos tot dari, unam esse & incertam* (quia infinita est, & in heredem transmittitur) *& perpetuam*: Nam idem etiam dicitur in posteriori casu hujus §. unam esse stipulationem donandi causa interpositam, qua quis promisit se, heredemque suum, Lucio Titio, heredique ejus quotannis donaturum 30. non adjecto tempore vitæ donatoris, vel donatarii. Et in priori casu, cum quis donandi causa promisit 30. annua in tempus vitæ, etiam erit idem in omni stipulatione concepta in annos singulos, quoad vivet promissor, vel quoad vivet stipulator: quia non intelligitur una esse stipulatio, sed plures: sicut si legetur in annos singulos, non unum, sed plura legata esse intelliguntur, *l. 4. de ann. leg.* quia etiamsi dictum non sit, legatum annuum semper intelligitur relinqui in tempus vitæ legatarii, nisi ei relictum sit nominatim, & heredibus ejus, ut *in l. in annalibus, sup. de legat.* quo casu idem jus est legati, ut sit unum scilicet, & stipulationis, cui non est adjectum tempus vitæ. Et hæc de lege tricesima quarta.

Ad L. XXXV. Si quis argentum *donaverit, certumque pondus nominaverit, non autem alias, vel generaliter, vel specialiter expresserit: necessitatem ei imponimus omnimodo præfatum pondus argenti dare, sive in vasis, quibus voluerit, non tamen pejoribus æstimatione massæ, sive in ipsa æstimatione, quæ pro massa rudi in illis locis frequentata est.*

Ad §. Si vero reditum *certum ex possessionibus donaverit, non tamen nomina possessionum edixerit: necesse habere de sua substantia fundos tradere, tantum reditum inferre valentes, quantum in donatione posuerit: in talibus tamen agris, qui nec omnibus, quos habet in possessione, anteponuntur: nec deteriores omnibus sunt, sed status mediocris inveniuntur.*

Ad §. Similique modo, *si quis certum numerum servorum donaverit, non tamen & hic nominatim servos inscripserit: & hic mediocris figuræ servos tradere, & neque tales, quos non habere magis, quam habere prodest: nec iterum eos, qui omnem servorum familiam donatoris antecellunt, sed & hic mediocritas spectetur.*

Ad §. Sin autem donator, *neque argentum, neque servos habens, vel non tantum, quantum donavit, fecerit eorum donationem: æstimationem in his celebrari pro eo, quod deest: ita tamen ut argenti quidem (secundum quod prædiximus) æstimatio detur: in servis autem non amplius, nec minus quindecim solidis quantitas pro singulis detur. In reditibus autem in quindecim annos æstimationem præstet. Sed in his omnibus, siquidem intra legitimum numerum donatio fiat, nulla monumenta requirantur. Sin autem amplioris summæ; tunc ad acta publica recurratur: ita ut in his, quæ amplioris sunt æstimationis, secundum nostram legem non totum, sed solum superfluum evanescat.*

Ad §. Sed & si quis universitatis *faciat donationem, sive bessis, sive dimidiæ partis suæ substantiæ, sive tertiæ, sive quartæ, sive quantæcunque, vel etiam totius, si non de inofficiosis donationibus ratio in hoc reclamaverit, coarctari donatorem legis nostræ auctoritate tantum, quantum donavit, præstare: observatione & hic monumentorum (secundum quod jam sancimus) omnimodo requirenda, &c.*

IN l. tricesima quinta primum tractatur de eo, qui donandi causa promisit, exempli gratia, *decem pondo auri, vel argenti*, nec alias expressit quidquam generaliter, vel specialiter: generaliter hoc modo: *vasa decem pondo argenti*. Specialiter hoc modo: *lancem decem pondo argenti*. Nil ita expressit generaliter, vel specialiter, sed promisit simpliciter decem pondo argenti. Quæritur, quid præstare teneatur? Et docet Justinianus eum liberari præstando pondus illud confectum in massam, vel vasa ejusdem ponderis & pretii, vel massæ communis æstimationem in pecunia numerata. Et ita pro pondere promisso eum numerum exsolvere posse, etiam invito donatario: pondus & numerum vice mutua fungi. Hæc est sententia legis, cui ideo objicitur, quod jactatur vulgo, *aliud pro alio solvi non posse invito creditore*. Et respondent glossæ hoc fieri in donationibus, favore donationis, atque etiam in legatis favore ultimarum voluntatum. Nihil ista opus est allegatione favoris liberalitatum. Sed dicendum est, donato, vel legato certo pondere argenti, non designato corpore ullo, generaliter, vel specialiter, sed hoc dicto duntaxat, *Dono, vel lego decem pondo auri Lucio Titio*, hoc casu videri legatam æstimationem, videri in legato esse magis quantitatem & numerum, quam corpus ullum, denique videri legatam pecuniam. Inde sequitur, eum, qui solvit pecuniam, quanti communiter æstimantur decem pondo auri, non solvere aliud pro alio, *l. cum aurum, §. 1. & l. 1. in fi. & l. 10. D. de aur. & arg. leg.* At si corpus designatum sit generaliter hoc modo: *vasa decem pondo auri*, vel specialiter, *schyphum decem pondo auri*, invito donatario, vel legatario, pro vasis, aut scypho non potest solvi pecunia, quia certum corpus, vel incertum, puta generaliter designatum est. Et eadem est ratio in mutuo, si quis crediderit alteri rudem massam auri, vel argenti, bolum auri, vel argenti, quoniam dedit certum corpus, pro quo debitor invito creditore non potest solvere pecuniam, sed debet reddere massam ejusdem ponderis, non eandem quidem, sed aliam ejusdem pon-

deris, quia interceſſit certum corpus. At, ut recte ponit hæc lex, cum nullum corpus deſignatum eſt, nec generaliter, nec ſpecialiter, ſed donata ſunt *decem pondo auri*, magis quantitas donata videtur, & licet donatori defungi ſolutione pecuniæ numeratæ, quanti vulgo æſtimantur decem pondo argenti. Et ſequitur ſimile quiddam in hac lege, ſi quis *reditum certum donaverit ex poſſeſſionibus*, puta decem modios frumenti annuos, nec deſignaverit ex quibus poſſeſſionibus, eum teneri tradere poſſeſſiones, ex quibus quotannis hic reditus redigi, & effici poſſit, non quidem optimas, nec peſſimas, ſed mediocres: ſicut cum generaliter promiſi ſervos mediocres, dando liberabor: ſicut cum legati ſunt ſervi tres generaliter, vel ſervus unus generaliter, neque optimum præſtabit heres, neque peſſimum legatarius accipere compelletur, ſed præſtandus medii generis ſervus, ſervanda eſt in ea re mediocritas, *l. legato, D. de leg.*1. Et hoc ſi non deſignaverit poſſeſſiones, ex quibus ille reditus colligeretur: ſed ſi deſignaverit donator, eas ipſas tradere tenetur, non favore liberalitatis, ut gloſſa notat (raro enim favent jura donationibus) ſed quia cum voluerit donatarium per ſe eum reditum percipere, non accipere de manu ſua, neceſſe eſt ei tradi poſſeſſiones, ex quibus per ſe reficiat, recolligatque eum reditum, quod & hic recte notat Joannes Faber. Poſtremo quærit Juſtinianus, quid ſit dicendum, ſi is, qui argentum infectum, *qui n'eſt point monoyè*, non habet vel ſervos, vel fundos, donaverit certum pondus argenti, vel ſervos aliquot, vel reditus certos ex ſuis fundis? Et *ſi certum pondus argenti*, hoc jam eſt explicatum, præſtari debere æſtimationem communem ejus ponderis, id eſt, maſſæ tanti ponderis: ſi ſervos aliquot promiſerit donandi animo, nec ullos habeat, præſtare debet donatario, non quanti communiter ſervi æſtimari ſolent (communis æſtimatio eſt viginti aureorum, *l.*2. *ſup. de fideicommiſſ. libert. l. Papinianus*, §. *ult.* & *l. ſeq. D. de inoffic. teſtamento.*) ſed ſervanda etiam hic eſt mediocritas, ut præſtet donatario pro ſingulis ſervis, non 20. ſed quindecim aureos. Quod ſi *reditus promiſerit ex fundis*, qui nullos habet, liberabitur præſtando æſtimationem 15. annorum, id eſt, quanti ſunt reditus 15. annorum, qui refici poſſunt ex fundo aliquo mediocri, pretii & proventus mediocris. Quod ſi quis donavit *omnia ſua bona*, vel *partem dimidiam*, *aut tertiam*, omnimodo debet implere donationem, adhibita inſinuatione, abrogato jure veteri, quo donatio omnium bonorum, vel partis, alias ſolemnitates deſiderabat: hodie donatio omnium bonorum, vel partis inſinuata omnimodo valet, nec poteſt reſcindi ulla ex parte, niſi (ut ait §. *ſed & ſi quis*) inofficioſa fuerit, id eſt, niſi minuat, vel abſumat liberis donatoris portionem legitimam: Nam, quæ hoc facit donatio, eſt inofficioſa, & reſcinditur non in totum, ut oſtenditur *tit. de inoffic. donat.* ſed pro modo legitimæ portionis tantum. Addendum eſt ad *leg. ſi quis argentum*, quod non memini exponere nudius tertius, ait Juſtinianus in hac *leg.* §. *ſin autem*, ſi donator *certum pondus argenti* donaverit, qui argentum non habet, donatario deberi æſtimationem, quia magis quantitas donata videtur, *l. cum aurum*, §. 1. *D. de aur.* & *arg. leg.* magis, inquam, quantitas donata videtur, quam ullum corpus, quod etiam nullum deſignatum eſt certum vel incertum. Sin autem donaverit *ſervos aliquot*, qui ſervos non habet, quia & hic cum non habeat ſervos, pretium ſervorum donaſſe videtur, id debebitur donatario, ſeu ſtipulatori uſque ad aureos 15. pro ſingulis. Itaque debebitur pretium ſervorum, non quanto maximo, vel quanto minimo comparari poſſunt optimi ſervi, vel peſſimi, ſed quanto poſſunt comparari homines medii actus, medii generis, ut ſervetur in ambiguo mediocritatis ratio. Non loquitur Juſtinianus de eo, qui fundos donavit, aut ſe donaturum promiſit, cum non haberet fundos, quia ea donatio eſſet inutilis ad ſimilitudinem legati & ſtipulationis, ut *l. cum poſt divortium*, §. *generaliter*, *D. de jure dot.* *l. ita ſtipulatus*, *D. de verborum obligation. l. ſi domus*, *D. de legat.*1. Et ratio differentiæ inter fundum, & ſervum hæc eſt, quia ſervi hominis, cujus finitionem natura fecit, quæ neque minui, neque commentis noſtris ad exiguum deduci poteſt: poteſt iniri certa æſtimatio, quæ præſtetur donatario, licet donator nullum ſervum habeat. At fundi non poteſt iniri certa æſtimatio, quia fundus non natura, ſed deſtinatione, & arbitrio noſtro finitur, *l. quod in rerum*, §. 1. *D. de leg.*2. & præſtatio fundi poteſt extenuari uſque ad deridiculum. Nam ut ſcribit Marcus Tullius

Fundum Varro vocat, quem poſſis mittere funda,
Ni tamen exciderit qua cava funda patet:
Extractam puteo ſitulam cum ponis in horto,
Ulterius ſtandi non habet ille locum.

Ille ſcilicet fundus. Nam illi verſus ita ſunt conjungendi. Et bene Græci ad *leg.*1. *ſup. de dot. prom.* dotis promiſſionem eſſe inutilem, ſi neque dicta ſit quantitas, neque ſpecies certa; ſed dos promiſſa ſimpliciter, quia promiſſor viliſſimæ rei præſtatione in vicem dotis defungi poteſt, quod eſſet ridiculum. Recte igitur Juſtinianus in hoc §. *ſin autem*, non poſuit fundos donaſſe eum, qui non habuit, quæ donatio eſſet ridicula, ſed donaſſe certos reditus annuos eum, qui fundos non habet, quæ donatio valet, quia magis conſiſtit in quantitate, quam in corpore ullo. Et ideo donatario debetur æſtimatio reditus, qui refici poteſt ex fundo medii generis, non quidem per multos annos, ſed per quindecim tantum, quæ Juſtiniano viſa eſt ratio mediocritatis melior. Id etiam valde notandum eſt, quod & notavi nudiustertius, ſed non dilatavi ex §. *ſed & ſi quis*, donationem omnium bonorum valere, eſt apertiſſimus in eam rem, quæ modo non ſit inofficioſa, id eſt, quæ non fraudet liberos donatoris portione legitima, & quæ modo ſit inſinuata: Nam vix ulla eſt donatio omnium bonorum, quæ non excedat modum legitimum, & inſinuanda eſt donatio, ubi ea celebratur, ut ſupra diximus, *l. lata*, *in fi. l. in hac*, *hoc tit.* non etiam, ubi bona ſunt collocata jure noſtro: Nam, ne hoc ignoretis, ex conſtitutionibus regum noſtrorum noviſſimorum, donatio inſinuanda eſt, ubi bona ſunt collocata: Et non ibi tantum, ſed etiam, ubi domicilium habet donator & donatarius. Et ad hæc ſi quis quærat, an etiam valeat donatio futurorum bonorum, hoc eſt, an omnino valeat donatio omnium bonorum præſentium & futurorum? dicam, ſi donatio perficitur nudo conſenſu, vel ſtipulatione, ut voluit Juſtinianus in hac lege, proculdubio etiam futurorum bonorum donatio valet: ſicut pignus nudo conſenſu conſtituitur omnium bonorum præſentium & futurorum, *l. ult. ſup. de remiſſ. pignoris*, *l. ult. ſup. quæ res pignor. oblig. poſſunt*. Et ſi perficitur ſtipulatione, certum eſt res futuras recte deduci in ſtipulatum, *l. interdum*, *D. de verb. oblig.* Et res futuræ etiam poſſunt legari, quod genus donationis eſt, *l. etiam ea*, *D. de leg.*3. At ſi donatio perficitur traditione corporali, ut voluit Conſtantinus, & veteres voluerunt, ut uſus magis probat, evidentiſſimum eſt, non conſiſtere donationem rerum futurarum, quia rerum, quæ nondum ſunt, nulla fieri poteſt traditio, neque tamen ex eo ſequitur, quod voluit Nicolaus Valla Senator Pariſienſis, omnino inutilem eſſe donationem bonorum præſentium & futurorum: quod futurorum, quæ eſt inutilis, importet contagionem donationi præſentium, quæ per ſe eſt utilis, conjuncta cum donatione futurorum, redditur inutilis. Male, quia in donatione jam illud eſt abſolutum, & iteratum ſæpius, in conſtitutionibus Juſtiniani poſitis ſub hoc tit. Et in Novella 162. utilem partem donationis non vitiari per inutilem, *l. ſancimus*, §. 1. *hujus tit.* Et abutuntur etiam qui putant, non eſſe probandam donationem omnium bonorum, calumnioſe in eam rem, *l. ſi libertus*, §. *pen. D. de jure patronat.* ex eo loco hunc tantum decerpentes verſum,

ſum, *Omnium rerum alienationem nullius eſſe momenti*, & ex eo efficientes, *Omnium rerum donationem nullius eſſe momenti*. Recte quidem, ſi ſolus hic verſus extaret, nec penderet ex ſuperioribus, quæ docent, quam in rem, quem in ſenſum ille verſus ſit accipiendus, quia ſcilicet loquitur de alienatione omnium rerum, quæ fit in fraudem legis Papiæ, in fraudem juris patronatus, ut pauperior fiat libertus, ut minus ex bonis liberti redeat ad patronum jure patronatus. Hoc vero, quis non videt, donationem, & quamcumque alienationem factam in fraudem legis, nullius eſſe momenti. Ac præterea non ponitur eo loco libertus alienaſſe univerſum patrimonium ſuum, ſed plures res, quas omnes dicit revocari, quoniam omnium illarum alienatio nullius momenti eſt.

AD TITULUM LIV.

DE DONATIONIBUS, QUÆ SUB MODO, VEL CONDITIONE, VEL EX CERTO TEMPORE CONFICIUNTUR.

DONATIO ſub modo ita fit, *dono tibi fundum illum, ut me alas, & exhibeas*, *l.*1. *hoc tit.* Donatio ſub conditione ita fit, *dono tibi fundum illum, ſi te pater tuus emancipaverit*, ut *l.*5. Donatio ex certo tempore ita fit, *dono tibi fundum illum, eo pacto, eaque lege, ut poſt quinquennium proprietas ejus ad me redeat*, *l.*3. vel, *ut poſt quinquennium redeat ad Luci um Titium, cui ex illo tempore illum fundum largior, & dono*, *d.l.*3. Et imponuntur hæ leges, conditiones, pactiones a donatore ſolo, & a donatario vel recipiuntur, ſi gratæ ſunt, vel rejiciuntur, ſi diſpliceant, *l.*25. *ſup. de donat.* & imponuntur initio perficiundæ, vel implendæ donationis: nam conſummata & perfecta donatione a donatore, quæ imponuntur, nullius momenti ſunt, & nil attinet donatarii eas excutere, ut vel recipiat, vel rejiciat, quia ſero & inutiliter res alienæ imponuntur a non domino. Et ita eſt explicanda *l.*4. *hujus tit.* At initio perficiundæ donationis, ſi donationi lex dicta ſit, & impoſitus modus aliquis, & receptus a donatario, eo modo non impleto a donatario, donatori competit condictio ob rem dati re non ſequuta, quia donatarius non implevit modum, ſive legem dictam donationi, *l.*2. 6. & 8. *ſup. de condict. ob cauſ. dat. l. ult. tit. ſequ.* vel etiam donatori competit actio præſcriptis verbis, quanti ſua intereſt modum impleri donationi impoſitum, ut *l.*9. & 22. *ſup. tit. prox.* Ergo ex pacto donationi appoſito incontinenti, ut ait *l.*22. naſcitur actio præſcriptis verbis, ſcilicet ſi donationi mixtum ſit negotium ſimile contractui bonæ fidei, veluti *dono tibi illam rem, ut me ære alieno liberes*: Nam ſi ſit vera & ſimplex donatio, & paciſcar incontinenti, verbi gratia, *ut donator mihi teneatur de evictione*, ex pacto illo nulla naſcitur actio, *l.*2. *ſup. de evict.* Verum ut diximus, modum donationi impoſitum non implente donatario (modus contrahit, conditio ſuſpendit) modum, inquam, non implente donatario, donatori competit vel condictio ob rem dati, vel actio præſcriptis verbis; an etiam competit ei vindicatio rei donatæ, quod donatarius non pareat donationis legi? Minime, quia deſiit eſſe dominus ejus rei. Et tamen in *l.*1. *h.tit.* ratione neglecti modi, vel neglectæ legis dictæ donationi, donatori datur vindicatio rei donatæ: ſed caſus legis 1. eſt ſingularis, & ſpecialis in cauſa alimentorum, quod evidenter demonſtrant hæc verba in *l.*1. quæ ter inculcantur: *in hoc caſu*, inquit, non ergo in omni, ſed in hoc tantum caſu. Et caſus hic eſt cauſa alimentorum, nempe talis. *Donavi tibi res illas, ea lege, ut mihi certa alimenta præberes*: non præbes: mihi datur non tantum condictio ob rem dati, vel actio præſcriptis verbis, quæ donatori competit omni caſu ex cauſa ſimili non impleti modi, ſed in hoc caſu datur etiam mihi, quoniam agitur de alimentis mihi præbendis ex lege donationis, vindicatio rei donatæ, non quidem directa, ſed utilis, id eſt, reſciſſoria, & reſtitutoria, per quam dominium reſtituitur: per directam vindicationem dominium adſeritur, & petitur, per utilem reſtituitur: actio fictitia, in qua fingor non donaſſe, qui donavi. Nec eſt novum, ut ex una eademque cauſa eidem deferatur vindicatio, & condictio: vindicatio, ut domino: condictio, ut non domino, ut ſit in ejus poteſtate, cui utraque actio defertur, qua velit uti. Nam & idem evenit in *l. ob res amotas*, *D. rer. amot. l.*1. *ſup. comm. de legat. l. in rebus*, *ſup. de jure dot.* Et hæc de donatione ſub modo. De donatione ſub conditione eſt *l. ult. hujus tit.* Mater donavit filiæ aliquid ſub conditione *ſi intra biennium a patre emanciparetur*: filia, inquit, hæc voluntate matris ſui juris effecta, non tenuit, id eſt, non obtinuit a patre, ut emanciparetur, ſicut voluit mater: tenere cauſam, eſt obtinere. Ergo non eſt facta ſui juris per emancipationem, ſed morte patris, an perveniet ad res donatas? ſic videtur: quia nil refert quomodo ſui juris fiat, quia ſpectandum, qua fine mater adſcripſerit conditionem emancipationis. Qua vero alia, niſi ut res donatæ non adquirerentur patri, quod aſſequitur mater, quoquomodo filia ſui juris fiat? Et ſæpe legitur hæc conditio adſcribi ab iis, qui nolunt patribus adquiri, quod dant filiisfamil. ut *l. duos*, *l. avia*, *D. de condit. & demonſtrat. l. mater*, §.1. *D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament. l. pen. D. und. lib. l. Divi*, *D. de jure codicill. l.*3. §. *ſi heres, de minor. l. filiis, ſup. de inoffic. teſtam. l.*3. *ſup. de inſtit. & ſub.* Svetonius in Vitellio: *filiam heredem inſtitutam ſub conditione, ſi exiiſſet patris poteſtate manu emiſit*. De donationibus ex certo tempore eſt *l.*2. & 3. *h. tit.* Et (*ex certo tempore*) ſic accipio, ut in *l.*25. *ſup. de donat.* vel ad certum tempus, & ſubaudio (*aut ex incerto tempore*, vel *ad incertum tempus*, *ex l.*2. *h. tit.*) Igitur recte fit donatio ad tempus certum, vel incertum, non quidem ipſo jure, quia tempus non eſt legitimus modus auferendi dominii ſemel adquiſiti, ſed recte fit poteſtate conventionis, quoniam res eſt donata ea lege, ut ejus proprietas reſtitueretur poſt tempus. Idemque fit in legatis remedio cautionis, *l. ult. ſup. de legat.* Ad tempus incertum fit, ſi ea lege fiat, ut poſt mortem donatarii proprietas rei redeat ad donatorem, ut in *l.*2 *h. tit. l. Seja*, *D. de mort. cauſa don.* ad certum tempus fit, ſi hoc actum ſit, ut poſt quinquennium proprietas redeat ad donatorem, vel etiam, ut in ſpecie *l.*3. ut proprietas redeat ad Lucium Titium. In ſpecie *l.*3. eſt jus ſingulare, ſicut in ſpecie *l.*1. Et ſpecies, quæ vulgo male ponitur, ita ponenda eſt: Mulier donavit fundum Titio ea lege, ut poſt quinquennium eum reſtitueret Marcellæ, ad quam *lex* 3. ſcripta eſt, ſorori donatoris, cui donator eum fundum donatum volebat poſt quinquennium: & ita Titio eum donavit ad tempus, Marcellæ ex tempore. Quæritur an poſt quinquennium Marcellæ ulla competat actio ejus fundi obtinendi gratia? Lex diſtinguit inter jus vetus, & jus novum. Jure veteri, ſi ſtipulata de Titio Marcella non ſit ſibi fundum reſtitui poſt quinquennium, nulla ei competit actio, quia alteri lex dicta eſt in donando inutiliter, *l. quo tutela*, §. *ult. D. de reg. jur.* Nemo paciſcitur, ſtipulatur, vel legem dicit alteri utiliter, ut ex ea lege alteri poſſit competere actio, qui non eſt ſtipulatus. Ergo in hac ſpecie jure veteri Marcellæ nulla competit actio, ſi ſtipulata non ſit. At jure novo, id eſt, ex conſtitutionibus Divorum Principum, & puto intelligi Divos fratres, ut in *l.*1. Divi Principes, id eſt, Divi fratres, Antoninus & Verus: Ex nova illa conſtitutione Marcellæ competit utilis actio. Quæritur, cur detur ei *utilis actio* contra jus vetus, a quo ne diſcedat, omnino etiam conſtitutio dat non directam, ſed utilem actionem. Quæro cur det utilem actionem, cum lex donationi dicta, alteri nullam pariat actionem, *l.*22. *ſup. de don.* Et rurſus quæritur, quænam ea actio ſit. Et utrumque (ſi bene rem attendamus) hoc explicat *l.*3. primum his verbis, *juxta donatoris voluntatem, qui ſcilicet voluit rem ſorori ſuæ donare, & vero donavit poſt quinquennium, & vel præſens, vel abſens ſoror patefactam*

ſibi eam voluntatem agnovit. Datur ergo ei actio utilis, quia ei res eſt donata ex tempore. Alterum autem, quod quæritur, quænam ea ſit actio, eadem lex explicat, dum ait: *Marcellæ accommodari*. Et notandum paſſim in libris noſtris, quod dicitur proprie & ſemper actio utilis accommodari, & inflecti quodammodo, utiles dicuntur accommodari, non directæ. Dum ait: *Marcellæ accommodari actionem, quæ ſorori ſuæ*, id eſt, donatori, *ſi viveret competebat*. Competebat autem viventi ob non impletam legem donationis, condictio ob rem dati, & actio præſcriptis verbis. Ergo hæc etiam actio Marcellæ accommodabitur. Nec male in hunc locum Theodorus & Eudoxius in libris Baſilicon, *utilem actionem*, id eſt, *præſcriptis verbis*, inquiunt, ſed vellem addidiſſent, *aut utilem condictionem ob rem dati*, quæ etiam donatori competebat. Vellem etiam aliter ſpeciem, tum ipſi, tum etiam Latini adfinxiſſent ad hanc legem. Sic vero in *l. penult. ſup. ad exhib.* ſi rem tuam, vel quam tibi donavi (*quid intereſt?*) depoſui apud Titium ea lege, ut tibi redderetur, tibi datur utilis actio, non alia, quam quæ mihi competeret, ſi viverem, nimirum actio depoſiti, ut aperte ſcriptum eſt *in d. l. pen.*

AD TITULUM LV.
DE REVOCANDIS DONATIONIBUS.

IN hoc titulo proponitur *actio ingrati*, cujus reſpectu inſtitutus eſt hic tractatus *de donat.* ut ſcilicet actioni ingrati (per quam beneficium emancipationis reſcinditur, de qua actum eſt paulo prius in tit. *de ingratis liberis*) adjungeretur alia actio ingrati, per quam donatio jure perfecta retractatur, & reſcinditur. Reſcinditur autem ex cauſis ingratitudinis in judicio comprobatis, *l. pen. h. tit.* & ex eis tantum cauſis ingratitudinis, quæ enumerantur in *l. ult. h. tit.* ſuperiore titulo proximo propoſita eſt una cauſa revocandæ donationis, ſi donatarius non pareat conditioni donationis, vel legi, quam donator rebus ſuis in donando dixit, quæ cauſa etiam inculcatur in *l. ult.* ob quam, ut heri diximus, donatori competit condictio ob rem dati, re non ſequuta. In hoc titulo proponitur alia cauſa revocandæ donationis, ſi ingratus & impius valde fuerit donatarius adverſus donatorem, ut definit *l. ult.* ob quam cauſam donatori competit actio ingrati revocandæ donationis gratia. Actio eſt perſonalis, *l. 7. hoc tit.* & perpetua, *l. 1. in princ. h. tit.* quæ tamen heredi donatoris, vel in heredem donatarii ingrati non datur, *l. 1. 7. & ult. h. tit.* Et ratio hæc eſt, ut non detur heredi, vel in heredem, quia vindictæ potius, quam pecuniæ perſecutionem habet, & in *l. 7. hujus tit.* quod noſtri non intellexerunt, hanc actionem ingrati eſſe perſonalem, & ita eſſe perſonalem, ut nec detur heredi, vel in heredem, atque ita ut vindicationis tantum effectum habeat, hoc eſt, non actionis in rem, ſed vindictæ & ultionis: quæ ratio etiam efficit, ut actio de moribus, quæ vindictam perſequitur, & ultionem potiſſimum, neque detur heredi, neque in heredem, *l. rei judicatæ, §. 1. D. ſolut. mat. l. 1. C. Theod. de dot.* Et ſimiliter, ut actio etiam injuriarum non detur heredi, & in heredem, ſi non fuerit conteſtata a defuncto, vel in defunctum, quia actio injuriarum etiam vindictam potius, quam pecuniam perſequitur, *l. 2. §. emancipatus, D. de coll. bon. l. ſi eum, §. injuriarum, D. ſi quis caut.* Et eleganter Valent. in *Novella de libert. & ſucceſſ. eorum*: *Eum, qui agit injuriarum, agere cauſam doloris*, quod eſt perſequi vindictam: & M. Tull. pro Cæcinna: *Eum, qui agit injuriarum, dolorem judicio, pœnaque mitigare*. Eademque eſt ratio querelæ inofficioſi teſtamenti, quæ datur liberis, aut parentibus injuria affectis per exheredationem, quæ etiam non præparata, aut non conteſtata, nec heredi datur: in heredem datur, ſed heredi non datur, niſi poſt litis conteſtationem, & præparationem, atque adeo non intel-

A ligitur eſſe in bonis noſtris querela inofficioſi teſtamenti ante litem conteſtatam, *l. 1. §. ſed ſi puta, D. ſi quid in fraud. patr.* Hæc querela hoc tantum diſtat ab aliis, quas ante commemoravi, quod aliæ dicantur perſequi vindictam, querela inofficioſi teſtamenti & vindictam perſequatur, & hereditatem. Datur autem hæc actio cuilibet donatori, vel patrono, vel parenti cujuſcunque ſexus, vel cuilibet extraneo donatori, non tamen matri propudioſe & luxurioſe viventi: nec matri tranſeunti ad ſecundas nuptias, ſpretis liberis primarum, quibus quid ante donaverit, quod eis, ſi iterum nubat, eripere non poteſt prætextu ingratitudinis, *l. 7. hoc tit.* niſi ex cauſis graviſſimis & compertiſſimis notatis in *Novella de nupt.*

Illud etiam notandum, per hanc actionem ingrati, revocari tantum ea, quæ ingratus donatarius tunc tenet
B & poſſidet ex bonis donatis, cum agitur ingrati, non etiam ea, quæ priuſquam ingratitudinis argueretur, deſiit poſſidere, & vendidit, vel donavit, vel permutavit, vel in dotem dedit, qua in re eſt ſingularis *d. lex 7. h. tit.* Porro huic cauſæ revocandæ donationis in *h. tit.* additur alia in *l. ſi unquam*, lex eſt 8. nomine, & uſu celeberrima, & vexata a duobus Senatoribus curiæ Pariſienſis, Andrea Tiraquello, qui in hanc legem ex profeſſo ſcripſit, & Nicolao Valla *libro de rebus dubiis*: quo ingenio nolo dicere. Proponitur in hac *l. 8.* hæc revocandæ donationis cauſa, ſi ei, qui donavit omnia ſua bona, vel partem bonorum, cum non haberet liberos, poſtea agnaſcantur liberi. Et proponitur patronus donaſſe liberto. Solebant ſe liberti, & patroni mutuis donis afficere, ut oſtendit *lex ſi vero, §. inde Papinianus, D. mand.* & le-
C gitur in Comœdiis. Proponitur, inquam, in hac lege patronus liberis orbus, liberto donaſſe omnia ſua bona, vel partem tertiam bonorum, vel dimidiam. Sed idem arbitror eſſe dicendum, & magna pars interpretum idem opinatur, ſi libertus ſimiliter patrono donaverit, vel ſi quis alius cognato, vel amico ſuo, ut ſcilicet ea donatio revocetur, donatori ſupervenientibus liberis. Tentat tamen Accurſius, tentant etiam alii quidam, definitioni hujus legis tantum locum eſſe in ſuo caſu, cum patronus liberto donavit, quaſi non, quod ita proponitur in hac lege, id veniat ex facto, de quo fuit conſultus Imperator; non quod non ſit idem dicendum in aliis perſonis: maxime quia ratio, propter quam patrono datur reſciſſio donationis, valet etiam in ceteris perſonis omnibus, qui omnia bona, aut partem bono-
D rum donaverint, cum non haberent liberos: Ratio enim hujus legis poſita eſt in conjectura pietatis paternæ. Et eadem igitur eſt hujus legis ratio, quæ *l. cum avus, D. de condit. & demonſtrat. l. cum acutiſſimi, ſup. de fideicommiſſ. l. generaliter, §. cum autem, ſup. de inſtit. & ſubſtit.* quia ſcilicet veriſimile eſt, orbum, qui donavit omnia bona ſua, vel partem, cum non haberet liberos, donaturum non fuiſſe, ſi de liberis cogitaſſet, aut de uxore ducenda. Pono a cœlibe & orbo donationem factam. Veriſimile eſt, eum liberos ſuos anteponere extraneis, quæ conjectura pietatis facit, ut poſſis vere dicere, huic donationi, quam orbus fecit, ineſſe tacitam conditionem, *ſi liberos non habuerit*. Quare etiam vere dices, poſtea ſuſceptis liberis, ex ea cauſa dari ei *condictionem ob rem dati, re non ſequuta*, non donationem
E reſcindi ipſo jure ex hac cauſa, quod eſt falſum, ſed per condictionem ob rem dati, re non ſequuta, quaſi defecta conditione donationis, quæ tacite inerat, *ſi liberos non habuerit*. Hæc eſt ratio legis, quæ cum locum habeat, non tantum in patronis donantibus ſuis libertis, ſed etiam in omnibus donatoribus, idem ergo jus ſtatuamus in omnibus: ubi ratio diverſitatis non eſt, ſed eadem occurrit ratio, idem jus ſtatuendum eſt, *l. 3. §. 1. D. de injuſto, rupt. irrito facto teſt.* An eodem modo, eodemque exemplo, quod dicitur de liberto *in l. cum tale, §. 1. D. de condit. & demonſtrat.* non trahemus etiam ad alium, ut etiam Accurſius voluit illo loco, videamus. Ait lex illa, ſi liberto legaverit patronus ſub conditione, *ſi a liberis patroni non diſceſſerit; ſi morietur cum liberis patroni*,

troni, semper eum libertum posse pervenire ad legatum, oblata veluti Mutiana cautione, cujus inventor est Q.Mutius, qua caveat se nunquam a liberis patroni discessurum, licet ea conditio possit impleri vivo legatario morte liberorum patroni, & non soleat cautio Mutiana præstari, nisi in iis conditionibus, quæ expleri vivo legatario non possunt: & tamen placet præstari illo casu, licet ea conditio possit expleri vivo legatario morte liberorum patroni, quia, ut ait, periculosum est & triste, libertum conjunctum patroni liberis, eorundem mortem exspectare. An igitur quod de liberto, idem non dicemus in extraneo, cui legatum sit sub eadem conditione. Quidni vero? Cum & hic sit conjunctus testatoris liberis, & connexus jure hospitii, jure convictus, consuetudinis, & familiaritatis, imposita tali conditione, non minus quam libertus, nisi quod hic aliquanto est conjunctior, quia est ex eadem familia, id est, ex eodem nomine, habet enim nomen patroni. Qua de causa in constitutione Græca Justiniani *de jure patron.* dicuntur patroni libertis videri *συγγενεῖς*, id est, cognati. Et facit etiam ad eam rem *l. Paulus respondit, ff. de fideicomm. libertat.* Et similiter, an etiam quod ait *l. 1. hoc tit.* patronum videri donasse liberto ea, quæ sua pecunia comparavit nomine liberti: an hoc, inquam, dicemus locum tantum habere in patrono, & liberto, non in aliis personis, ut & Accurs. notat: sed refellitur ex *l. filiæ, sup. famil. ercisc. & l. cum hic status, §. 1. ff. de donat. int. vir. & uxor.* quæ leges generaliter nullam esse statuunt differentiam inter donare, & emere sua pecunia nomine alterius cujuscunque. Sic igitur statuo, & hanc legem *si unquam*, pertinere ad quemcumque donatorem, qui cum non haberet liberos, bona sua omnia, vel partem alii cuicunque donavit, ut postea susceptis liberis donationem revocare possit in solidum, donationem totam, ut ait lex, quasi defecta conditione tacita, quæ ex conjectura pietatis donationi inest, si liberos non habuerit: & revocare (ut dixi ante) per condictionem ob rem dati re non secuta, quæ etiam dabitur ejus heredibus, ut *l. 3. sup. tit. prox.* Ergo & liberis, quos postea suscepit, si ei heredes extiterint jure hereditario, non proprio, quia jure proprio immodicam donationem a parente factam, non revocant in solidum, sed pro modo tantum legitimæ portionis, ut docent Constitutiones *tit. de inofficios. donat.* Ex quo sequitur, quod notandum, patrem, cui soli competit solidæ donationis revocatio, beneficio hujus legis posse renuntiare, quia lex beneficium dat patri soli, eidemque donatori, non liberis, non liberorum favore: sed quod tacite intelligatur ea fuisse conditio donationis. Patri igitur soli, vel heredi ejus, non etiam non heredi, vel filiis non heredibus in solidum. Si beneficium hujus legis datur patri, necessario sequitur, patrem posse eo beneficio non uti, aut ei in donando nominatim renuntiare, puta lege dicta, ut nec susceptis postea liberis, revocet donationem, secundum generalem definitionem *l. si quis in conscribendo, sup. de pact.* Et hoc, quod ita constituitur in hac *l.* invenio, & leges Longobardorum probare duobus locis. Sed olim, hoc est, ante hanc constitutionem hoc non obtinuisse, ut revocaretur donatio immensa, quam orbus fecisset, postea procreatis liberis, indicat ex D. Augustino *can. ult. 17. quæst. 4.* quo loco ponit eandem speciem: quendam non habentem liberos bona sua donasse Ecclesiæ Carthaginiensi, & postea natos ei fuisse liberos, nec opinanti Aurelium Episcopum ei bona reddidisse, quæ, inquit, non tenebatur reddere jure fori, inquit, sed jure cœli: nam vulgo male legitur, *jure poli* Augustinus solet semper dicere, jure cœli, ut in sermone secundo de tempore: *Concubinas habere licere jure fori, non jure cœli.* Et recte notatur ille canon esse ex sermone Divi Augustini *de vita cleric.* quem sermonem cum non inveniret, aut non posset invenire, qui ex professo in hanc legem scripsit, notat, *non exstare illum locum inter opera Augustini*, cum tamen exstet. Et idem etiam, cum legisset Syrach auctorem citari in Melissa Antonii Mona-

A chi, dixit, *Se nescire quis esset ille auctor.* Nescire igitur, se liberos Sacræ Bibliæ, inter quos est liber Sapientiæ Jesus filii Syrach, qui & Ecclesiasticus dicitur, & *πανάρετος*. Verum ad rem, quod olim non obtinuit, introduxit hæc constitutio, quæ loquitur de donatore, qui liberos non habuit tempore donationis. Unde quæro, *quid sit dicendum, si liberos habuerit, qui donavit omnia sua bona, vel maximam partem.* Ipse quidem non potest revocare, nec si postea suscipiat liberos, quia semel prætulit extraneum liberis, & ita nobis abstulit causam faciendæ conjecturæ pietatis. Ergo ipse, qui habens liberos donavit, etiamsi postea alios procreaverit, non revocabit donationem, quia donatio revocatur ex conjectura pietatis, quæ in eo nulla est. Liberi quoque, qui tempore donationis erant superstites, vel post donatio-
B nem suscepti, non habent actionem, qua eam donationem rescindant in totum, *ut vult hæc lex in suo casu.* Sed si ea donatio liberis auferat, vel minuat legitimam portionem, quæ inofficiosa donatio dicitur, sive fuerit collata in extraneum, sive in unum ex liberis, eam liberi, quibus fraus facta est, rescindunt per querelam inofficiosæ donationis, non in totum, sed pro modo portionis legitimæ, id est, quantum sufficit conficiendæ portioni legitimæ debitæ liberis. Et hoc ostenditur in *l. si mater, & l. si totas*, & ceteris fere omnibus *tit. de inoffic. donation. sup.* & in *l. si totas facultates tuas*, inquit, *per donationes vacuefecisti*, ut recte quidam legunt, non *vacuas*, ut *l. 25. Cod. Theodosian. de decurionibus, curias vacuefactas.* Et sic Latini loquuti sunt. Eodem pertinet *l. Titia, §. Imper. ff. de legat. 2.* quæ dicit, hanc querelam
C inofficiosæ donat. esse ex constitutione Alexandri. Eodem etiam pertinet *Novell. 92. de inofficios. donat.* Et inde exoritur magna differentia inter querelam inofficiosi testamenti, & inofficiosæ donationis: Nam querela inofficiosi testamenti rescindit totum testamentum, quod est verissimum, & testatorem intestatum facit: querela inofficiosæ donationis rescindit tantum, quod deest portioni legitimæ liberorum. Et ratio differentiæ est, quia liberaliores sunt, qui moriuntur, & ideo leges minus permittunt morientibus, quam viventibus. Argumento est lex Furia Caninia, quæ inter vivos manumittere permittit totam familiam: testamento, hoc est, causa mortis, certum numerum servorum tantum: & ita moriens, si exheredaverit filium immerito, aliis heredibus institutis, vel filiis, vel extraneis, totum testamentum
D rescinditur per querelam inofficiosi testamenti, atque ita patre intestato facto, omnes filii, & instituti, & exheredati ei succedunt, veluti ab intestato. At vivens, si omia bona donaverit, ea tantum pars donationis rescinditur, qua opus est liberis ad supplendam portionem legitimam, & eatenus rescinditur agentibus liberis, non quidem vivo patre, sed mortuo tantum, *l. 1. l. si liqueat, sup. de inoffic. donat.* Quæritur ad hanc legem, an idem sit in donatione causa mortis, ut revocetur supervenientibus liberis, qui nulli fuerant tempore donationis. Nisi alii facerent, ego nunquam facerem hanc quæstionem, quoniam dubitabatur tantum de donatione inter vivos, non de donatione causa mortis, quia revocatur pœnitentia donatoris, etiam non susceptis liberis. Ergo si quis quærat, an *l. si unquam*, habeat locum in
E donatione causa mortis: Respondeamus habere multo facilius, quia revocatur pœnitentia donatoris. Sed si non fuerit revocata a donatore, & moriatur, non revocatur etiam a liberis postea susceptis in totum, ut ait *l.* sed pro ratione Falcidiæ tantum, sive legitimæ portionis, & sive ex testamento, sive ab intestato liberi successerint patri, quia & ab intestato locus est Falcidiæ ex constitutione D. Pii, *l. filiusfam. ff. ad leg. Falcid.* & in donationibus causa mortis ex constitutione Severi, *l. 5. sup. ad l. Falc.* Postremo quæritur, an etiam huic legi locus sit in donatione facta remunerandi causa ab eo, qui non habet liberos eo tempore, sed postea cœpit habere: & an in donatione facta favore, & nomine nuptiarum? Et sic videtur Vallæ, & narrat etiam

etiam ex more quarundam regionum, nec inter vivos ulla ex causa, vel remunerationis, vel matrimonii posse donari ea quæ accepimus a majoribus nostris. Cui consuetudini est similis lex, cujus meminit Porphyrio in illum locum Horatii, *Dic ex parte tua*, *&c.* Satyr. 2. & Sat. 5. lege cautum fuisse, ne quis agrum, vel domum sibi testamento donatam, puta majoribus suis, alii donaret.

AD TITULUM LVI.

DE MORTIS CAUSA DONATIONIBUS.

SUPERIORES tituli sunt *de donatione inter vivos*, quæ si jure perfecta sit, pœnitentia nullo modo revocatur, *l.* 2. 3. 4. 6. *sup. tit. prox.* Hic autem titulus est *de donat. caus. mortis*, quæ ex nuda voluntate, & pœnitentia revocari potest, *l. qui mortis causa*, *ff. eod.* Sicut donatio, ob quamcunque causam facta, pœnitentia etiam revocatur, re integra, *l.* 3. §. 1. *l. si pecuniam*, in duobus locis, *ff. de condict. caus. data*. Et similiter donatio precaria, *l.* 1. *&* 2. *ff. de precar.* Mortis causa donatio pœnitentia donatoris revocatur, nisi scilicet donatarius donationem ea lege acceperit, ne pœnitentia revocaretur: Nam hæc lex donatorem tenet, ne possit pœnitere, *l. si alienam*, §. 1. *l. senatus*, §. *mortis*, *ff. eod. & Novel.* 87. Qua in re donatio causa mortis distat a legato: Nam si hanc legem sibi ipse testator dixerit, *ne legatum, quod dedit, adimere possit*, hæc lex testatorem non tenet, ne possit pœnitere, *l. si quis*, *ff. de leg.* 3. Et ratio differentiæ est evidens, quia donatori legem dicit donatarius: ipse autem testator sibi solus legem dicit, & nemo tenetur ex ea lege, quam ipse sibi dixit, vel in legando, vel in donando, vel in vendendo, *l. quod autem*, §. *pen. ff. de don. inter vir. & ux.* At donatio causa mortis non tantum revocatur pœnitentia & mutatione consilii, sed etiam convalescentia, puta, si eam fecerit, qui ægrotabat, metu mortis: vel etiam emenso periculo mortis, si quis imminente mortis periculo, citra adversam valetudinem aliquid donarit. Revocatur etiam, & exstinguitur morte donatarii, quæ modo contingat vivo donatore *l. non omnis*, *ff. de reb. cred.* Et ne quis requirat definitionem: *Donatio causa mortis est, quæ confertur in casum mortis donatoris, nec ante perfecta esse intelligitur, quam mors ejus contigerit*, vel ut est in Inst. *Donatio causa mortis est, quæ propter mortis suspicionem fit ab ægroto, vel sano, cum quis alii rem veluti fiduciariam dat, ut finito periculo mortis sibi restituat, quod impendebat, vel si quid adversi contigerit, si quid eum humanitus fuerit*, ut loquitur Ennius, *tum eam rem ipse habeat*. Ennius: *Si quid me humanitus fuerit*, pro mihi. De ea mortis causa donatione sunt in hoc titulo *ll. quat.* quas sigillatim exponam. Primam legem glossæ, glossarumque comites nullo modo intellexerunt. Species & sententia ejus hæc est. Quidam duobus rem donavit mortis causa, ea lege, ut altero mortuo portio ejus ad superstitem pertineret. Mortuo altero, habet superstes adversus heredem ejus fideicommissi petitionem, fideicommissi actionem, id est, quæ solet dari fideicommissario ex causa relicti sibi fideicommissi. Sed cur fideicommissi actionem? an in hac specie ullum fideicommissum intercessit? sic sane, quia donator fideicommissum si alteri ab altero vicissim reliquit, dum lege donationis cavit, ut altero mortuo portio deficiens ad superstitem pertineret. Et utique potuit fideicommissum relinquere, non tantum testamento, vel codicillis, sed etiam instrumento donationis, & lege donationi dicta, & epistola & libello, etiam ab intestato (ut hoc casu, quo nullum donatorem fecisse testamentum proponitur) & alio quocunque modo, etiam nutu, *l. & in epistola*, *sup. de fideicomm.* Et potuit fideicommissum relinquere a donatariis causa mortis, *l. ab eo*, *sup. de fideicommiss. l. cum pater*, §. 1. *D. de leg.* 2. *l. Seja*, *D. de dote præleg. l. cum ii*, §. 1. *D. de transact.* Potuit, inquam, fideicommissum relinquere a donatariis causa mortis, quales illi duo erant donatarii. At non potuit fideicommissum relinquere a donatariis inter vivos: a donatario causa mortis potest relinqui, a donatariis inter vivos non item, *l. cum quis*, §. *pater*, *D. de leg.* 3. nisi scilicet donatio inter vivos ab initio sit inutilis, veluti inter maritos, & convalescat morte donatoris, quoniam ab eo, qui eam donationem accepit, fideicommissum relinqui potest, *l. sequens*, *ff. de leg.* 2. Propterea quod ea donatio, & omnis quæcunque donatio quæ morte confirmatur donatoris, fideicommissi partibus fungitur, *l.* 12. *sup. ad leg. Falcid.* Alioqui ab eo, cui recte donatum est inter vivos fideicommissum relinqui non potest. Quare prudenter Imperator in hac *l.* 1. hunc addit modum, si mortis causa donatio perficiebatur, id est, si duobus illis donabatur mortis causa. Nam si donabatur inter vivos, non potuit alteri ab altero fideicommissum relinqui. Igitur non potuit superstiti esse actio fideicommissi, quam lex dat. Sed si is qui duobus donavit inter vivos, voluit post mortem alterius directo portionem demortui superstiti esse donatam, ei accommodabitur utilis repetitio ejus portionis, *l.* 3. *sup. de donat. quæ sub mod.* non actio fideicommissi, quia a donatariis inter vivos fideicommissum relinqui non potest, & ita explicanda est *l.* 1.

Male autem vulgo in specie legis 1. *non fuisse fideicommissum, sed quasi fideicommissum*, id est, donationem causa mortis collatam in superstitem: quinimo revera fuit fideicommissum relictum instrumento donationis. Male item vulgo, *non esse actionem fideicommissi, sed utilem ex testamento*, quia utilis ex testamento non datur ubi non est testamentum, ut hic fuisse testamentum nihil proponitur. Et verum est, competere directam fideicommissi actionem, quæ non est actio ex testamento, sed actio ex fideicommisso, seu persequutio fideicommissi. Male etiam vulgo in specie hujus legis, *donationem causa mortis fuisse perfectam stipulatione*, puta altero alteri promittente partem suam in causam mortis, & ita substituto altero alteri, ut in *l. ut heredibus*, *de leg.* 2. *l. ei cui*, *ff. de mort. caus. donat.* quia hoc modo donatio confertur in superstitem per stipulationem, non fideicommissum: citra stipulationem in superstitem confertur fideicommissum, non donatio causa mortis. Et lex loquitur de fideicommisso: Ergo non oportet fingere intervenisse stipulationem. Non debet autem videri mirum, si res donata mortis causa revocatur per fideicommissum, quia quodcunque pœnitentia revocari potest, & per fideicommissum revocari & adimi potest, *l. quidam 'estamento*, §. *ult. ff. de leg.* 1. Sequitur *l.* 2. Species legis secundæ hæc est, cujus etiam vim non animadvertunt, nec sciunt ullo modo, quæ sit in ea ratio dubitandi. Species, inquam, hæc est: mulier habens filiam ex primo marito, nupsit secundo, & in dote ei danda cavit in casum mortis suæ, *dotem reddi fratri suo: potest* (ait lex) *quæ dotem dat, quam velit conditionem eidem doti dicere*, ut recte legit Haloander, non *adjicere*. Et ut hoc obiter admoneam, quod heri prætermisi in *l. ult. tit. sup.* etiam recte Haloander *fragilitatem*, ut in Basil. ασθένειαν, non, ut vulgo, *frugalitatem*. Et principium legis 4. *ejusd. tit.* ita est restituendum: *Cum confitearis te in fraudem alterius*, *&c.* Ergo, ut cœpi dicere, mulier in dote danda secundo marito cavit, si ipsa prior in matrimonio moreretur, dotem reddi fratri suo, & permisit fratrem stipulari in eundem casum sibi dotem reddi. Denique fratri donavit dotem causa mortis. Deinde mortua est soror intestata, & ei ex Senatusconsulto Orfitiano filia heres extitit. Quid fiet, si in reliquis bonis matris filia non habeat integram Falcidiam, quæ omnino ei debetur? Et lex ait, eam suppleri debere ex donatione causa mortis collata in avunculum, quia ex constitutione Severi lex Falcidia locum habet etiam in donationibus causa mortis: & est verissimum, *l.* 5. *sup. ad leg. Falcid.* Neque obstat *lex* 1. §. *item si ita legatum*, *& lex acceptis*, *ff. eod.* quoniam, ut breve faciam, missa opinione Accursii, qui & in mortis causa capionibus putat legem Falcidiam locum habere, respondeo illam *l.* 1.

& l.

& l. acceptis, non loqui de mortis causa donationibus, sed de mortis causa capionibus, in quibus verissimum est, non habere locum legem Falcidiam, excepto casu *legis pen. sup. ad leg. Falcid.* ne fraus fiat legi Falcidiæ. Mitto explicationem illius casus, ne sim longus, aut ne sim vagus a re proposita, & cum hæc dico, mortis causa capionem accipio specialiter: Nam generaliter mortis causa capio continet & hereditatem, & legatum, & donationem causa mortis, *l.31. ff. eod.* Specialiter autem continet, quod conditionis implendæ causa datur, ut si quid legetur Titio sub conditione, *si 10. dederit. heredi, vel extraneo*, ea decem heres, vel extraneus capit mortis causa, id est, per occasionem mortis testatoris. Eaque pecunia est mortis causa capio, ex qua non detrahitur Falcidia. Specialiter dicitur *mortis causa capio*, quia non habet aliud nomen. Et similiter quodcunque obvenit occasione mortis alterius, si vacat proprio nomine, veluti hereditatis, aut fideicommissi, aut legati, aut mortis causa donationis, mortis causa capio appellatur, id est, commune nomen facit suum proprium, & (ut imiter Aristotelem) communis nominis hereditatem capit, quod caret proprio, 7. *Ethic. ad Nicomach.* In his mortis causa capionibus, quæ scilicet non sunt præditæ alio nomine, lex Falcidia locum non habet, excepto illo casu. Etiam Accursius non advertit, quæ sit ratio dubitandi in specie hujus legis, quæ talis est. Plerique juris auctores donationes causa mortis comparant semper legatis: & ex *l.4. h. tit.* id definitum est, mortis causa donationes comparari legatis, quod & veteres quidam juris auctores prodiderunt, ut in *l. Marcellus, §. ult. l. si debitor, l. illud, D. eod. l.1. §.1. D. si quid in fraud. patr.* Et comparamus mortis causa donationes legatis facto testamento, in quo sunt relicta legata: Nam ab intestato, quo casu non possunt relinqui jure Digestorum, non comparantur mortis causa donationes legatis, quia nulla legata sunt, quibus comparentur, nulla legatorum comparatio occurrit, ut ait *lex si filius, ff. de legat. præstan.* Et ideo in specie *legis* 2. quia mater fuit intestata, ut lex ponit, videtur in donationibus causa mortis non intervenire Falcidia exemplo legatorum, quod nullum occurrit ab intestato; Nam quod D. Pius constituit, ut ab intestato locum haberet Falcidia, *l. filiusfam. ff. ad leg. Falcid.* id tantum constituit in fideicom. non in donationibus causa mortis. Unde patet novam esse constitutionem hujus legis 2. quæ porrexit constitutionem Severi ad causam intestati, ut scilicet etiam ab intestato, non occurrente exemplo legatorum in donationibus causa mortis, locum haberet Falcidia. Denique novum est jus constitutionis istius, & constitutio singularis, quod illi ejus ingenii erant, ut nunquam potuerint animadvertere, nec etiam intelligant *leg.3. h. t.* quæ ut perspicua fiat, explicanda est ex *l.19. sup. de donat.* dum ait *l. nec fratri, &c.* Ut sit hic sensus: nec donationem inter vivos, nec donationem causa mortis jure perfectam posse revocari, & rescindi ab agnatis, veluti sorore donatoris, quod est verissimum, & eo jure utimur. *Il n'y à point de retrait lignagier: si ce n'est quand il y à bourse desliee*, id est, rem venditam, aut alienatam genere proximi venditori: agnati, oblato eodem pretio intra certum tempus ad se revocare possunt, non rem donatam. Et hoc voluit *l.3.* rem donatam, vel inter vivos, vel mortis causa, & jure donatam a sorore, vel ab alio agnato, vel agnata, non posse revocari hoc colore, quod res donata profecta fuerit a parentibus, quod res fuerint majorum, ut *d. l.19.* Vulgo dicitur, hic esse sensus *leg.3.* ut si soror aliquid donaverit in casum, non mortis suæ, sed mortis fatris sui, ut id non possit revocare, quod est perspicue falsum, si adhuc vivat frater: quia donatio mortis causa pœnitentia revocatur, insecuta morte fratris, quia consummata est donatio, non revocaretur, quam tamen insecutam *lex* 3. non ponit. Et rectius Isidorus interpres Basilicon, ut nos posuimus, ponit donationem mortis causa in specie legis 3. fuisse factam a fratre in hunc casum, si quid ei humanitus ac-

A cideret, ut veteres loquebantur, semper abstinentes a mortis nomine, tanquam male ominoso. Ex lege quarta, & ult. quæ facillima est, notandum est, donationem causa mortis, non indigere insinuatione, quo jure utitur, & ea tamen indigebat ex constitutione Constantini, *l.1. Cod. Theod. de donat.* Verum exigit tamen donatio causa mortis, ut jure consistat, quinque testes, quia instar habet ultimæ voluntatis, & in omni ultima voluntate saltem quinque testes requiruntur, *l. ult. sup. de codicill. l. hac consultissima, §. pen. sup. de testam. l. un. §. sancimus, sup. de Lat. libert. toll.* Et ita in hoc valde distat mortis causa donatio a donatione inter vivos: Nam donatio inter vivos, quibus casibus non requirit insinuationem, scripto contenta est a donatore subscripto, nec requirit ullos testes ex *l. in donationibus, sup. de donat.* B Differentiam, quam glossa notat in hac lege inter legata & donationes causa mortis, refutat Observatio 10. capite 28.

AD TITULUM LVII.

DE INFIRMANDIS POENIS COELIBATUS, ET ORBITATIS, ET DE DECIMARIIS SUBLATIS.

POTEST etiam recte hic titulus referri ad mortis causa donationes, quæ si fiant ei, quem lex Julia & Papia prohibet capere, quem facit incapacem ex Senatusconsulto, veluti, si fiant cœlibi, aut orbo, qui ex lege Julia & Papia capere prohibe- C tur ex Senatusconsulto, in eadem causa sunt, qua essent legata ei relicta, *l. senatus, D. de mort. caus. donation.* Quod omnino cohæret cum fine tituli superioris, in quo generaliter statuitur, mortis causa donationes legatorum instar obtinere; quare fit, ut leges Julia & Papia non tantum pertineant ad hereditates, vel legata, sed etiam ad mortis causa donationem, ut nec has donationes cœlibes, vel orbi capere possint. Lex Julia & Papia duæ sunt leges, sed quæ conjunctim solent tractari a Jurisconsultis. Lex Julia est vetustior lege Papia. Et prohibuit quidem lex Julia & Papia cœlibem quidquam capere ex aliorum testamentis, nisi post mortem testatoris intra centesimum diem matrimonium contraheret, præterquam ex testamentis cognatorum, ut opinor, usque ad sextum gradum, ad quem usque etiam prætor ab inte- D stato cognatos vocat, *§. ult. Institut. de success. cognat.* Denique lex Julia & Papia nihil cœlibem voluit capere ex alienis testamentis, *orbum* autem voluit eorum, quæ sibi relinquerentur, non plus capere, quam semissem, quæ omnia recte colliges ex Ulp. *lib. regul. tit. 16. 17. &* 21. & ex Sozomeni libro 1. *Histor. Eccles. cap.9.* Major igitur est pœna cœlibatus, quam orbitatis, quia cœlebs nil capere potest, orbus saltem ejus, quod relictum erit, semissem capiet, nec carebit universo. Et ratio est in promptu, quia matrimonium contrahere est in nostra potestate. In ea parte scilicet, legi Juliæ & Papiæ obtemperare est in nostra potestate, quod si non facimus, si monemus cœlibes, merito plectimur toto, quod nobis relinquitur. At liberos suscipere, non est in nobis, sed in majestatis providentia, Psalmo 126. *Hereditas domi-* E *ni filii*: id est, donum domini, more Hebraico. Et eodem Ulpiano auctore lex Julia & Papia in orbo masculo definit ætatem viginti quinque annorum, in femina viginti, ut si quis ea ætate fuerit sine liberis, eorum, quæ sibi relinquuntur, semisse mulctetur. Unde cum Sozomenus scribat, eandem legem in cœlibe masculo definisse ætatem 25. annorum, qua cœlebs, qui esset, jus capiendi non haberet ex aliorum testamentis, præsumo, feminæ etiam cœlibi præscriptam fuisse ætatem viginti annorum tantum. Ea enim lex Julia & Papia tam feminas coercebat, quam mares cœlibes, & orbos, ut Dio scribit 54. eam legem graves pœnas irrogasse, *τοῖς ἀγάμοις ϗ τοῖς ἀνάνδροις*. Cujus rei etiam argumentum præbet *lex 1. h. t.* quæ his pœnis legis Juliæ & Papiæ

utrum

utrumque ſexum liberat. Ergo ea lex utrumque ſexum tenebat. Et de his pœnis cœlibatus, & orbitatis in dictis legibus Julia & Papia, eſt accipienda *lex ſi is qui heres, D. de vulg. ſubſt.* Nam in illa lege, pœnas in teſtamento pati, id eſt, non poſſe capere ex teſtamento per legem Juliam & Papiam, ob cœlibatum, vel orbitatem non poſſe ſolidum capere: & proculdubio de iis pœnis, licet hoc non exſtet, tractaverat Ulpian. *lib. Regularum, tit. de cœlibe, orbo, & ſolitario patre.* Ubi *ſolitarium* patrem vocat eum, qui unicum & ſolum filium habet *μοῦνον, τηλύγετον*, ut Homerus loquitur, qui orbitatis quidem pœnam non patitur, quia non eſt orbus, qui unicum filium habet, ſed leviorem pœnam, aut certe tanta præmia non habet, quanta pater plurium liberorum. Et ſecundum hæc, quæ expoſuit, leges, quæ loquuntur de iis, qui non ſolidum, ſed partem tantum capere poſſunt (ut *l.42. D. de leg.2. l. cogi, §. ii qui ſolidum, D. ad Senatuſc. Trebell.* qui partem tantum capere poſſunt, id eſt, ſemiſſem: nam partem cum dicimus, ſemiſſem dicimus, *l. nomen, §.1. D. de verb. ſign.* hæ omnes leges accipiendæ ſunt de orbis, qui ex teſtamentis relictorum tantum ſemiſſem capere poſſunt, altero ſemiſſe mulctantur coacto in fiſcum. Unde Juvenalis Satyricus recte, *legatum omne capere eum, qui jura parentis habet.* Quia ſcilicet orbus ſemiſſem tantum capit, non omne legatum. Ambroſius Luc. 3. *Erat*, inquit, *deforme liberos non habere, quod etiam legum civilium fuit auctoritate mulctatum*, id eſt, Julia & Papia: & mulctatum ſemiſſe, ut Sozomenus ſcribit, ſemiſſe relictorum. Tertull. libro de monogamia: *Apud Chriſtum*, inquit, *legibus Juliis agi credunt, & exiſtimant cœlibes, & orbos ex teſtamento Dei ſolidum capere non poſſe.* Tacitus 3. Annal. *Relatum eſt*, inquit, *de moderanda Papia Poppæa, quam ſenior Auguſtus poſt Julias rogationes incitandorum cœlibum pœnis, & augendi ærarii ſanxerat. Nec ideo conjugia, & liberorum educationes frequentabantur prævalida orbitate.* Et ait, *augendi ærarii*, quia, quæ non capiebant cœlibes, recidebant in fiſcum. Item auctor Panegyrici Maximiano, & Conſtantino dicti: *Leges hæ*, inquit, *quæ mulcta cœlibes notaverunt, parentes præmiis honorarunt, vera dicuntur eſſe fundamenta Reipubl. quia ſeminarium eſt juventutis, & quaſi fontes humani corporis ſemper Roma. exercitibus miniſtrarunt.* Exprimit rationem legis Juliæ & Papiæ in cœlibes, & orbos. At Tertullianus in Apologetico ſcribit, *Severum Imperatorem excluſiſſe leges Papias, quæ*, inquit, *ante liberos ſuſcipi cogunt, quam leges Juliæ matrimonium contrahi*: qui locus eſt obſcurus, niſi enucleetur hoc modo, ut qua ætate lex Papia voluit ſuſcipi liberos, eadem etiam, ut ante dixi, lex Julia voluerit matrimonium contrahi. Fieri autem non poſſe ſimul eodem momento, ut exiſtant nuptiæ, & liberi, ſed prius matrimonium contrahere debere, marem intra vigeſimum quintum annum, feminam intra vigeſimum, deinde liberos ſuſcipere. Cui rei a contracto matrimonio, puto potius, quam præſumo, Severum Imperatorem præſtituiſſe tempus illud, cujus facit mentionem Ulpianus in ſupradicto tit.16. puta annum, & ſex menſes, id eſt, bis novem menſes, quia novem menſibus plerumque partus abſolvitur, non autem ſuſtuliſſe Severum pœnas cœlibatus, & orbitatis, quoniam hoc primus præſtitit Conſtantinus in *l.1. h. tit.* generaliter hac in re omnibus civibus Roman. conceſſa vacatione legis Juliæ & Papiæ, quæ ante non fuerat conceſſa generaliter, conceſſa erat tantum vacatio ſecundarum nuptiarum: nam & ſecundæ nuptiæ his legibus imperabantur ſolutis primis: conceſſa, inquam, erat tantum vacatio ſecundarum nuptiarum, feminis lege Julia a morte viri in annum, lege Papia in biennium: a divortio autem lege Julia in 6. menſes, & lege Papia in annum & 6. menſes, ut Ulpianus ſcribit eodem lib. tit.14. Viris autem non legitur fuiſſe conceſſa ulla vacatio ſecundarum nuptiarum, quinimo ſine ullo interſtitio poſt primas nuptias viris erat cogitandum de ſecundis, non etiam feminis, quas elugere virum oportet annum vi-

A duas permanentes. At viri non lugent uxores. Dederat etiam hac in re legis Juliæ & Papiæ vacationem in omne tempus D. Claudius, ut ſcribit Svetonius in Claudio, id eſt, remiſerat pœnas cœlibatus, & orbitatis civibus, qui navem fabricaſſent mercaturæ cauſa, quod Conſtantinus in hac lege dat generaliter omnibus, ſublata lege Papia & Julia, id eſt, ſublatis pœnis, quas indicebant cœlibatui, & orbitati. Ac præterea in Codice Theod. ubi hæc lex plenior extat, Conſtantinus profitetur, ſe tollere tantum pœnas cœlibatus, & orbitatis, non etiam, quod eædem leges caverant, *ne vir, & uxor inter ſe ſolidum capere poſſent*, quo jure etiam hodie pleræque nationes utuntur. Moribus Biturigum vir ex teſtamento uxoris, aut uxor ex teſtam. viri nil capit. Et ratio Conſtantini eſt, quia fallaces plerunque blandi-

B tiæ, vix etiam oppoſito legum rigore, cohibentur: ſignificat maritum, & uxorem plerunque blandis precibus, & fallaciis a conjuge exigere ſuprema judicia, & ſupremas liberalitates, quæ artes comprimendæ potius, quam incitandæ ſunt; vel, ut ait *l. ult. C. Theod. de liber. exhib.* iſte mutuus favor inter maritos reprimendus eſt potius, quam incitandus. Qua ex cauſa etiam lex Solonis *apud Plutarchum* non vult rata eſſe legata, quæ quis moriens conjugi reliquerit. Et hæc lex Julia & Papia conjuges inter ſe ſolidum capere non permittit. Significat etiam Conſtantinus illo loco, dum ait *fallaces illas blanditias vix cohiberi oppoſito rigore legis Juliæ & Papiæ*, ſæpe his legibus illudi per tacita fideicommiſſa, ut innuit *lex ult. D. de iis quæ ut indignis auferuntur.* Et aperte *l.1. inf. de iis qui ſe deferunt, libro* 10. indicat *uxo-*

C *rem ex teſtamento viri ſolidum capere non poſſe.* Et in quibus legibus invenies ita poni ſpeciem, ut non poſſit aliquis ſolidum capere ex unius teſtamento, poſſit ex alterius teſtamento, ut *l.6. D. de vulg. ſubſtitut.* id ſecundum jus vetus, & mentem auctoris accipias de conjuge, qui ex teſtamento conjugis ſolidum capere non poteſt, ex alterius teſtamento poteſt. Inde etiam Tertullian. 1. ad uxorem. *Tu modo*, inquit, *ut ſolidum capere poſſis hoc meæ admonitionis fideicommiſſum, Deus faciat.* Dico ſolidum, quia, ut Ulpian. ſcribit *eodem libro, tit. de decimis*, vir & uxor inter ſe non poſſunt capere ſolidum, id eſt, aſſem: ſed matrimonii nomine vir & uxor capere poſſunt decimam partem bonorum, aut uſque ad modum decimæ, ſi relinquatur a conjuge. Et præter hanc decimam, quæ conceditur matrimonii nomine, &

D honore, etiamſi ex alio matrimonio liberos ſuperſtites habeant, poſſunt tot decimas capere, quot liberos habent. Item communis filius unus *poſt nonum diem amiſſus*, unam decimam adjicit: duo autem filii communes poſt nonum diem amiſſi, adjiciunt duas decimas: poſt nonum diem, id eſt, poſtquam nomen in civitate habere cœperunt. Quoniam pueris parvulis nomen imponi ſolebat nono die, qui dies luſtricus vocabatur, *& Nominalia*: ceteroquin amiſſi ante nonum diem nil adjiciebant parentibus, quia pro non natis habebantur, qui nondum ſumpſerant nomen. Et hæc omnia de decimis capiendis erant cauta lege Papia, & ex ea re Thalelæus eam cognominavit legem Papiam decimariam in *l.1. ſup. unde vir & ux.* in qua tamen *jus antiquum* dici arbitratur habita relatione ad legem Papiam decimariam. Per-

E peram, ut oſtendit Obſervat. 3. *c.12.* Ergo conſequens eſt, id quod ponitur in *l. qui uxori, D. de aur. & arg. leg.* maritum uxori reliquiſſe decimam partem bonorum ſuorum, hoc eſſe ſecundum legem Papiam. Verum hac in parte primum legi Conſtantinum Imperatorem vacationem legis Papiæ dediſſe omnibus naviculariis Orientis, ut ſcilicet, etiamſi nullos haberent liberos, vir ex teſtamento uxoris, & retro uxor ex teſtamento viri, non decimam tantum, ſed etiam aſſem caperent, *l.7. C. Th. de Naviculariis*, quam poſtea vacationem omnib. generaliter dederunt Honorius, & Theodoſius in *l.2. h. tit.* cujus fit mentio in *l. ult. C. Th. de legit. heredib.* ſublata lege Papia decimaria, quæ conjuges cogebat ad decimam, nec volebat invicem ſolidi eſſe ca-

paces:

paces: *lex 2. hujus tit.* eos facit capaces aſſis, ſeu ſolidi. Et ad hanc legem ſecundam referri debent hæc verba Rubricæ, *& decimariis ſublatis*, decimariis legibus ſcilicet. Verum ait *lex 2. virum & uxorem inter ſe capere ſolidum, ſi relinquatur, niſi*, inquit, *id lex aliqua minuat*, non jam lex Papia decimaria, quæ abrogatur: ſed lex alia, quam Papia, veluti lex Falcidia, ut ait Accurſius recte, & adde, vel lex Leonis, quæ hodie obſervatur, id eſt, *lex hac edictali, ſup. de ſecund. nupt.* ut mulier, quæ ſecundo marito nupſit, cum haberet liberos ex primo, non plus ferat ex bonis ſecundi, vel non plus ſecundus maritus ex bonis ejus ferat, quam cui liberorum primi matrimonii minimum relinqueretur, ex bonis aliunde quæſitis, quam ex primo marito.

AD TITULUM LVIII.
DE JURE LIBERORUM.

QUAM apte cohæreat hic titulus ſuperiori, ex eo apparet, quod *l. 1. h. t.* eſt portio legis ult. tituli ſup. Idque patet ex inſcriptione & ſubſcriptione eadem. Et quod olim ex lege Papia beneficio liberorum vir & uxor inter ſe habebant ſolidi capacitatem, ut ſi unum habebant filium communem ſuperſtitem, *ils ſe pouvoient laiſſer tous les biens l'un à l'autre en ce cas*: vel ſi eum amiſerant puberem: quia multum erat puerum perduxiſſe ad pubertatem, vel ſi amiſerant *tres trimos*, id eſt, nuper mamma depulſos, vel ſi tres amiſerant poſt nonum diem, id eſt, poſt aſſumptionem nominis, quod Ulpianus ſcribit *eod. lib. tit. 16.* item mariti inter ſe habebant ſolidi capacitatem, etiamſi liberos neque habuiſſent, neque haberent, ſi a principe jus liberorum impetraſſent, quod etiam proficiebat matribus, id eſt, ea impetratio juris liberorum, non tantum, ut ſolidum caperent ex teſtamento viri, ſed etiam ut ab inteſtato filio forte unico ſuccederent ex SC. Tert. ut *l. 7. C. Th. de legitimis lib. l. 9. C. Th. de infirm. iis, quæ ſub Tyr. geſta ſunt, & Nov. Valent. de teſt.* At lex prima hujus tit. non vult amplius jus liberorum impetrari, aut peti a Principe precibus oblatis, ſed ultro & generaliter, *l. 1.* dat jus illud omnibus maritis, ut inter ſe ſolidi habeant capacitatem, perinde atque ſi ſpecialiter impetraſſent jus liberorum. Lex autem ſecunda idem jus liberorum ultro tribuit maritis, aut mulieribus, non parentibus, ut filio ſuccedant ab inteſtato ex Senatuſconſulto Tertulliano.

JACOBI CUJACII J.C.
RECITATIONES SOLEMNES, SIVE COMMENTARII
In IX. Librum Codicis Domini Juſtiniani.

AD TITULUM I.
QUI ACCUSARE NON POSSUNT.
Anno 1578.

HUNC librum Juſtinianus vocat terribilem, *l. 2. ſup. de vet. jure enucl.* atque atrocem propter varias pœnarum atrocium cauſas. Opus erit multæ, & variæ, atque antiquæ potiſſimum cognitionis. Poſt actiones civiles, quæ controverſias privatorum dirimunt, in hoc libro dantur criminales, quæ maleficia ulciſcuntur, & puniunt, & proprie accuſationes dicuntur. Ut vero *lib. 6. ſup. & D. 38.* prius egit de iis, qui teſtamenta facere non poſſunt, quam de teſtamentis ipſis: ita hoc libro primum agit de his, qui accuſare non poſſunt, deinde de accuſationibus: qui ordo, etiamſi non ſit ordo docendi, ſecundum quem prius de re ipſa, quam de circumſtantiis dicendum eſt, & perſonæ numerantur inter circumſtantias: tamen ordo eſt reſpondendi de jure, & in foro exercendorum judiciorum, ut ſi quæratur, an valeat teſtamentum, prius quæratur de perſonis, quam de regulis, & ſolemnitatibus juris, quæ in conficiendis teſtamentis requiruntur, *l. 4. ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. quidam, D. de jur. codicill.* Itemque ſi quæratur, an recte accuſatio inſtituta ſit, quærendum eſt prius, an accuſator juſtus ſit accuſator, an accuſare poſſit, deinde an rite inſtituta accuſatio ſit, & ſecundum regulas juris civilis, an juſta ſit accuſatio & ſolemnis. In quibuſdam Codicibus primo titulo hujus libri præſcribuntur hæc verba generalia, *de criminib. & qui accuſare non poſſ.* ut vulgo ante editionem Florent. libro 28. *Digeſtorum, tit. 1. qui teſtament. fac. poſſ.* hæc quoque verba generalia præpoſita erant *de teſtamentis*. Perperam, quoniam, ut jam pridem oſtendi, in Digeſtis, vel Codice nulli ſunt tituli generales, & meliores quoque Codices ea verba non habent. Hic igitur ſit titulus primus hujus libri, *qui accuſare non poſſ.* Unde intelligimus in eo demonſtrari, vel enumerari eos omnes, qui accuſare prohibentur, de quibus ordine, & ſigillatim eſt dicendum. At primum quidem notandum eſt, neminem pendente accuſatione accuſare poſſe accuſatorem ſuum, qua de re agitur in *l. 1. & 19.* & eſt quæſtio ſatis difficilis de relationibus criminum, ſive de mutuis accuſationibus, aut de anticategoriis, quæ ſola quæſtio hodie explicabitur. Primum ſic ſtatuo generaliter neminem pendente accuſatione accuſare poſſe accuſatorem ſuum, idque verum eſſe generaliter in omni crimine majori, minori, pari, id eſt, ſimili, vel æque magno, ut nullus quiſquam accuſatorem ſuum poſſit accuſare, quamdiu eſt in reatu, niſi hactenus, ut edat tantum inſcriptionem adverſus accuſatorem ex alterius criminis cauſa, & deponat in judicio, ut *l. 19. h. tit.* non etiam ut procedat ulterius, non ut ejus, quem detulit, nomen poſtulet recipi inter reos, non ut litem conteſtetur cauſa perorata ex utraque parte, quod proprie eſt accuſare. Fabius Quintil. Declam. 287. *reum ſemel delatum non poſſe abſolvi, niſi accuſetur*, id eſt, niſi lis conteſtetur. Ergo aliud eſt reum deferre, aliud reum accuſare, edito libello inſcriptionis. Defertur quidem reus, ut oſtendit *l. 3. ff. de accuſat.* ſed non agitur etiam ſtatim. Aliud eſt edere inſcriptionem, quæ & ſubſcriptio dicitur: aliud eum, qui poſtulatus eſt criminis, recipere inter reos, quod fit a prætore, qui legibus quærit poſtulante acuſatore. Seneca in Apocolocyntoſi: *ducit illum ad tribunal Æaci: is lege Cornelia, quæ de ſicariis lata eſt, quærebat; edit inſcriptionem, poſtulat nomen ejus recipi.* Et in 3. Declamat. *In jus ad prætorem voco, & eum quantum volebam jocorum, convitiorumque effudiſſem, poſtulavit, ut prætor nomen ejus reciperet.* At in id quod initio dixi generaliter verum eſſe, ut is, qui reus factus eſt, nullum poſſit crimen referre in accuſatorem ſuum, notandum eſt, in hoc tamen eſſe differentiam inter majus & minus crimen, vel par, quod ei, qui prior edidit libellum inſcriptionis, ſive litem conteſtatus ſit, ſive non, par aut minus crimen objici non poſſit ei, qui occupavit inſcribere in crimen. Et ita eſt accipienda *l. 19.* quæ loquitur tantum de pari aut minori crimine. Et ita eam Græci interpp. recte acceperunt. Et quia loquitur tantum de pari & minori crimine, conſequens eſt, aliud eſſe in majori crimine. Et ſane ita eſt, ut majus crimen poſſit objici ei, qui edidit prior minoris criminis inſcriptionem, ſi modo litem conteſtatus non ſit, quæ eſt ſententia *l. 1. h. tit.* Cujus ſpecies hæc eſt. Tu prior contra me inſcripſiſti, finge, in crimen legis Juliæ de vi privata, accuſationem, ſive litem nondum conteſtatus es: ego interim tibi objicio majus crimen, puta legis Corneliæ de ſicariis, crimen cædis & vulnerum. Lex ait, prius eſſe quærendum de graviori crimine, præpollere cauſam majoris criminis, & ex eventu ejus cauſæ majoris judicem æſtimaturum, tibi permittenda ſit, nec ne accuſatio ex l. Julia de vi privata: Nam ſi abſolutus fueris, tibi

tibi esse permittendam : Itemque si condemnatus fueris sine capitis deminutione, ut si relegatus fueris, vel damnatus in opus publicum temporarium, & sine infamiæ, ut in casu *l.quid ergo*, *§.pœna*, *ff. de iis qui not. inf.* Alioquin infamis non posset accusare, exceptis certis casibus, quibus etiam infami jus est accusandi. Et iis quoque casibus recte dices ei, qui ex causa gravioris criminis condemnatus est sine capitis deminutione permittendam esse accusationem minoris criminis, in quod prior inscripserat, antequam accusaretur de majori crimine: quod si fuerit ex ea causa damnatus in metallum, vel in opus publicum perpetuum, quo genere patitur capitis deminutionem, id est, amittit civitatem & libertatem, & fit servus ac peregrinus, tum ei non esse permittendam accusationem minoris criminis, quia capite minutus est, capitis minor est, ut jus accusandi non habeat, *l.5. D. de publ. jud.* Posui in specie hujus *leg. 1.* te inscripsisse priorem in crimen minus, non litem contestatum: Nam si litem contestatus es, etiam post capitis deminutionem, quam forte alio accusante sustinuisti, inchoatam accusationem tibi implere licet, ut ait *l.deferre*, *§. fisc. ff.de jur.fisc.& d. l.5.* Inchoatur accusatio contestatione, & actione causæ, ex utraque parte. Et recte in *d. l. 5.* inchoatam accusationem Græci interpretantur προκαταρχθῆσαν, quod est, *contestatam*, *propositam*, *fundatam*. Et ita fit (quod est notandum) ut capite deminutus, id est, servus vel peregrinus, accusationem exsequatur, impleat, peragat, quam cœpit liber & civis, quia scilicet initio tantum litis exigitur, ut sint justæ personæ, & idoneæ, quæ rem in judicium deducunt, nec recte institutum judicium, constitutumque inter justas personas & legitimas, id est, inter cives & liberos homines, fit irritum capitis deminutione alterutrius litigatoris. Sic igitur, si litem contestatus sit ante capitis deminutionem, quæ post ei contigit, inchoatam litem, & accusat. implere potest. Item si litem sit contestatus, sive accusationem, ea pendente ab adversario, nec majus crimen ei objici potest, id est, post litem contestatam, quod recte notavit glossa *in h. l. 1.* ad verbum, *respondeas*. Unde ita rem omnem concludamus: si is, in quem quis minus crimen inscripsit, contra ei objiciat majus crimen ante litem contestatam de minori crimine, prius est agenda causa majoris criminis: post litem vero contestatam nullius criminis majoris, vel minoris, vel similis, vel æque magni relationem, id est, ἀντικατηγορίαν, permitti. Et recte Gregorius Nazianzenus in Epistol. *Ut servem*, inquit, *legem judiciariam, & me prius purgem, & excusem, quam accusem adversarium*: ἵνα νόμον φυλάξω, κὴ μὲ πρῶτον ἀπολογίζομαι. Et vero quis non referret semper accusatori crimen aliquod, si referre liceret? Et si liceret accusatori referre crimen, quis non referret etiam judici? Quoniam (ut eleganter ait *l. 1. Cod. Theod. de accusat.*) neque judex illius, quem punit, neque accusator illius, quem ad pœnam postulat, odium evitare potest. Et quamvis omne genus accusationis, seu relationis criminis, accusationis mutuæ, adstringat necessitas inscriptionis, tamen, ut ait rectissime *l.quamvis, inf.ad leg.Jul. de adult.* nonnulli nimio odio & ira accensi proterve id faciunt: nec cohibet eos periculum inscriptionis. Fateor statim initio delati criminis mutuam accusationem admitti, sicut hodie mutua petitio, vel actio non admittitur, nisi ab initio litis, apud eundem judicem ex Novella 96. *§. ult.* quam Haloander male accepit de mutuis accusationibus, cum sit de mutuis petitionibus, sive mutuis actionibus civilibus. Et tamen in omnibus indistincte verum est, mutuas vel actiones, vel accusationes debere statim ab initio proponi apud eundem judicem, ut si mortuo aliquo statim uxor, & noverca mortui, se invicem veneficii accusent crimine pari, vel etiamsi extraneus reus adulterii, quem maritus defert, statim initio lenocinii crimen marito objiciat, ut in *l. quoniam, inf. ad leg. Jul. de adult.* quod etiam est par adulterio crimen, quia eadem lege, & eadem pœna lenocinium coercetur, qua adulterium, *l.2. §. lenocinii, ff. eod.* Paulo post dela-

A tionem criminis adulterii, id est, post editam inscriptionem, & multo magis post contestatam accusationem, dico extraneum marito non posse referre crimen lenocinii, nec directo, nec in modum exceptionis, seu præscriptionis. Idque probo ex *d. l. 2. §. qui hoc dicit, & §. extraneus.* Nec obstat, quod exceptio lenocinii est peremptoria, & peremptoria exceptio quandoque post litem contestatam opponi potest, *l.8. sup. de except.* quoniam hoc ita verum est, ut possit exceptio peremptoria quandocunque opponi post litem contestatam, si relevet, vel allevet reum, vel si oneret actorem, hac quandocunque uti reo licet. At cum exceptio peremptoria nec relevat reum, neque onerat actorem, quis non videt, eam inutiliter opponi, cujusmodi est exceptio lenocinii post delationem adulterii, quia non relevat
B reum adulterii, non onerat etiam accusatorem, id est, non subjicit accusatorem pœnæ lenocinii. Ergo frustra objicitur, videlicet ab extraneo reo facto adulterii: Nam ab uxore, quam maritus ream facit adulterii, recte quandocunque opponitur exceptio lenocinii. Et ratio differentiæ hæc est, quia uxor, quæ lenocinium objicit marito, retorquet in eum crimen, & cui licet in adversarium crimen retorquere, & dicere: Tu mihi auctor fuisti sceleris, cujus me incusas, *l. qui cum major natu 14. §. si libertus, ff. de bon. libert.* At extraneus objecto lenocinio non retorquet crimen, quoniam non ipse lenocinio pellectus est, sed mulier. Et refert quidem mulier marito lenocinii crimen, non quidem ut se purget, vel excuset: nec enim relatio lenocinii eam relevat, quia, ut ait *lex 5. de public. judic.* non relatione criminis, sed inno-
C centia reus, vel rea purgatur. Et in causis criminalibus, sive mutuis accusationibus quoties permittuntur, non est compensationi locus, *d. l. 2. §. qui hoc dicit, l. si uxor 13. §. judex, ff. ad leg. Jul. de adult.* Cui tamen compensationi locus est in causis civilibus, etiamsi inter maritos agatur civiliter de malis moribus, & delictis. Et ita est accipienda *l. viro 39. ff. sol. matrim* de mutua actione civili, non criminali, id est, de actione de moribus, in qua paria delicta mutua compensatione tolluntur, non de criminali. Unde sic dico, uxorem ream adulterii, recte marito referre crimen, non ut se excuset, nec enim ideo excusatur, aut evitat pœnam adulterii, sed ut oneret maritum, & pœnæ subjiciat, *d. l. 2. §. si publico.* Et valde notanda est hæc differentia inter extraneum & uxorem. Et restat tantum illud modo, ut adnotemus,
D quemlibet reum postulatum, calumniam accusatori quandocunque objicere posse, ut *d. l. qui cum major natu, §. si libertus, l. 1. inf. de calumniat.* Et eadem ratione, quia hæc allegatio calumniæ relevat reum, & pœnæ subjicit accusatorem, cui etiam se subjecit ipsemet inscribendo, si calumniator probaretur. Et aperte *d. l. 19. h. tit.* ait, etiam accusatum, accusatorem suum accusare posse, si suam suorumve injuriam persequatur. Calumnia accusatoris, accusati injuria est. Illa quoque relatio criminis quandocunque admittetur, quia relevat reum, si reus cædis dicat se jure occidisse, quod alius eum injuria prior lacessierit, quo exemplo utitur M. Tullius primo de Invent. *Itemque sciendum est, eum, qui reus criminis delatus est, nec accusatorem suum regulariter alio crimine, cujus allegatio eum non relevet, aut oneret accusa-*
E *torem, neque alium quenquam, a quo non accusatur, accusare posse, quandiu est in reatu.* Quam sententiam & nostri Doctores omnes tuentur. Sic igitur statuamus; Qui est in reatu, neminem accusare potest, cum nec procurationem alienæ litis suscipere possit, *l. reum, sup. de procurat.* nec honores petere, *l. reus, ff. de mun. & honor.* & hoc est certissimum hoc tit. passim. Dubitabatur tantum de relatione criminis, de anticategoria, an reo esset permittenda adversus accusatorem ex alterius criminis causa, nihil habentis commune cum eo, cujus reus postulatus est in alium: constabat ei non esse permittendam accusationem. Et hujus rei præbet argumentum *l. pen. ff. de accus.* quæ ei, qui est in reatu capitali, permittit fiscalem causam pecuniariam deferre, suspenso crimine capi-

capitali, inquit, quod ibi male Budæus interpretatur, id est, interim nulla facta condemnatione, quoad peregerit delationem causæ fiscalis, alioqui damnatus non posset deferre fiscalem pecuniariam causam, *l. deferre*, §.1. *ff. de jur. fisc.* Denique fiscalis pecuniariæ causæ delatio, reo criminis capitalis permittitur, non accusatio. Sed dubitabatur, an saltem permitteretur mutua accusatio, quod jam satis ostendi non esse regulariter admittendum.

Ad L. II. Si cautiones, *quibus Secundinus solutam Eugenio pecuniam probare se dicit: tutores, vel curatores tui suspectas, ut falsas habent, proprio nomine (cum non liceat alieno) non prohibentur in crimine falsi subscribere: Nec enim facile vel tutores, vel curatores, qui ex officio periculo suo res pupillorum, vel adolescentium administrant, sententia notantur, nisi evidens eorum calumnia judicanti apparebit. P.P. 12. Kal. Octob. Anton. A. & Geta Cons. 206.*

EX hac l.2. intelligimus, neminem accusare posse alieno nomine, sed de professo, & cominus proprio nomine consistere, & accusare quemque debere. Et ut alieno nomine nemo lege agere potest, *l. nemo*, *ff. de reg. jur.* ita nec alieno nomine lege judiciorum publicorum cuiquam accusare licere. Sed ut in legis actionibus excipitur tutor, & curator, qui nomine pupilli, vel adolescentis lege agere potest; etiam non præstita cautione de rato, *l. vulgo*, *ff. de administ. tut.* Ita ex *h. l.* 2. ostendam, tutorem, & curatorem nomine pupilli sui accusationem instituere posse, vel nomine adolescentis, cujus curam gerit. Inscripta est *l. Ingenuo*, & in ejus leg. contextu etiam recte Haloander scripsit, *Ingenuo*. Verum in inscriptione, *Ingenuus*, est filius impubes, qui patri supervixit: in contextu, *Ingenuus*, est pater, qui vita decessit relicto filio impubere. Idem fuit nomen patri & filio. Et ut omnem speciem legis retexam, finge: Egerunt tutores, vel curatores tui adversus Secundinum ex chirographo ei a patre tuo creditæ pecuniæ: Secundinus probavit, se eam pecuniam patri tuo solvisse, prolata cautione, id est, apocha, ut glossa recte interpretatur, sive professione solutæ pecuniæ, *quittance*: eam apocham tutores, vel curatores tui habent suspectam, ut falsam & fictam, & volunt adversus Secundinum subscribere in crimen falsi ex lege Cornelia, quod solum crimen hodie moribus nostris exigit accusatoris inscriptionem: jure autem civili omne crimen, omne genus accusationis, ut ait *l. quamvis*, *inf. ad leg. Jul. de adulter.* Quæritur autem in hac specie, tutores, vel curatores tui an possint subscribere in crimen falsi? Et lex ait, posse, nec vereri calumniæ infamiam, si forte non obtineant, quia hoc faciunt, inquit, *ex officio, & periculo*, sic est legendum, sic etiam legit Haloander, id est, non sua sponte subscribunt in crimen falsi, sed magis ex necessitate officii sui, ne res pereat pupillo, cujus omissi periculum subirent, *l.1. ff. de tutel. & rat. distrah.* Et ita *l. tutorem* 22. *ff. de his, quæ ut indign. aufer.* tutorem, qui falsum testamentum dixit nomine pupilli sui, vel qui libertum patris sui capitis accusavit nomine pupilli sui, non perdere legata sibi in testamento relicta, quod falsum dixit nomine pupilli sui, & non repelli a bonorum possessione contra tabul. liberti sui, a qua repelleretur, si libertum suum capitis accusasset suo nomine, nec obtinuisset: quoniam in hac specie libertum capitis accusavit non nomine suo, sed nomine pupilli sui, & officii necessitas, & tutoria fides eum excusat; & quia non jure suæ personæ, ut ait *lex*, sed pupilli jure & nomine accusavit, ideo judicem nullam ei calumniæ notam irrogaturum, si non obtinuerit, qui non suis simultatibus sub nomine pupilli accusationem instituit, sed coactus necessitate officii, ne desereret rem pupilli, & urgente forte matre pupilli, vel cognatis, vel libertis paternis pupilli sui. Denique tutorem in eo, quod fecit non proprio nomine, propriam pœnam non mereri, puta calumniæ pœnam. Et ita Apulejus 1. Apol. *Æmilianum dedisse libellum inscriptionis, quo se reum magiæ deferebat*

A *nomine non suo, sed privigni admodum pueri, & adscripsisse se ei adsistere, tanquam patronum, ut obtentu ejus ætatulæ*, inquit, *ipse insimulationis falsæ, id est, calumniæ non plecteretur*, quia scilicet, qui alieno nomine accusat, non tenetur de calumnia, nimirum quia ipse non est proprie accusator, sed is, cujus nomine accusat, sive dat libellum. Is est vere accusator, ipse defensor, & quasi patronus tutor, ut ait *d. lex tutorem, in fine*. Videmus ergo in *l. tutorem*, tutorem instituisse accusationem falsi pupilli nomine, non proprio, & ideo non timere infamiæ, & calumniæ notam, quam utique timeret, nec posset effugere, si suo nomine accusationem institueret. Idem etiam videmus in *l. Polla*, *sup. de iis quibus ut indig.* tutorem pupilli sui nomine, non suo falsum testamentum dicere. Et tamen *l.2. h. tit.* B ponit tutorem falsam apocham dixisse proprio nomine, qua submovebatur pupillus repetens pecuniam, aut tutor pupilli nomine repetens pecuniam Secundino a patre creditam. Denique ponit l. 2. tutorem subscribere in crimen falsi proprio nomine, non pupilli, & tamen si non obtinuerit, sententia judicis non notari, quod ex officio suo id fecerit, quod incubuerit officio suo hoc facere. Quod si ita ponas, restabit ex hac *l.2.* primum hæc sententia. *Tutorem suo nomine publico judicio accusare posse*. Quo quid est certius? Nam judicium publicum patet omnibus sine discrimine. Carebit igitur hæc lex ratione dubitandi. Ac præterea, si suo nomine accusavit, omnino falsum est, quod subjicit, eum non teneri calumniæ nomine, si non peregerit reum, & condemnaverit: Nam inscriptio, quam fecit suo nomine, eum pœnæ calumniæ C alligat, maxime cum necesse non habuerit ex officio suo nomine subscribere in crimine falsi, & subscribere potuerit nomine pupilli sine metu calumniæ, ut in *d. l. tutorem*, & *d. l. Polla*. Quamobrem semper existimavi in *h. l.* 2. esse scribendum pupilli nomine, non proprio nomine tutorem subscripsisse in crimen falsæ apochæ, & rationem dubitandi tum eam esse, quam exprimunt hæc verba legis (*Cum non licet alieno*) quia scilicet regulariter non licet accusare alieno nomine. Unde dubitabatur, an saltem pupilli nomine, vel adolescentis. Et ait licere tutorio officio, vel curatorio, sive tutorio & curatorio nomine, non jure propriæ personæ, non proprio nomine. Certe procuratorio nomine non licet accusare, *l. pen.* §. *ad crimen*, *ff. de public. judic.* Sed neque sub alterius cujusquam nomine, cujus tutores, vel curatores D non sumus, accusare licet, & si accusamus, habemur pro calumniatoribus, *l. nostris*, *inf. de calumniat.* Perinde igitur est, dum hæc *lex* 2. ait, *cum non liceat alieno nomine*, ac si diceret, dico tutores, & curatores pupilli nomine subscribere in crimen falsi, quia alieno nomine subscribere non possunt, sed pupilli & adolescentis nomine possunt. Et hoc posito certe verissimum est, quod sequitur, tutorem etiamsi non obtinuerit, calumniæ non notari, quia pupilli nomine egit: nisi evidens calumnia fuerit, id est, nisi manifesto appareat, tutorem fuisse abusum pupilli nomine, ut pupilli nomine suis simultatibus indulgeret, & calumniaretur innocentem, non ut bona fide rem pupilli administraret, alioquin calumniæ non tenetur, qui non suo nomine accusavit, sed pupilli, vel adolescentis. Et placet valde quod ait *l. non est*, *sup.* E *de administrat. tut.* sub prætextu nominis pupillorum tutores, vel curatores scientes mala fide calumniosas actiones impune non instituere. Et ita in *d.l. Polla*, tutor calumniæ damnatur, quamvis nomine pupilli egerit de falso testamento, quia sciens retractaverat crimen falsi, de quo cum coheredibus suis ea transegerat, cui pupillus heres extitit, sciebat non licere retractare crimen falsi, de quo transactum est. Et interim ea *lex Polla* probat exceptionem *leg. transigere*, *sup. de transact.* ut de crimine non inferente pœnam sanguinis non liceat transigere citra .i. præter falsi accusationem, quæ licet non inferat pœnam sanguinis, tamen de ea transigere licet. Ut vero diximus in hac *l.2.* esse legendum, *pupilli nomine*, non *proprio nomine*: ita etiam Theodorum Græcum interpre-

tem legisse apparet ex hac adnotatione in hanc legem partim Latina, partim Græca, quæ talis est, alieno nomine πούβλικον συγκροτῶν δικαστήριον οὐκ ἀτιμᾶται, εἰ μὴ ἀναφαίνηται συκοφαντῶν: quæ est summa hujus legis. *Is qui alieno nomine instituit publicum judicium, non notatur infamia, nisi evidenter probetur esse calumniatus*: abusus, scilicet alieno nomine, dolo malo. Et tamen alter Græcus interpres, nempe Thalelæus legit, ut vulgo legitur, *proprio nomine*, ἰδίῳ ὀνόματι, quod plane demonstrat, hoc mendum esse vetustissimum, & insedisse jam olim, quod tamen res ipsa non possit ferre, nec mirum, si insederit hoc loco, cum & in Pand. Florent. in hac ipsa quæstione, in *d. l. tutorem*, manifestissimo mendo scriptum sit, tutorem instituisse accusationem falsi testamenti suo nomine, cum omnis contextus legis illius satis longe demonstret, ut etiam omnes libri habent, esse legendum, *tutorem accusationem instituisse pupilli nomine, non suo nomine*. Interpretes viderunt quidem hanc scripturam non posse sustineri, si scribamus in hac *l.* 2. proprio nomine, sed utcumque maluerunt eam tueri, quam quod verum est confiteri: utcumque eam tuentur falsis & calumniosis rationibus. Primum sic statuunt, pupilli nomine tutorem non posse subscribere in crimen, & ideo legem ponere & statuere, ut subscribat proprio nomine. Nec obstare *l. tutorem*, *& l. Polla*, quæ aperte dicunt, tutorem subscribere in crimen nomine pupilli, quia in his locis, inquiunt (*nomine pupilli*) id est, pro pupillo, nomine tamen proprio, non pupilli nomine: quæ interpretatio secum ipsa pugnat, nec simul esse potest, ut quis pro pupillo, & nomine proprio accuset, quoniam pro pupillo nil aliud est, quam nomine pupilli, & nomine pupilli nunquam aliud quidquam est, quam pro pupillo. Hæc autem non possunt stare simul, ut quis nomine pupilli, & nomine proprio accuset. Et rectissime Theophilus noster in *tit. de his per quos agere possum.* nomine proprio & pro se, idem esse, nomine alieno & pro alio idem esse: nomine pupilli & pro pupillo semper idem: sicut pro se solvere pecuniam, est suo nomine: pro alio solvere, est alieno nomine, *l. si filiusfamil. ff. de in rem vers. l. Papinian. ff. mand.* Falsum etiam est, quod respondent aliter ad *leg. Polla*; in ea tutorem de falso egisse civiliter nomine pupilli, non criminaliter, quia non potuit agere criminaliter nomine pupilli, sed proprio tantum, inquiunt: Falsum, inquam, hoc est, quia non minus egit tutor in *dicta lege* de falso testamento criminaliter, ut significant illa verba, *falsum testamentum dixit*, quæ accusationem significant nomine pupilli, quam in *l. tutorem.* Et ut demus, non concedamus, tutorem in *l. Polla* egisse falsi civiliter nomine pupilli, tamen non possunt negare, eum egisse criminaliter nomine pupilli in *l. tutorem.* Denique si effugiant utcunque *leg. Polla*, non effugient *leg. tutorem.* Falsum est etiam, quod ajunt, *Pupillum non posse accusare criminaliter, nec consentiente tutore*, quia generaliter verum est, pupillum cum de re ejus agitur, & injuria, admitti ad accusationem falsi ex consilio tutorum & curatorum, ut ait *lex* 2. §. 1. *ff. de accusat.* Et *Paulus* 5. *Sent. tit.* 12. *ætati*, inquit, *ejus, qui accusat testamentum, succurri solet, si non obtinuerit, in id quod amisit, maxime*, inquit, *si tutoris, vel curatoris consilio actio sit instituta*. Utroque loco exigit consilium, quod est quasi patrocinium tutoris & curatoris in instituenda a pupillo accusatione: non exigit auctoritatem, quæ longe distat a consilio. Sed notandum, hodie tamen exigi etiam auctoritatem tutoris, vel curat. ex constitutione Justiniani, *l.* 4. *sup. de auctorit. præst.* Et pupillum accusare posse, ex eo apparet, quod tutor potest accusare nomine pupilli, quo genere non tutor est accusator, sed pupillus. Et id probat effectus rei, sive exitus. Nam pupillus, cujus nomine instituta accusatio est, sustinet pœnam temerariæ accusationis, non tutor, *d. l. tutorem*. Falsum est etiam & valde captiosum, quod Bartol. ait in hac lege, ut se expediat difficultate, in quam nos deducit *l.* 2. si in ea legatur *proprio nomine*: quod, inquam, ait Bartol. tutorem posse inscribere in crimen falsi, proprio nomine accusare autem non posse pupilli nomine. Movetur argumento *legis ult. infr. de injur.* ex qua lege vir illustris inscribit in crimen injuriarum suo nomine, procurator ejus, inquit, accusat. In quo argumento erat aperta fallacia, qui in *l. ult.* dominus, ad quem res pertinet, inscribit in crimen, hic non dominus, id est, tutor. Item verius est, ibi dominum, cui est facta injuria, virum illustrem, non tantum esse inscriptorem, sed etiam accusatorem suo nomine, cum & sententia ei dicatur nominatim, vel in eum, ut ea lex ait. Bartolus facit in casu proposito, inscriptorem tutorem, accusatorem pupillum: Nam si pupilli nomine accusatio instituitur, pupillus accusator est, ut dixi jam. Hoc vero nunquam contingit, ut alius sit subscriptor, alius accusator. Et postremo etiam falso exponit hæc verba hujus legis, *cum non liceat alieno*, id est, pupilli nomine, inquit, ut sit hic sensus, tutorem proprio nomine subscribere in crimen falsi, proprio nomine accusationem instituere, quia non potest subscribere pupilli nomine, quod jam ostendi esse falsum ex *l. tutorem*, *& l. Polla*. Et præterea si hæc fuisset mens hujus legis, dixisset, *cum non liceret tuo*: quia ante dixit, *tui tutoris*. Deinde si proprio nomine egit tutor, male subjiceret, tutorem non prohiberi agere suo nomine, quoniam hoc facit officio suo, nec veretur periculum calumniæ: Nam ex eo sequeretur, eum, qui sua sponte vult accusare nulla cogente necessitate officii, prohiberi accusare publico judicio, propter periculum calumniæ. Itaque permaneo in prisca mea sententia, quod ad hanc l. attinet.

Ad L. III. Qui crimen publicum *instituere properant, non aliter ad hoc admittantur, nisi prius inscriptionum pagina præcesserit, & fidejussor de exercenda lite adhibitus fuerit: sin vero post satisdationem præsentes non fuerint, edicto admonendi sunt, ut veniant ad causam agendam, & si non adfuerint, non solum extra ordinem æstimatione judicis puniendi sunt, sed etiam sumptus, quos in eam rem, & circa ipsum iter ad litem vocati fecerunt, dependere cogentur.*

EX *l.* 3. intelligemus, eum accusare non posse judicio publico, adde, vel extraordinario judicio ex *l. ult. ff. de furt.* qui non inscripsit in crimen, id est, qui non edidit libellum inscriptionis, cujus formula proponitur in *l.* 3. *ff. de accus.* L. Tit. professus est, se Mæviam l. Jul. de adult. ream deferre, quod dicat eam cum C. Sejo, in illa civitate, domo illa, consulibus illis, mense illo, adulterium commisisse. Cui libello præponi debet dies, quo editur, & annus, id est, Consules, & postponi subscriptio ejus, qui crimen intendit. Huic enim libello is qui crimen intendit, subscribere debet sua, vel alterius manu si literas nesciat, ut ait *d. l.* quo fit, ut hanc professionem modo inscriptionem nominemus, modo subscriptionem. Vis autem ejus hæc est, ut pari supplicio vice talionis subjiciat accusatorem, si non obtineat, quoniam dixit in inscribendo in crimen, profiteor: quo verbo spondet, & in se recipit, ultroque obligat se, & obstringit oneri peragendi, & pervincendi rei. Vis ejus hæc est, ut alterutram partem digna legum tenere possit auctoritas, ut ait *l. pen. t. seq.* ubi alias legitur, *austeritas*, sed Basil. probant, *auctoritas*, αὐθεντία. Symmach. in Epist. ad Theod. Imperatorem, *Nostis*, inquit, *quid habeat conditionis inscriptio: Provisum enim est, ne temere in alieni capitis discrimen irrueret, nisi qui idem prius se pœnæ sponsione vinciret*, id est, pœnæ calumniæ, cujus tacitæ sponsioni se devincit, qui libello inscriptionis profitetur, se reum deferre criminis certi. Vis ejus igitur hæc est, ut & accusator rei conditionem sustineat, ut ait *l.* 8. *C. Th. de accus.* ut similitudinem custodiæ patiatur, *l.* 2. *in fine, infr. de exh. reis, l. ult. tit. seq.* ubi similitudo custodiæ, non est imago quædam custodiæ, sed eadem prorsus custodia, sub qua ipse reus constituitur initio litis, dum judex reperiat cognitionis discrimen aliquod inter reum & accusatorem, ut in *d. l. ult.* Similitudo pœnæ, quæ tenet accusatorem, si non obtineat, est talio, id est, talis pœna, qualem convictus reus subiisset. Inscriptio prior est vocatione in jus, *l.* 2. *infr. de exhib.*

bib. reis : prior litis conteſtatione, *l. in Senatuſconſultum*, §. *qui poſt*, *ff. ad SC. Turp.* atque adeo inſcriptio prior eſt accuſatione. Unde *h. l.3.* ait, *paginam inſcriptionum præcedere debere*. Et *l.7. ff. de accuſat. præcedere debere ſubſcriptionem in crimen*. Et *l. ult. tit. ſeq. In cauſis criminalibus*, inquit, *dignum eſt, ut præponantur inſcriptiones, quæ magnitudinem criminis, id eſt, qualitatem, & tempus deſignant*: tempus admiſſi criminis debet deſignari, id eſt, conſul, & menſis, ut patet ex formula inſcriptionis, non dies, vel hora: non tam arcte, vel abſciſe: ſed deſignatur ab accuſatore tempus, ἐν ὥρᾳ, ἐν πλάτει, id eſt, annus, & menſis, non dies, & hora admiſſi ſceleris. Et hoc quidem, non quod in criminibus, quæ certo tempore finiuntur, veluti adulterii, & peculatus, quæ finiuntur quinquennio, vel injuriarum, quod finitur anno, non inquam, quod in eis tempus computetur a menſe in menſem, quoniam computatur a die in diem, *l.6. ff. de obligat. & act.* Sed quod non ſit nimis arctandus, qui venit ad accuſationem reipubl. vindicandæ cauſa: Nam omnis accuſatio præcipue reſpicit vindictam publicam, & exemplum publicum, puniunturque crimina, non quod ſint commiſſa, ſed ne deinceps paria crimina ullus admittat, & ut omnis diſcat non admittere. In cauſis civilibus, & pecuniariis, etiamſi de crimine agatur, ut ſi quæratur furti civiliter in duplum, vel quadruplum, vel ſi de poſſeſſione agatur vi erepta interdicto momenti, vel ſi de abacto uno pecore agatur, qua de re agitur civiliter actione furti, vel ut dixi, interdicto unde vi, non criminaliter, non eſt neceſſaria inſcriptio: non omnis mentio criminis exigit inſcriptionem, ſed ſufficit in cauſis civilibus libellus conventionis, & editio actionis: in criminalibus cauſis neceſſaria eſt profeſſio, & inſcriptio, tacitaque ſponſio, imo expreſſa ſponſio, & ſatiſdatio peragendi rei. Et hujus differentiæ inter civilia, & criminalia judicia probandæ gratia, Græci Interpp. *in l.3. & 7. ff. de accuſat.* & alibi, ſæpe ſolent adducere *l.4. ſup. de ſport.* quæ eſt conſtitutio Græca, in illo loco, καὶ βιβλίον αὐτοῖς ἐπιδοθείη, ἢ γραφὴ ἐπὶ ἐγκληματικῶν, ut ſcilicet, βιβλίον exigatur, & ſufficiat in cauſis civilib. γραφὴ in criminalibus, quem locum non facile erat reperire. Quodam autem tempore fuit in arbitrio judicis admittere accuſatorem, etiam ſine inſcriptione, *l.5. C. Th. de accuſ.* & tamen tunc, ut etiam fit hoc tempore, quo non exigitur inſcriptio, præterquam in crimine falſi, non ideo minus accuſator. qui non ſubſcripſerat in crimen, & non obtinebat cauſam, calumniæ damnabatur, hoc eſt, pari vindicta afficiebatur. Id vero, ut inſcriptionis exactio ſit poſita in arbitrio, & poteſtate judicis, quodam reſcripto Imp. Anton. cautum fuiſſe teſtantur Impp. Valens & Gratianus & Valentin. *in l. ult. C. Th. ad l. Corn. de falſ.* qui & idem probant etiam in crimine falſi, ut non exigatur inſcriptio, niſi ita judici viſum fuerit, ut jam ex ea conſtitutione inſcriptionis neceſſitas, & ſolemnitas non ſit ordinarii juris, ut fuit olim, ſed in arbitrio judicis. Atius vetuſtius, & conſtitutiones cum eo conſentientes Juſtin. magis approbavit, ut in omnibus criminibus exigatur vinculum inſcriptionis, ne quis facile proſiliat ad accuſationem, cum ſciat, inultam ſibi accuſationem calumnioſam non futuram, cum per libellum inſcriptionis ſe ipſemet accuſator pari ultioni ſubjiciat, ut, inquam, exigatur ipſo jure, etiam ſine arbitratu judicis. Verum ab hoc jure ordinario Accur. *in h. l.3.* excipit multos caſus, & ſi unum, vel alterum excipias, omnes alios inconſiderate. Unum ex *l. ne quis, ſup. de Judæis*, quæ facit quidem publicum crimen, ſi Judæus in matrimonium ducat Chriſtianam, vel contra Chriſtianus Judæam, ſed non remittit vinculum inſcriptionis. Alterum eſt huic ſimile exemplum, aut exceptio, ex *l. Apoſtatar. ſup. de apoſt.* quæ facit tantum publicum crimen apoſtaſcos, quod omnib. liceat intendere in apoſtatam, ſive ut poſteriores loquuti ſunt, magaritam: ſed non remittit vinculum inſcriptionis: ea de re nullum verbum illo loco. Adfert etiam tertium ex *l. levia, ff. de accuſat.* quod l. dicat proconſulem levia crimina debere, aut poſſe diſcutere de plano: de plano quid eſt? ſtando, non ſedendo pro tribunali, nil aliud: & ille eo verbo ſignificari arbitratur, ut ea debeat diſcutere ſine inſcriptione accuſatoris, quod eſt falſum: Nam ut quivis alius libellus, ita etiam libellus inſcriptionis de plano dari poteſt, *l. miles, §. ſexaginta, ff. ad leg. Jul. de adult.* Et hodie videmus, quotidie dari libellum judici eunti in prætorium. Quartum caſum ſumit ex *l. un. inf. de abigeis*. Potuiſſet ſimiliter addere ſimilem ex *l. momentariæ, ſup. unde vi*, quoniam hæc dicit, de poſſeſſione vi erepta agi ſine inſcriptione, per interdictum unde vi, quia agitur civiliter, non criminaliter. Et illa quoque *lex unica*, ait, de cauſa abigeatus alias quæri cum inſcriptione, ut ſi quis plura pecora abegerit, qui plane tenetur criminaliter extra ordinem ut abigeus, alias quæri ſine inſcriptione, veluti abacto uno tantum pecore, quod fit civiliter actione furti, non crimine abigeatus: Et ideo non eſt neceſſaria inſcriptio. Addit Accurſius quintum caſum ex *l. ea quidem, tit. ſeq.* quæ lex non loquitur de accuſationibus: igitur nil pertinet ad id, quod propoſuimus in accuſationib. requiri inſcriptionem, ſed loquitur de elogiis, & notoriis, ſive notariis (utroque nomine dicuntur recte a notis, quibus præſcribuntur) officialium, ſeu apparitorum, quibus magiſtratui denuntiant quædam crimina: in iis elogiis non eſt neceſſaria inſcriptio, quia nec ſunt ſolemnes accuſationes, & tamen denuntiatorem non ideo minus occupat pœna calumniæ, ſi evidens fuerit calumnia, licet non inſcripſerit in crimen, quod non denuntiavit *l. ult.* quæ eſt conſtit. Græca, *inf. de cuſtod. reor. l.1. inf. de curioſ. lib.12.* ubi curioſi ſunt illi officiales, qui inquirunt de criminibus, & qui etiam curam habent curſus publici. Et hoc eſt, quod ait *l. ab accuſatione, §. nuntiatores, ff. ad SC. Turp.* denuntiatores debere aſſiſtere ſuis elogiis, ſive notoriis, quæ pertulerunt ad judicem, id eſt, probare debere, quod denuntiaverunt, aut ſufferre pœnam calumniæ. Hæ igitur 5. exceptiones Accurſ. ſubmoveantur: quæ retineri poſſint, videamus. Fateor maritum, qui jure mariti uxorem facit ream adulterii, non adſtringi vinculo inſcriptionis, nec timere calumniæ pœnam, etiamſi non obtineat. Et ita evidenter proditum eſt in *l. quamvis, inf. ad l. Jul. de adult.* Et ratio eſt, quia maritum excuſat juſtus dolor, quem animo conceperat, & quo ductus inconſulto proſilierat ad accuſationem. Is juſtus dolor eſt amor iratus, ut ait Sen. *in Hercule Oeteo*. Et eadem ratione mulier, quæ ſuam, vel ſuorum injuriam perſequitur ex SC. quo id nominatim cautum eſt, non ſubſcribit in crimen, *l.2. inf. de calumniat. l.5. & 12. hoc tit.* Poteſt mulier accuſare publico, vel extraordinario judicio, vel agere populari actione, ſi res ad eam pertineat, non aliter. Et ideo ait *l.5.* ſi filii tutores, vel curatores habeant, & agatur de falſo inſtrumento, ex quo adverſarius filiorum cauſam obtinuit, eam rem non pertinere ad matrem, quia filii tutores, & curatores habent, qui ex officio debent exſequi falſi accuſationem: & ideo, quaſi res ad matrem non pertineat, hoc caſu non poterit ipſa inſtituere falſi accuſationem. At cum res ad eam pertinet, id eſt, cum perſequitur ſuam, vel ſuorum injuriam, admittitur ad accuſationem, nec neceſſe habet ſubſcribere, quia nec calumniæ pœna tenetur, ſi non probaverit, quod intendit, quod SC. cautum eſt, propter fragilitatem, & temeritatem naturæ, quæ facile eam impellit ad perſequendam injuriam, quam facile ſibi perſuadet factam eſſe ſuis, vel ſibi. Ex quo ſequitur, quod ſi mulier ſuæ, vel ſuorum injuriæ accuſationem inſtituerit, & poſtea deſiſtat, non incidit in pœnam SC. Turp. qua tenentur deſertores accuſationum ſine abolitione, quia qui non inſcribit in crimen, & calumniæ non tenetur, etiam non tenetur pœna hac SC. Turp. ſi deſiſtat ſine abolitione principis, *l. in SC. §. eos, ff. ad SC. Turp.* Et hoc verum eſt in hoc caſu, cum mulier perſequitur ſuam, vel ſuorum injuriam. Quo ſolo caſu extra cauſam majeſtatis, & annonæ publ. mulieri jus accuſandi eſt, *l.4. & 9. & 14. h. tit. l.1. & 2. ff. de accuſ. l.5. inf. ad l. Fab. de plagiar. l.19. inf. ad l. Cor. de falſ. l.3. §. ſed & ſi mulier, ff. de lib. hom. exhib. l.6. ff. de pop. act.* Et verum hoc eſſe

hoc

hoc caſu, ut ſi deſiſtat, non incidat in SC. Turpil. oſtendit *l.4.* ut ſcripta eſt, *ff. ad SC. Turpil.* Nec obſtat *l. pen. inf. ad SC. Turp.* quæ ait, mulierem perſequentem ſuam, vel ſuorum injuriam, ſi pacto habito cum adverſario deſtiterit, incidere in pœnam SC. Turpill. Sed hoc ideo, quia turpiter depecta eſt de ſua, vel ſuorum injuria. Non igitur quæ quoquo modo deſtitit, incidit in SC. Turp. ſed quæ per turpem depectionem deſtiterit, ut eſt legendum *in l.2. inf. de abol.* Illo loco, *per deceptionem* eſt legendum *per depectionem*, ὑπερβιβασμὸς τῶν στοιχείων: nam legendum *per depectionem*, ut in Baſilicis, κατὰ σύμφωνον. Eadem ratione ſi pater perſequatur cædem filii ſui, vel filius patris, non habet neceſſe ſubſcribere, *l. ult. ff. de publ. judic. l.4. inf. de calumniator.* Alias his perſonis exceptis, quæ juſta cauſa impelluntur ad accuſationem, & facile excuſantur temere inſtituta accuſatione, alias, inquam, hi, qui perſequuntur ſuam, vel ſuorum injuriam, non ſunt immunes vinculo inſcriptionis, nec pagani, nec milites, ut ait *l.3. & 10. h. tit.* Poſtremo fateor etiam, quod ait gloſſa, eum, qui accuſatori ſuo refert crimen calumniæ, vel lenocinii uxor marito in modum exceptionis, quia hic etiam directo non accuſat, ſed opponit exceptionem, eum non inſcribere, quia hoc non eſt accuſare, ſed ſe defendere, ut *l.1. inf. de calumniat. l. qui cum major natu, §. ſi libertus, ff. de bonis libert. l.2. §. ſi publico, ff. ad leg. Jul. de adult.* At præter inſcriptionem etiam ex hac leg.3. eſt notandum, eum, qui accuſare vult, debere ſatiſdare de lite exercenda, ut *l.1. inf. ad SC. Turp. l.5. §. ſunt qui putant, ff. de his quib. ut ind.* id eſt, ut ſatiſdet ſe perſeveraturum in crimine uſque ad ſententiam, *l.7. ff. de accuſ.* Poſt ſatiſdationem ſi non affuerit judicio, qui oſtentarat ſe velle accuſare, & litem conteſtari cum reo, edictis evocatur, & contumax extra ordinem punitur arbitrio judicis, non talione, quia non damnatur, quod calumniatus ſit, qui necdum accuſavit, ſed quod judicio, ut caverat, non adfuerit. Et ita eſt accipienda *l.3.* Nam ſupinus eſt error Græcorum, qui hanc partem *legis tertiæ* accipiunt de reo, qui vocatus in jus non venit, ut contumax extra ordinem puniatur, & agnoſcat ſumptus, quos accuſator fecit in hunc diem, quia non eſt hic ordo juris, ſed qui delatus eſt reus, requiritur, & exhibetur, ducitur, prehenditur, & non inventus, adnotatur inter reos, &c. quæ exponit *l.2. inf. de exhib. reis.* Et manifeſtum eſt, verba legis 3. accommodari tantum poſſe ad eum, qui crimen intendit, ut ſi quemadmodum cavit, judicio non adſit, edicto admonitus, puniatur extra ordinem, & reo in jus vocato refundat ſumptus litis, & viatica .i. ſumptus itinerarios litis, ac cetera viatica, ut *l. eum quem temere, ff. de judic.* Dixi accuſare non poſſe eum, qui ipſe accuſatus eſt, qui eſt in reatu, nec alium quenquam, niſi ſuam, ſuorumque injuriam perſequatur, neque accuſatorem ſuum eo crimine, cujus relatione neque relevetur ipſe, neque oneretur, & pœna ſubiiciatur accuſator, *l.1. h. tit.* Dixi alio nomine, quam pupilli, vel adoleſcentis .i. tutorio, vel curatorio, neminem poſſe accuſare, *l.2.* Dixi etiam accuſare eum non poſſe, qui non edidit libellum inſcriptionis, nec ſatiſdedit, ſe perſeveraturum in crimine uſque ad ſententiam in *l.3.* libellum inſcriptionis, qui & delationis dicitur, eſſe accuſatori periculum calumniæ, ut ait *l.15. h. tit.* Sicut (quod notandum) judici, qui ex ſcripto ſententiam ferre debet, ut cautum eſt legib. Libellus, ex quo ſententiam dicit, eſt periculum improbitatis, vel ſtultitiæ ſuæ. Et inde titulus *de ſententiis ex periculo recitandis* .i. ex libello, quia periculum eſt judici exiſtimationis, ſi perperam judicaverit. Præterea dixi mulierem, aut militem publico judicio non poſſe accuſare, niſi ſuam, ſuorumve injuriam perſequatur, in *l.4.* 5. 8. 9. 10. 12. 14. *h. tit.* Nunc addo eum etiam, qui ab accuſatione ſe diſcedere profeſſus eſt, eundem eodem crimine iterum accuſare non poſſe, ut in *l.6. h. tit. l.3. & 4. inf. ad SC. Turpill.* qui, inquam, profeſſus eſt, expreſſim, vel tacite nil refert: Nam & ab accuſatione diſcedere .i. deſiſtere, & liti renuntiare videtur, qui intra tempus a judice definitum non perfert accuſationem, licet nominatim ei

A non renuntiaverit. Non perfert accuſationem, inquit *l.7. h. tit.* non peregit reum, inquit *l. ab accuſatione, §. deſtitiſſe, ff. ad Senatuſc. Turp.* Perferre ergo accuſationem eſt peragere reum, ut perferre litem, *l.6. ff. de col. dot.* perferre actionem, *l. cum filius, ff. de leg.2.* perferre cauſam, *l. quærebatur, ff. ad Senatuſc. Turp. l.16. ff. de inof. teſt.* & in multis aliis locis. Plin. 5. Epiſt. *cauſam Vicentinorum eo animo, quo ſuſceperat pertuliſſet.* Et Apul. 7. *Fiſci advocatus noſtram cauſam pertulerat*, id eſt, rem perduxerat ad ſententiam. Ita in *l.7.* perferre accuſationem, *& l. ult. inf. ad Senatuſc. Turp.* Loquimur autem de eo, qui ultro deſtitit ab accuſatione, & in totum depoſuit animum peragendi rei ſine abolitione, id eſt, ſine venia omittendæ accuſationis. qui proprie dicitur tergiverſator .i. qui deſiſtit ab accuſatione ſine venia Principis, quam ob cauſam

B incidit in pœnam SC. Turp. quam ſi ſuſtinuerit, infamis fit, *l. ſpurii, §. qui judicii, ff. de decur.* Infamis fit, inquam, & ideo nec eundem, nec alium quenquam poſtea accuſare poteſt. Et generaliter eſt accipienda *l.2. ff. ad Senatuſc. Turpil.* dum ait, eum, qui deſtitit, amplius accuſare non poſſe, id eſt, neminem accuſare poſſe. Quod etiam idem juris eſt ex *l. Julia publ. jud.* in prævaricatore, id eſt, qui cauſam criminis perfunctorie agit, & ſe vinci patitur, *l.5. ff. de prævar.* Idem etiam juris eſt in calumniatore ex lege Remmia, qua puniuntur calumniatores, *l. 4. ff. de accuſ.* Quamvis autem tergiverſator neque alium quenquam accuſare poſſit, neque eundem reum repetere, tamen alius poterit eundem reum accuſare eodem crimine, etiamſi cum priori accuſatore, & tergiverſatore jure licito tranſegerit, quod aperte demonſtrat *l.5.*

C *§. ult. ff. ad leg. Jul. de vi publ.* Et errant hac in re Græci interpretes in *l.6. h. tit.* dum ajunt, *eum, qui jure tranſegit, puta de crimine inferente mortem, cum ſuo accuſatore, nec poſtea ab alio accuſari poſſe.* Fateor non poſſe ab eo, cum quo jure tranſegit: nec poſſe ab alio, pernego. Ad hoc etiam obſervandum eſt in ſpecie *l. 7. h. tit.* mulierem ſuam, ſuorumque injuriam perſequentem, quæ non pertulit accuſationem intra tempus a judice definitum, liti quidem videri renuntiaſſe, ut ait *lex* 1. id eſt, non poſſe repetere reum, ſed alium accuſare non prohibebitur, ſi res ad eam pertineat, alio crimine, quia licet deſtiterit a priori accuſatione, tamen non indicit in pœnam Senatuſconſulti Turpilliani, excepto uno caſu, ut dicebam nudiuſquartus, ſi turpiter depecta ſit, *l. pen. inf. ad Senatuſc. Turp.* Extra hunc caſum, ſi alio modo deſtiterit,

D non incidet in Senatuſconſultum Turpillianum, non committit in SC. Et ratio hæc eſt, quia mulier, quæ admittitur ad accuſationem, non ſubſcribit in crimen, & calumniæ non tenetur, ſi non obtineat, quod probavi jam ante. Et is tantum incidit in Senatuſconſult. Turpil. cum quo de calumnia agitur, non is, cum quo agi non poteſt de calumnia, *l. in Senatuſc. §. eos, ff. ad Senatuſc. Turpil.* Nec obſtat *l. abolitionem, inf. ad leg. Jul. de adult.* in qua plurimum laborat Accurſ. Lex ait, *maritum, qui deſiſtit ab accuſatione adulterii, & non peragit adulterium, incidere in SC. Turp. nimirum quaſi accuſet extraneum*, ut in ſpecie *l. abolitionem, ſubſcribit in crimen, & ita calumniæ tenetur.* At ſecus eſſet, ſi accuſaret uxorem adulterii ex ſola ſuſpicione: Nam hoc caſu non ſubſcriberet in crimen, nec calumniæ teneretur, *l. quamvis,*

E *eod. tit.* Ergo nec deſiſtens ab accuſatione uxoris, incideret in SC. Turpill. Et ita res explicanda. At vero quod dixi, *mulierem, quæ accuſationem inſtituit, ſuarum injuriarum gratia, deſiſtentem ſine abolitione, non incidere in Senatuſconſ. Turp.* id aperte reſpondit Papinianus in *l.4. ff. ad Senatuſc. Turpil. Mulier*, inquit, *quæ falſi crimen injuriæ propriæ omiſit, non incidit in Senatuſc. Turp.* Unde quidam Jacobus Curtius, quoniam legerat in *l.1. §. accuſationem, eod. tit. ad SC. Turp.* Papinian. reſpondiſſe, *Mulierem, quæ jure non inſtituit accuſationem .i. non ſuarum injuriarum gratia, deſiſtentem, non incidere in Senatuſc. Turp.* male ſuſpicatur in *d. l.4.* quod ſit ex reſponſis Papiniani, eſſe addendam negationem ex *d. §. accuſationem*, ut legamus, *Mulier, quæ falſi crimen, non injuriæ*

pra

propriæ, quæ uspicio non est admittenda ullo modo: Nam nunquid potuit Papinianus utrumque respondere, cum & utrumque sit verum? mulierem, quæ desistit a crimine injuriæ propriæ, vel non propriæ, non incidere in Senatusc. Turpil. itaque ne sequamur Curtium, & pergamus ad reliqua. Frater fratrem publico judicio accusare non potest, quod ita est intelligendum, si objiciat fratri capitale crimen. Nam charitatis ratio, & necessitudinis exigit, ne hoc possit audere frater in fratrem, *l.*13. *hoc tit.* ne hoc possit audere impune, ut ostendit *d.l.*13. Nam levius crimen impune objicere potest, id est, non capitale, veluti l. Julia de vi privata, vel l. Julia de ambitu, *l.*18. *hoc tit.* Valde pia est & humana illa constitutio, ut frater fratrem magni & capitalis criminis jure publico reum facere non possit. Sed a Christianis plus exigitur ab eo ipso, qui nos Christianos fecit, ut ne dicat quidem frater fratri, *μωρὲ*, id est, stulte, quod Syriaca lingua dicitur, *Sote*, unde proculdubio traximus nostrum *sot*, & ne etiam frater fratri dicat racha, id est, *χαυνὲ*, inanis homo, vel follis, ut in nostro idiotismo a folle, ab inanitate ventosæ follis dicimus, *ut fol.* Dixi autem jure publico, quia impune objiciet frater fratri, ab eo vitæ suæ insidias fuisse paratas, & hoc solum recte videtur, & mater filio objicere, *l.*14. *hoc tit.* Sed interim monendi estis, hodie neminem jure publico accusare posse, sive suam, sive publicam & alienam injuriam persequatur, nulla esse publica judicia moribus nostris, quæ pateant omnib. sed de re, quæ ad nos pertinet, de crimine, quod nos pertingit, sive respicit, possumus tantum agere civiliter, *poursuiure nostre interest civil.* Criminaliter autem agere, hoc est, vindictam publicam persequi, solus fisci advocatus potest, cujus juris nullum vestigium reperies in libris nostris, & in aliis auctoribus: reperi tantum unum locum in Histor. Sacra Sulpitii Severi, qui ait, Maximum Imp. Gall. adversus quosdam Episcopos apposuisse accusatorem patritium quendam fisci patronum. Multa usus induxit, quæ jus civile non probat: ut illud etiam, ut rei absentis, & contumacis imago comburatur, vel furcæ affigatur, quod usus tantum admittit in gravissimis criminib. non invenies scriptum in jure nostro. Et inveni tantum locum unum apud Trebellium Pollion. in Celso 27. Tyranno, qui tamen & id injuriam vocat: *Novo*, inquit, *injuriæ genere imago Celsi in crucem sublata est, quasi patibulo ipse Celsus videretur affixus.* Memini etiam me legere alium quendam locum ea de re, quem tamen hodie nunquam mea memoria potuit reperire. Infames, quod jam attigi, etiam plerunque non possunt accusare, quod hæc verba l. 3. significant, *si tibi existimatio integra est.* Nam infamis est is, cujus est deintegrata existimatio, qui plerunque non admittitur ad accusationem, imo nec ad popularem actionem, *l. 4. de popul. act.* nisi suarum injuriarum gratia, ut *l. 4. ff. de accusat.* Veluti damnatus judicio publico, non admittitur ad accusationem alterius, quia est infamis, & aliquando etiam eadem ratione damnatus non judicio publico, ut ex Senatusc. Turpil. ex quo non est publicum judicium, *l. 3. §. ult. ff. de prævaricat.* & tamen eo judicio damnatus fit infamis, nec alium potest accusare, ut in *supra d. l. spurii, §. qui judicii*. Idemque est in delatore, qui citatus ad edictum non respondit ex *l. 2. §. Senatus, ff. de jur. fisc.* At notatus censorio judicio non prohibetur alium accusare, quia nec censor infamem facere potest, sed tantum prætoris edictum, vel lex, vel Senatusc. Marcus Tullius pro Cluentio: *In omnibus legib.* inquit, *quibus est exceptum de quibus causis alium accusare non liceat, istud ignominiæ genus*, id est, *censoria nota, non comprehenditur*. Addamus etiam eum, qui duos reos delatos habet ex diversis criminibus: nam ex uno crimine plures deferri possunt, *l. 1. inf. si reus, vel accusat. mort. fuer.* Patet igitur, eum, qui duos reos diversorum criminum habet delatos, non posse tertium accusare alio quodam crimine: nisi suam, vel suorum injuriam persequatur, *l. 16. h. tit. l. qui accusare, ff. de accusat.* quæ addit rationem, ut cohibeatur affectatio turpis quæstus: Nam accusatorib. præmia deferebantur, quorum affecta-

A tione ne plures reos pluribus legibus faciant, vetatur lege Julia judiciorum publicorum plures, quam duos reos, eodem tempore delatos habere, quod etiam probat *lex inter, §. ult. ff. ad l. Jul. de adult.* Et ait *l. 16.* ut tertium quis accuset, qui duos accusatos persequitur, hoc non permitti contra præscripta legis, nimirum Juliæ, ut in *l. hos accusare, §. lege, ff. de accus.* Ubi manifesto observatio *6.* docet esse legendum, lege Julia judiciorum publicorum non admitti eum, qui eodem tempore queritur *de tribus reis*, nisi suarum injuriarum gratia, non *de duobus reis*, nam ut supradictæ leges ostendunt, de duobus reis queri licet eodem tempore. Et ultimum hoc est, etiam familiares & domesticos nostros, licet sint ingenui homines nos accusare non posse: libertos patronos suos, vel patronorum heredes, nec suarum injuriarum gratia B posse criminaliter accusare, civiliter posse: nec item servos audiri adversus suos dominos, imo puniri graviter, si quid deferant in dominos suos *l. 17. pen. & ult. hoc tit. l. 6. & 7. inf. de delator.* Excipitur tantum crimen majestatis, in quo etiam est honesta proditio servi, & hoc significatur breviter *in C. Th. hoc tit.* ne præter crimen majestat. servus dominum, vel libertus patronum, aut familiares accusent. Separantur servi a familiarib. ut in *l. pen. h. tit.* Nam familiares sunt ingenui, qui in domo nostra versantur, & agunt, interdum tamen accipiuntur pro servis. Seneca *Epistola 47. Ne illud quidem videtis*, inquit, *quam omnem invidiam majores nostri dominis, omnem contumeliam servis detraxerint, dominum patremf. appellarunt servos (quod etiam in mimis adhuc durat) familiares.* Et hoc sensu Ammianus Marcel. 28. *subito per-* C *culsi familiares, hebetatis sensibus dominum non defenderunt.* Illud postremo non omittam errare in hoc titulo *legem* 11. quæ alio loco rectius fuisset posita, quia non est de iis, qui accusare non possunt, ut ceteræ omnes: sed hoc tantum vult, eum, qui dolo malo incendium fecit, qui incendit ædes, aut villam alienam, vel acervum, & micam, seu metam frumenti, teneri lege Cornelia de sicariis, quod & verum est, *l. 1. l. si quis dolo, ff. ad leg. Corn. de sicar.* & capite punitur ex ea lege. Exstat severissima constitutio Friderici Imperat. in incendiarios in Chronico Abbatis Urspergensis. Imo ex leg. 12. tab. incendiarii vivi exuruntur pœna convenientissima, ut igne pereat, qui igne absumpsit aliena, *l. qui ædes, ff. de incen. ruin. naufr.* Fortuita incendia ita non vindicantur, quæ culpa & negligentia nostra contingunt, non dolo malo: aut ci- D viliter exercentur, aut modice vindicantur, *l. capitalium, §. incendiarii, ff. de pœn.* Civiliter vindicantur actione legis Aquiliæ. Est etiam alia actio ex 12. *tab.* qua civiliter vindicantur, quæ dicitur incensarum ædium actio, uno tantum in loco juris, *l. jurisgentium, §. si paciscar, ff. de pact.* & ab uno interprete Græco Thalelæo, *sup. l. 1. de lege Aquil.* Et est actio in duplum, ut indicat *Paulus 5. Sentent. tit. 3.*

AD TITULUM II.

DE ACCUSATIONIBUS, ET INSCRIPTIONIBUS.

E A PERSONIS, de quibus dixit 1. titulo, transit ad rem ipsam, hoc est, accusationes, & inscriptiones, qui est ordo exercendi judicii, & respondendi de jure. Inscriptiones, sive delationes, denuntiationes, querelæ præcedunt, accusationes sequuntur, *l. 3. tit. 1. l. pen. hoc tit. l. 7. ff. eod. l. 2. inf. ut intr. cert. temp. crimin. qu. ter.* Quod & ratio exigendæ inscriptionis demonstrat, quæ proponitur *l. 5. Cod. Theod. eod. ut sopita ira*, inquit (quoniam sæpe irati prosiliunt ad accusationem) *& per hæc spatia, quibus exequuntur inscriptionis solemnitatem mentis tranquillitate recepta, omnes ad supremam actionem, cum ratione veniant, atque consilio.* Supremam actionem vocat accusationem. Inscriptio est præludium accusationis. At in hoc tit. prius dantur leges de accusationibus, quam de inscriptionib. quæ fuit ratio incipiendi tituli in hunc

mo-

modum : *de accuſ. & inſcript.* quod in eo priores ſint leges de accuſationibus, poſteriores de inſcriptionibus, nempe *l.* 13. *&* 15. *& pen. & ult.* Eſt etiam de inſcriptionibus nonnihil in *l.* 8. *hoc tit.* ut inſcriptio, vel fiat ex libello, id eſt, edito libello, vel deponatur apud acta. Unde in *l.* 1. *infr. ad Senat. Turpill.* inſcriptionem deponere, id eſt, deponere apud acta, non dato libello. Et *l.* 13. docet ne ſervum quidem hominem accuſari poſſe, niſi præceſſerit inſcriptio. Et *l.* 15. ne potentioribus quidem viris, puta illuſtribus, aut ſpectabilibus remitti neceſſitatem inſcriptionis, ſi velint accuſationem inſtituere in aliquem. Quod utique verum eſt etiam eo caſu, quo criminalem injuriarum cauſam per procuratorem agere poſſunt, ut *l. ult. infr. de injur.* Nam ipſi viri illuſtres inſcribunt in crimen injuriarum, deque eo adverſarium accuſant, cum & eis, & in eos ad extremum ſententia dicatur ex eadem l. Et procurator tantum eſt miniſter agendæ & exequendæ cauſæ jure ſingulari, quia regulariter nemo agit cauſam criminalem per procuratorem. *Lex pen.* punit officialem judicis, qui in judiciale ſecretum vel (ut loquitur *ſecretarium*) quod eſt auditorium judicis, introducit accuſatorem, qui non ſubſcripſit in crimen: nec enim debet accuſator admitti in ſecretarium judicis, antequam ſubſcripſerit in crimen, quod parat intentare. Ceteræ, quæ ſunt in *l. pen.* & quæ ſunt etiam in *l. ult.* de accuſatoris inſcriptione, & periculo, memini me exponere in *l.* 3. *tit.* 1. ut ex *l. ult.* hoc tantum nobis notandum reſtet, reum de ſe in quæſtione confeſſum, vel etiam extra quæſtionem (ut poſtea dicam) non torqueri, vel interrogari in alios, conſcios puta, & participes. Quod etiam *lex ult.* ait, eſſe ex auctoritate juris veteris, & puto eam intelligere reſcriptum D. Pii, de quo in *l. repeti*, §. 1. *ff. de quæſt.* Is qui de ſe confeſſus eſt, non torquetur in caput aliorum, ut Divus Pius reſcripſit. At multi ſunt in jure loci, qui huic ſententiæ adverſantur, loci innumeri, quibus dicitur reos criminum de ſociis interrogari, & ſocios prodere per tormenta, in quæſtione ſocios nominare, quod utique fit non in exceptis criminibus quibuſdam, ut gloſſa voluit in *l. ult.* non in maximis criminibus tantum, ſed etiam in omnibus. Et eo jure utimur. Quid eſt ergo quod ait *l. ult.* de ſe confeſſum non interrogari de aliena conſcientia, id eſt, de conſciis: nemine de proprio crimine confitentem, eſſe ſcrutandum de aliena conſcientia ut ait, cum reſtent innumeri loci, ut dixi, quibus dicitur, reos criminum interrogari de ſociis: Verum hoc jure nunquam fit, niſi cum reus convictus eſt, cum manifeſti criminis reus tenetur, cum eſt deprehenſus ἐπ' αὐτοφόρῳ, quod verbum Græci auctores uſurpant, non in furto tantum, ſed in quolibet genere criminum, ut Demoſthenes loquitur, παρὰ αὐτὰ τὰ ἀδικήματα, *ſur le faict*: Nam hic damnatur, etiamſi nihil confiteatur. Nam quod quædam nationes obſervant, ut nec convictus quidem damnetur, niſi confiteatur, hoc jus noſtrum non admittit, quod alterutro eſt contentum, vel ut convincatur, vel ut confiteatur, *l. qui ſentent. inf. de pœn.* Ergo convictus, de ſociis recte interrogatur; confeſſus, non convictus, non interrogatur in ſocios, vel in alios. Et ratio eſt optima, quia cum habeatur confeſſus pro damnato, facit ut deſperatus ad delationem aliorum confugere poſſit, *l. deferre*, §. 1. *ff. de jur. fiſc.* Et hoc eſt, quod ait Paulus 1. *Sent. tit.* 12. qui de ſe confeſſus eſt, in alios torqueri non poteſt, ne alienam ſalutem in dubium deducat, qui de ſua ſalute deſperavit. Excipio ſolum mandatorem criminis, qui criminis eſt profeſſor & machinator, de quo confeſſus interrogari poteſt, tanquam de auctore primo ſceleris, ut *l. prius*, *ff. ad SC. Syll.* non de conſciis omnibus. Itaque hac in re conſtituenda eſt differentia inter convictum, & confeſſum: ut hic, qui ſibi non pepercit, qui ſe noluit ſervare, qui ſervatus fuiſſet deficientibus probationibus, niſi ſe ſuo ore prodidiſſet & damnaſſet, ut, inquam, hic non interrogetur in alios: ille interrogetur, qui convictus non confeſſus eſt, nec tamen ei facile fides habeatur, ut *l.* 4. *inf. de quæſt.* Et quod ait gloſſa in *l. ult.* confeſſi reſponſionem præſumptionem facere, non plenam

A probationem; hoc ego de convicto dicendum puto, non de confeſſo: quia fruſtra, & prorſus inutiliter interrogatur, cum legibus cautum ſit, ne interrogetur. Nec facio differentiam inter confeſſum ex interrogatione, vel quæſtione, & ultro ſua ſponte confeſſum, ſicut etiam *l. ult.* non facit differentiam, in qua in Cod. Theodoſ. adduntur hæc verba, quæ referam, quoniam vulgo corruptiſſima ſunt. *Nemo credat ſponte fingenti, commonitoriis, ſecretiſque mandatis fidem penitus abnegamus.* Et hæc de legibus h. t. quæ pertinent ad inſcriptiones. Ceteræ ſunt de accuſationibus, & non tantum de accuſationibus publicorum judiciorum, ſed etiam de extraordinariis accuſationibus, de quæſtionibus extraordinariorum judiciorum, ut *l.* 1. quæ eſt de termino moto, qui erat poſitus in agro finium regundorum cauſa, de termino exarato, B vel effoſſo, aut evulſo, cujus criminis executio eſt extraordinaria, ut ait *l.* 1. id eſt, certam legem non habet, quæ huic crimini irroget certam pœnam, ſed ejus coercitio relinquitur arbitrio judicis: Nam quæ de termino moto proponitur actio certæ pœnæ ex lege Agraria Julii Cæſaris, ea non eſt actio criminalis, ſed civilis, & popularis: Nam nulla eſt actio popularis, quæ ſit criminalis: omnes ſunt forenſes, ſeu civiles. Et ita eſt explicanda *l. ult. ff. de term. mot.* quam Accurſ. in *l.* 1. *h. t.* explicat tribus, aut quatuor modis, nec quidquam agit. Veriſſimum .n. eſt (quod ille omiſit) proponi in *l. ult.* actionem civilem ordinariam ex lege Julia, criminalem ordinariam nullam eſſe de termino moto. Et ita Paul. 1. *Sent. tit.* 16. in eum, qui per vim terminos dejecerit, vel amoverit, extra ordinem animadvertitur. Extraordinaria etiam eſt accuſatio, C de qua agitur in *l.* 10. *hoc tit.* id eſt, nulla certa lege prodita, ſcilicet in eum, qui venditat litigatori ſententiam judicis hoc obtentu, ſive prætextu, quod judex ſibi ſit ſummus amicus, & valde familiaris, aut quod etiam judex ſit venalis, denique quod poſſit ab eo facile quamcumque ſententiam volet, redimere, vel obtinere. Qui, inquam, ita venditat ſententiam judicis litigatori certo pretio convento pro iſta opera, & *l.* 10. ait utrumque crimen contrahere, venditorem & emptorem, illicitum hoc eſſe commercium. Utitur *commercii* verbo. Ergo loquitur de emptore, & venditore eventus ſententiæ, & utrumque cenſet eſſe puniendum. Non definitur pœna, eſt igitur extraordinaria. Hujuſmodi venditorem Sidonius Apollinaris vocat venditorem interceſſionum, alii venditorem fumorum, qualem etiam plerique jam nota- D runt ex Lampridio, Alexand. Imperat. ſuffocari fumo juſſiſſe, pœna convenientiſſima, ut pereat fumo, qui vanos fumos vendidit, ſicut ex legibus igne perit, qui incendium fecit. Dixi puniri eum, qui venditavit ſententiam judicis litigatori, forte dicens ſe ſententiam facile redempturum a judice, quamcunque volet, ex *l. item apud*, §. *idem ait*, *D. de injur.* quæ ſola ex iis, quas adducit Accurſ. in *l.* 10. ad rem propoſitam facit, & de eo loquitur, qui vendidit eventum ſententiæ judicis, *velut daturus pecuniam*, ſic legitur Florentiæ recte, non, *velut laturus pecuniam* a litigatore pro iſta opera, ſed velut daturus pecuniam judici, id eſt, corrupturus judicem. Nam & ſic Græci legunt, ὡς ἂν δέῃ παρέχειν τῷ ἄρχοντι χρήματα. Et ſic dixit quodammodo judicem eſſe venalem, & facile data pecunia depravari poſſe. Quare lex ait injuriam fieri E judici, & judicem ſibi factam injuriam ulciſci poſſe. Non ergo quolibet caſu, qui vendidit interceſſionem ſuam, vel fumos, injuriam facit judici, ſed hoc ſolo caſu, cum dixit, ſe impetraturum ſententiam in rem litigatoris, data judici pecunia, cum hoc eſt pollicitus litigatori, quod eſt maxime notandum. Græci interpretes non intellexerunt *h. l.* 10. Nam putant ejus l. hanc eſſe ſententiam: eum, qui promittit impunitatem cædis, ei, qui cædem facturus eſt, in æquo eſſe ei, qui cædem fecit, mandatorem perinde puniri, atque homicidam: utrunque puniri: quod dicit quidem *l.* 5. non etiam *l.* 10. ſed id quod ante retuli, & Latini interpretes intellexerunt. Addamus, hunc titulum non tantum eſſe de accuſationibus, ſed etiam de notoriis, ſeu notariis apparito-

rum præsidis provinciæ, quæ notoriæ etsi accusationes non sint, nec desiderent inscriptionem apparitorum, tamen proximæ & affines sunt accusationibus, nec minus tenent apparitorem, qui denuntiat crimen judici, quam accusatorem, *l.* 7. *&* 14. *h. tit.* Et hoc est quod dicitur, *eos debere assistere suis notoriis*, id est, præstare esse veras suas notorias, sua elogia, & relationes. Nam ut ait *l. ab accusat. §. nuntiatores, ff. ad SC. Turpil.* Nam quod *l.* 7. vocat notorias, id *l.* 14. vocat relationes publicarum personarum. Et ita in veteribus glossis, *ex nòtoria*, *ἐκ τῆς ἀναφορᾶς*, id est, *ex relatione*. Alias dicuntur notariæ, ut in *l.* 1. *sup. de off. comit. sacrarum largit.* Et passim in collatione dierum aliquot cum Donatistis apud D. August. modo notariæ, modo notoriæ, a notis nimirum, quibus consignabantur, ut indicant Donatistæ eodem lib. dum postulant sibi gesta edi conscripta, quod nesciant notas. Non igitur, ut vult glossa, notoria sunt dicenda, quasi res notas invulgarent: sed notoriæ, vel notariæ, id est, relationes transmissæ ad judices singulariis literis, vel aliis brevibus notis, seu compendiis, de criminibus commissis in provincia. Quod *lex* 8. *hoc tit.* ostendit, plerunque fieri per stationarios milites: & *l.* 31. *C. Theod. de episcop. & cler. notoriis apparitorum*, inquit, *quos stationarios appellant*, Optatus Afer, *superstationarios*, quod essent dispositi in provinciis per certas stationes, maxime cohibendorum, aut retengendorum latronum gratia, ut docet Sveton. *in Julio, & Tiberio*, & Tertull. in *Apologetico*, ut Euseb. *in lib. de locis Hebraicis* scribit, inter Æliam, id est, Hierusalem, & Hiericum in loco, qui a Græcis dicebatur *ἀνάβασις πυῤῥῶν*, id est, ascensus sanguinariorum, rubrorum, seu latronum, fuisse stationem, seu castellum militum ad auxilia viatorum. Et ille est locus, qui in Evangelio notatur fuisse infamis latrocinii, in quo ob eam rem Romani habebant stationem dispositam militum, quo remedio uti præstaret hodie. Et ostendit *lex* 18. stationarios milites denuntiare tantum crimen, non etiam audire accusatores, sed adeundum esse præsidem provinciæ, tantum habere jus denuntiandi præsidi, præsidem æstimare, an elogio apparitoris, seu militis sit credendum, nec ne: nec enim hisce elogiis, seu notoriis temere credendum est, nec etiam, ut ait *l.* 14. emendicatis suffragiis decretorum, id est, commendationibus civitatis, quæ dicuntur *ψηφίσματα* sæpe a Mareo Tullio in Verrinis, id est, decreta decurionum, quibus reum aliquem laudant atque commendant: emendicatis, non enucleatis suffragiis temere credendum non est. Et ita emendicatis suffragiis in *l.* 7. *inf. de Palatinis sacrarum largit. & l.* 75. *C. Theod. de decurionibus*. In hoc tit. hæc potissimum quæstio tractatur, an reus per alium defendi possit, vel an accusator per alium accusare possit, & an absens reus damnari, vel accusator absens litis damno coerceri possit absoluto reo. Res est omnino male explicata a Doctor. nostris, maleque perducta in usum fori, tanquam ex jure nostro fiat, quia quod usu receptum est hac in re, tanquam ex jure nostro, id hodie planum faciam, nulla, aut parva admodum parte cum jure nostro congruere. Et primum quidem ita distinguo: aut servus factus est reus, aut liber homo: si servus factus est reus, sive præsens sit, sive absens, per dominum, vel procuratorem domini, vel per alium pro domino defendi potest, *l.* 2. *h. tit. l. servus, D. de publ. judic. l. servis, D. de appellat.* Et ratio hæc est, quia dominus non tam videtur reum defendere, quam rem patrimonii sui, cum servum suum defendit, quem in patrimonio habet: & interest cujusque suum tueri patrimonium, & defendere, maxime cum dominus, vel alius nomine domini servum criminis postulatum hactenus tantum defendat, ut pro eo offerat competentes allegationes, ut purget innocentiam ejus, & eum sibi conservet, & præterea satisdet servum judicio sisti, *l. si servum, ff. de accusat. l.* 2. *de custod. reor.* & vero, ut sistat eum in judicio, *l.* 2. *h. tit.* non etiam, ut pro eo sustineat condemnationem, quoniam etiam si defensorem habuerit dominum, in personam ejus fiet condemnatio, non in personam domini,

A quæ est sententia *l.* 2. Nec obstat, quod in noxalibus actionibus, ex delictis servorum dominus his actionibus conventus, suffert condemnationem, nisi servum noxæ dedat, quia noxales actiones non sunt criminalia judicia, sed civilia, *l. quid sit, §. quod ajunt, ff. de ædil. edict.* Nos de criminalibus judiciis loquimur, in quibus condemnationem is tantum suffert, qui criminis factus est reus, non dominus ejus, ne pœna egrediatur auctorem criminis. Et ad hæc etiam si dominus non defendat servum suum in criminali judicio, si nolit defendere, teneri accusatori actione ad exhibendum, ut eum servum producat. Et ita est accipienda *l.* 1. *sup. de noxal. act.* quoniam est conjungenda cum *l.* 2. *h. tit.* ut probat similitudo inscriptionis & subscriptionis. Ideoque contra quam sentiat Accurs. in *d. l.* 2. *de noxal.* ea lex accipienda est de
B servo criminaliter accusato, nec defenso a domino, quoniam quem defendit dominus, utique sistere debet. At & quem non defendit, ut exhibeat, potest conveniri actione ad exhibendum. Ex quo sequitur non tantum eum, qui acturus est noxali actione, in dominum agere de servo exhibendo, ut constat, sed etiam eum, qui accusaturus est servum criminaliter, quive accusat, quod maxime est notandum. Est etiam cum hac *l.* 2. conjungenda eodem argumento inscriptionis & subscriptionis *lex* 1. *inf. de injuriis*. In qua hoc tantum habetur, nec servis alienis licere facere injuriam. Quam sententiam glossa & interpretes omnes dicunt esse accipiendam active & passive argumento conjunctionis harum legum. Dico esse tantum active accipiendam, ut & servus alienus, si fecerit injuriam, injuriarum criminaliter accusari pos-
C sit. Et hæc quidem in servo locum habent. In libero homine, qui reus postulatus est, aliud est dicendum. Namque is, sive præsens sit, sive absens liber homo reus postulatus, neque per procuratorem, neque per alium quenquam, etiamsi satis offerat reum judicio sisti, defendi potest. Et hanc differentiam inter servum & liberum puto exposuisse Modestinum lib. 6. differentiarum, ex quo sumpt. est *d. l. si servum*. In qua dicit dominum, qui servum defendit in judicio capitali, sistendum satisdato promittere juberi, lege scilicet publicorum judiciorum, ad differentiam scilicet liberi hominis, qui reus postulatur capitali judicio, quem nemo potest defendere, etiamsi paratus sit sistendum satisdato promittere, quia generaliter, neque ad accusandum in criminalibus causis procurator, vel alius quisquam nomine accusato-
D ris, vel rei admittitur, &, ut ait *l. pen. §.* 1. *ff. de publ. judic.* multo magis ad defendendum reum procurator non admittitur. Cur multo magis? quia scilicet in judicio criminali magis est necessaria exhibitio & præsentia rei, quam accusatoris, ut componatur cum testibus (*pour les confronter*) ut ex voce ejus, & habitudine, ex constantia, vel trepidatione prudens judex eruat veritatem. Attamen causæ absentiæ rei reddi possunt per procuratorem, vel alium quemlibet nomine absentis, ne judex festinet ad condemnationem, sed eam differat amico allegante justam causam absentiæ, *d. l. pen. l. absens, ff. de procur.* Quoniam hoc non est suscipere integram defensionem causæ, sed tantum excusare absentiam (quod in foro *exoiner* dicitur) quod verbum male dominus Budæus deduxit ex Græco verbo *ἐξόμνυσθαι*, cum sit ex
E Latino Barbaro, quod in legibus Germanorum sæpe legitur, exidoneare aliquem, id est, non esse idoneum affirmare eum, qui in præsentia judicio adsit, aut adesse possit. In causa igitur criminali excusatio quidem absentiæ admittitur, sed non defensor totius causæ. Et ita est accipienda *lex.* 3. *hoc tit.* dum ait, reos absentes per procuratorem defendi posse, id est, eorum absentiam redditis justis causis defendi, & excusari posse, non integram causam defendi. Et ita etiam recte Joannes accepit legem *servum, §. publice, D. de procurat.* dum ait, *publice utile esse, ut quilibet absentis defensionem suscipiat, & ejus innocentiam excuset*, Quid hoc est? Innocentia non indiget excusatione. Intelligit ergo, ut absentiam ejus excuset allegando justitiam absentiæ, quod quodammodo est in-

innocentia abſentis. Hoc vero *l.3. hoc tit.* ait, permittere leges publicorum judiciorum, ut abſentis rei quilibet abſentiam excuſare poſſit differendæ condemnationis gratia, quæ utique differetur excuſatione recepta a judice, non aliter: Nam poterit reprobari, eaque reprobata ſequetur condemnatio abſentis. At *lex pen. D. de publ. jud.* hoc ait eſſe permiſſum Senatuſconſulto, non legibus publicorum: hæc non ſunt contraria: Nam Senatuſconſultum intelligere oportet factum ad leges publicorum, quod & legum appellatione continetur. Et ita ſæpe legimus idem modo factum lege, modo Senatuſconſulto, nimirum Senatuſconſulto facto ad eam legem, ampliando, vel interpretando eam legem, ut quod in Inſtitut. legimus, *minorem 25. annis, non poſſe manumittere, niſi cauſa probata apud conſilium ex lege Ælia Sentia*: hoc Senatuſconſult. tribuitur in *l. 1. ff. de offic. conſul.* Et eodem loco Cajus 3. *Inſtitut. ſi quis injuſtas nuptias contraxerit per errorem, ex quibus liberos ſuſceperit*, liberos ei ſuos heredes eſſe, ſi modo poſt mortem parentis errorem probaverint. Et hoc ait eſſe etiam ex lege Ælia Sentia, vel SC. Proinde etiam dicamus in propoſito, abſentiam rei cuilibet excuſare leges publicorum permittere, vel Senatuſconſultum. Sed tranſeamus ad graviora. Ait *l.3. reos capitalium criminum abſentes, &c.* Rei non ſunt ante litem conteſtatam. Ergo loquitur *l.3.* (& nos ita ſenſimus, intelleximuſve ab initio hujus tractationis) de reis abſentibus poſt litem conteſtatam, vel ut ait *l. inter, ff. de publ. judic.* cognitione ſuſcepta, quod Accurſio recte eſt, *lite conteſtata*, & Baſilica, μετὰ προκάταρξιν, id eſt, *poſt litem conteſtatam*: hæc tria idem poſſunt, lite conteſtata, judicio accepto, nomine rei recepto, cognitione ſuſcepta. Inſtituta igitur quæſtio eſt de reis abſentibus poſt litem conteſtatam: nam ante litem conteſtatam, qui delatus, nondum factus eſt reus, ſi abſit per contumaciam, non damnatur, non accuſatur, ſed adnotatur inter reos delatos in commentariis, ſeu actis judicum, ut requiritur *l. 6. hoc tit.* Eaque adnotatio promulgatur edicto, ut veniat in notitiam ejus, qui delatus eſt, *l. 1. ff. de requir. reis, nec abſent. damnan.* Nec tamen ea adnotatio importat publicationem bonorum, vel condemnationem ullam, licet ab ea appellari poſſit, *l.2. ſup. ſi pend. appell. mors interven.* Sed bona adnotati obſignantur ſigillo publico impreſſo: nondum etiam coguntur in fiſcum: quam obſignationem bonorum, ut alii plerique notarunt, noſtri interpretes vocant adnotationem, perperam, cum adnotatio ſit id, quod ſupra expoſui, non conſignatio bonorum. Verum adnotationem, ſi reus intra annum non venerit, poſt annum ſequetur bonorum, quæ interim fuerunt obſignata, publicatio, & infamia abſentis, *l. ult. ff. de req. reis.* Non autem ſequitur abſentis condemnatio, poſt annum quidem, qui litem conteſtatus non eſt, niſi ſit leve crimen .i. non capitale. Et hoc vult *l. abſentem, §. adverſus, ff. de pœn.* Poſt annum igitur ſequitur quidem confiſcatio bonorum, & infamia propter ademptionem bonorum, ſed non condemnatio, quæ ſcilicet adimat vitam, vel civitatem, vel libertatem, non condemnatio gravis, ſed levis, puta pecuniaria, vel relegatio, quæ capitis deminutio non eſt. At ſi poſt litem conteſtatam reus abſit per contumaciam, hoc eſt, ut ait *d. l. inter*, ſi per triduum, per ſingulos dies ter citatus non reſpondeat (ſunt verba l.) & ter citatus voce præconis, vel buccina, ut apud Plutarchum in Gracchis, ἀνακαλεῖσθαι ἐπὶ σάλπιγγι, reum criminis capitalis, qui edicto non obtemperat, evocari buccina. Is, inquam, qui ita per contumaciam abeſt poſt litem conteſtatam, condemnatur quocunque crimine, etiam capitali, niſi præſto ſit, qui ejus abſentiam excuſet, & excuſatio recipiatur (nam recepta excuſatio condemnationis dilatio eſt) per triduum autem per ſingulos dies ter citare in *d. l. inter*, eſt, quod vulgo dicimus, *per tres breves dies*, fateor. Nec tamen ſecundum verba *l. inter*, tres illi dies, ſunt 9. dies, ut vulgo exponunt, ita ut reus intra 9. dies ter citetur, inter primam & ſecundam, & inter ſecundam & tertiam citationem, intermiſſo duorum dierum ſpatio, ut fit, quod ſpatium 9. dierum etiam imperite Imbertus in Inſtitutionibus forenſibus vocat trinundinum, cum trinundinum, non novem, ſed 27. diebus conſtet, ſi non ignoramus quid ſit Latine loqui. At nego in *d. l. inter*, triduum accipi pro novem illis diebus, in quibus abſens reus ter citandus ſit. Nego etiam in ea lege, triduum accipi pro triduo continuo, & conſequenti. Sicut nec in *l. 12. tab.* de denuntiatione teſtimonii apud Feſtum, cui teſtimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum, id eſt, ad domum ejus, qui denuntiatus eſt, obvagulatum ito, id eſt, proclamatum ito, & denuntiatum teſtimonium: in ea lege tertios dies non accipio pro tribus conſequentibus ſe, ſed pro trinundino, id eſt, ut primo die denuntiato, vel citato teſte, vel reo, intermittantur dies novem, quibus conſtat ſingulum nundinum, vel ſingulæ nundinæ: Poſt nonum diem iterum citato reo, ut æque intermittantur novem dies, tertium autem citatus, ut adſit ſaltem nono die, atque ita, ut trinundino citetur, & unaquaque vice, unovequoque nundino ter præcone eum inclamante, ille, ille, ille. Nam & Coriolanum lego apud Dionyſium Halicarnaſſæum 7. & Plutarch. in Coriolano, juberi adeſſe εἰς τρίτην ἀγορὰν, id eſt, trinundino, ſeu tertio mercatu: & leges quoque promulgari trinundino, tertiis diebus, & confirmari apud Macrob. 1. *c.16. &* 3. *c.17.* Et ad trinundinum proxime accedit, quod legimus in cauſis civilibus abſentem tribus edictis evocari, per ſingula edicta intermiſſo ſpatio 10. dierum, ſeu decimi diei incipientis, non expleti, quoniam ſpatium illud reſpicit ad ſolemne illud trinundinum, quo & ruſticani coibant in urbem, ut pleno foro res ageretur, & innoteſceret etiam ruſticanis, *l. ad peremptorium, & ſeq. ff. de jud.* Quod etiam ita fit in cauſis civilibus poſt litem conteſtatam, ſi quis abſit deſerta lite, ut ad eas leges etiam Græci notant, μετὰ προκάταρξιν, & facit *lex contra, §. 1. D. de re judic. & l. liberto, §. litem, ff. de negot. geſt.* Item, ut in civilibus cauſis *d. §. litem*, ita etiam in criminalibus abſentia rei, vel etiam accuſatoris poſt litem conteſtatam poteſt per alium excuſari: abſentia rei, ne damnetur eo crimine, quo fuit accuſatus, ne damnetur μονομερῶς, id eſt, una tantum parte præſente, ſe abſente. Accuſatoris autem abſentia, ne calumniæ damnetur *d. l. inter*, qui poſſet calumniæ damnari, quod abfuerit poſt litem conteſtatam per contumaciam, id eſt, quod tribus diebus ter citatus non reſponderit, & reus abſolveretur, ſi non reciperetur excuſatio abſentiæ: & tamen ſi ante litem conteſtatam poſt inſcriptionem is, qui in crimen inſcripſit, per contumaciam abſit, calumniæ non damnatur, ſed extra ordinem, ut ait *l.3. tit. 1.* quod eſt levius, quam calumniæ pœna, & gravius, quam Senatuſconſulti Turpill. pœna, ut ait *l. abſentem, §. pen. ff. de pœn.* Quoniam pœna Senatuſconſulti Turpill. eſt tantum pecuniaria. Loquimur ergo de reo, vel de accuſatore, qui poſt litem conteſtatam abeſt per contumaciam, cujuſque abſentiæ ratio ab alio non allegatur, vel allegata non recipitur: Nam qui ita abeſt condemnari poteſt μονομερῶς, nec condemnatus appellare poteſt, *l. ex conſenſu, §. ult. de appell.* Dico, ſi abſit per contumaciam: Nam ſi poſt litem conteſtatam abſit citra contumaciam, puta non peracto ordine citationum, non ſervata ſupradicta ſolemnitate juris, & tamen damnetur reus ut contumax, ipſo jure nulla eſt ſententia. Accuſator quoque, ſi poſt litem conteſtatam abſit citra contumaciam, neque calumniæ, ut contumax damnari poteſt, neque reus abſolvi, ut ait *l. 4. hoc tit.* Non poteſt abſolvi, inquit, *ex una poſtulatione* (quod eſt id, quod Græci dicunt, μονομερῶς) cui eſt adverſum, cauſa cognita, ſeu cognitionaliter in legibus noſtris: Nam cognitionaliter eſt utraque parte præſente. Et ideo, quia ipſo jure ſententia nulla eſt, qua condemnatur is, qui abeſt poſt litem conteſtatam citra contumaciam, cauſa ex integro agi poteſt etiam abſoluto reo, qui erat præſens, ut ait lex 4. & ex integro apud eundem judicem, vel apud ſucceſſorem ejus, ubi ſupplendum eſt *quod magis eſt*. Nam videtur ſe corrigere, ut ſæpe hoc modo ſe cor-

rigunt

rigunt auctores nostri, ut apud eundem causa ex integro non agatur, sed apud successorem ejus, argumento *l. 1. sup. de sentent. præfector. præt.* vel apud superiorem judicem, ut in *l. 6. h. tit.*

Ad L. IX. Qui de crimine publico *in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest. Si tamen ex eodem facto, plura crimina nascuntur, & de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri. Judex autem super utroque crimine audientiam accommodabit: Nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre, priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiat. PP. quarto Kalendar. Septemb. Basso 2. & Quintiano Coss. 289.*

Ad L. X. Idem AA. & CC. Ursæ: Qui explicandi *negotii spem (cujus finis in judicis potestate, ac motu situs est) pollicetur: non minus ob illicitam sponsionem crimen contrahit, quam qui ad hujusmodi promissiones mercium contra disciplinam publicam adspirat.*

Ex lege nona notandum est, eum, qui criminis publici ab aliquo reus delatus, vel factus est, ab alio ejusdem criminis reum deferri non posse, ut in *l. hi tamen, §. ult. ff. eod.* Crimen publicum dico, cujus persecutio omnibus patet, cujus executio cuilibet ex populo in commune permittitur, *l. quamvis, inf. ad leg. Jul. de adulter. l. lege Cornelia, ff. ad leg. Cornel. de fals.* Joannes Chrysostomus in illa homilia, qua differit de illo loco Pauli: *Modico vino utere, &c. Commune*, inquit, *est crimen, publicum delictum licet cuique volenti accusare*: definitio est publici criminis. Verum etsi publicum crimen pateat omnibus, tamen præventioni locus est, id est, qui prior occupavit accusare, ceteros excludit populares suos. Dixi reus delatus, vel factus (vel, ut ait *l.9.*) in accusationem deductus, & nondum absolutus, vel nondum exemptus ex reis, ut is pendente accusatione, quam quis prior instituit, non possit ab alio eodem crimine accusari. Quod tamen ita est intelligendum, ut si fuerit absolutus priori accusatione, videatur quidem ab alio posse revocari, & eodem crimine accusari, quia & in criminalibus causis, sive accusationibus, res inter alios judicata, aliis non nocet. Et sane ea ratione, qui altero accusante est absolutus, si ab alio revocetur, & eodem crimine accusetur, non potest eum repellere exceptione rei judicatæ, quia inter alios judicata est, *l. pen. sup. quib. res judic. non noc.* quæ lex est conjungenda cum hac *l.9.* ut similitudo inscriptionis & subscriptionis probat. Verum iniquum est, ut sæpius de eodem crimine quæratur, ut qui uno accusante absolutus est, rursus eodem crimine accusetur ab alio, alioquin nunquam cuiquam constaret fides, seu ratio innocentiæ suæ. Et ideo, quod potest colligi ex *d. l. pen.* altero accusante absolutum, ab alio revocari & repeti posse, non est perpetuo verum, sed ita debet intelligi, si de prioris accusatoris perfidia, prævaricatione, & collusione constiterit, tum alter accusator admittitur. Et ita cautum est lege Julia public. judiciorum, *l. 3. ff. de prævar. l.3. §. si tamen posteaquam, ff. de lib. hom. exhib. l.11. h. tit.* Est etiam alius casus, quo reus absolutus ab alio revocari, & de eodem crimine accusari potest, si a reo judicem constiterit pecunia fuisse corruptum, qua de re disputat M. Tull. in Partition. Et puto hoc casu etiam a priori accusatore, qui victus est per sordes judicis, reum repeti posse, nec dum ab alio quolibet, argumento *l. 1. sup. de pœn. jud. qui mal. judic.* At si ipse accusator corruptus sit, si prævaricatione accusatoris liberatus reus sit, non potest quidem repeti reus ab eodem accusatore, qui prævaricatus est, sed ab alio repeti potest, ubi scilicet (ut ante dixi) de prævaricatione prioris constiterit. Est etiam tertius casus, quo reus bona fide absolutus incorrupto judice, incorrupto accusatore ab alio repeti potest, si suam injuriam, suumque dolorem persequatur, ut si extraneo accusante mulier adulterii absoluta sit incorrupto judicio, maritus eandem accusationem instaurare potest, si possit allegare idoneas causas, quibus impeditus non potuit extraneum prævenire, vel si ignoravit extraneum eam accusationem instituisse, *l.7. §.1. ff. eod. l.4. §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* His tribus casibus reus absolutus alio accusante, ab alio eodem crimine reus fieri potest. Loquor de eodem crimine, eademque accusatione: Nam si reus fuerit absolutus uno crimine, non est dubium, eum ab alio altero crimine accusari posse, ut in specie *l.11.* absolutus homicidii, post ab alio accusari potest, non homicidii, cujus absolutus est, sed latrocinii, aut seditionis & tumultus concitati in Rempub. quod in ea *l.11.* appellatur crimen pastorum, quam ob rem liquido non constat. Sed verum est Imperatores Diocletianum & Maximianum, qui auctores sunt legis 11. respexisse ad suam ætatem, qua pastorum ingentem manum, seu potius exercitum exercuisse innumera latrocinia, & miserabili direptione vastasse villas, vicos, castella, oppida, didici ex Mamertino in panegyrico iisdem Imperatoribus dicto: sub iis scilicet Impp. rusticos & pastores latrocinia exercuisse, & seditionem commovisse erga Rempublicam, quo respicit hæc lex. Et verba Mamertini hæc sunt: *Illud malum tua Cæsar, nescio, utrum magis fortitudine repressum sit, an clementia mitigatum, cum militares habitus ignari agricolæ appetiverunt: cum arator peditem, cum pastor equitem, cum hostem Barbarum suorum cultorum rusticus vastator imitatus est.* Nota est etiam seditio, quam olim concitavit in Sicilia Athenio pastor, ut Florus scribit in Epitome rerum Roman. de quo etiam M. Tull. in Frumentaria. Hoc ergo certum est, eum, qui uno crimine absolutus est, veluti homicidii, mox ab alio latrocinii & seditionis reum postulari posse, quia non objicitur idem crimen. At idem crimen reo absoluto ab eodem, vel ab alio objici non potest, exceptis supradictis tribus casibus. Hinc quæritur, quid sit dicendum, si reus absolutus non sit, quem quis reum detulerat, sed jure transegerit cum priore accusatore salutis suæ redimendæ causa. Et hoc casu licet ab eodem, qui jure transegit, repeti non possit, memini tamen me alias dicere, ab alio tamen, qui non transegit repeti posse, ut *l.3. §. ult. ff. ad leg. Jul. de vi publ.* ne res inter alios transacta aliis noceat. Et ita Accursius recte sentit in *l. 11. h. tit.* & in *l. transigere, sup. de transact.* Rursus quæro, quid sit dicendum, si non sit absolutus reus, sed exemptus ex reis, id est, si nomen ejus commentario reorum abolitum sit. Facio differentiam inter absolutum & exemptum ex reis, sive eum, cujus nomen abolitum est: quoniam absolutione omnimodo purgatur innocentia, & crimine reus liberatur. Exemptione ex reis pœna liberatur, non crimine. Pœnam demas licet, culpa perennis erit, *l. ult. inf. de generali abolit.* Eximitur autem quis ex reis variis modis, vel si libellus inscriptionis legitime ordinatus & conceptus non fuerit, *l. 3. §. quod si libelli, D. eod. Nomen*, inquit, *rei aboletur, si libelli inscriptionum legitime concepti non sint.* Sed hoc casu reus repeti potest ab eodem accusatore, vel ab alio. Quod plane demonstrat, non liberari eum crimine, nomine abolito. Eximitur etiam quis ex reis ultro desistente accusatore sine abolitione, id est, sine venia omittendæ, non peragendæ accusationis: Nam non solus reus abolitionem petit, ut vulgo dicimus, abolitionem tantum existimantes peti a reo, cum etiam ab accusatore petatur, quem pœnitet institutæ accusationis. Ceterum si sine abolitione accusator destiterit, licet non possit eundem reum ipse eodem crimine repetere, *l.2. ff. ad Senatusc. Turpil. l.6. tit.1.* tamen alius eum repetere potest, *l. hi tamen, §. ult. ff. eod.* Eximitur etiam nomen ex reis interveniente publica abolitione & indulgentia Principis, quæ nunquam est perpetua, sed temporaria, propter ferias aliquas, aut publicam lætitiam. Ceterum finitis feriis reus repeti potest ab eodem, vel ab alio, *l. aut privatim, D. ad Senatusc. Turp.* Paulus 5. *Sentent. tit. de abolit.* Post publicam abolitionem reus a suo delatore repeti potest intra trigesimum diem, postea non potest. Nam ut etiam ostendit *d. l. aut privatim*, huic rei, id est, repetendo reo, qui exemptus fuit ex reis pro-

propter publicam abolitionem, sunt præfiniti dies 30. Eximitur etiam ex reis privata abolitione, quam vel ipse reus petat mortuo accusatore pendente accusatione, vel impedito, quo minus accusare possit, vel ab accusatore ipso. Et hoc casu repeti etiam reus potest intra trigesimum diem ab alio, *l.* 1. §. *ult. D. eod.* non ab eodem, nisi ex speciali permissu principis, ut in *l.* 1. *inf. de abolit.* At præterea ex hac *l.* 9. notandum est, aliquando ex uno, eodemque facto duo, vel plura crimina nasci, ut si quis vi illata uxorem alienam vitiaverit, ex hoc facto nascitur duplex crimen, adulterii, & vis publicæ, & tunc dividi possunt crimina, ita ut ab uno reus deferatur lege Julia de adulteriis, ab alio lege Julia *de vi pub.* apud eumdem judicem, qui tamen non poterit de uno crimine pronuntiare, quin etiam de alio cognoscat, quia sunt connexa crimina, quæ ex uno facto pendent. Neque huic sententiæ legis 9. obstat *lex Senatus, ff. eod.* quæ ait, ob idem crimen neminem pluribus legibus reum fieri posse, idque senatum censuisse, puto Senatusconsultum factum auctore Tito Vespasiano, quem Svetonius nominatim scribit vetuisse, de eadem re agi pluribus legibus. Ut ecce de læsa majestate sunt tres leges, lex Julia, lex Cornelia, lex Apuleja, an iis omnibus legibus reus læsæ majestatis deferri potest? Minime, sed tantum una. Verum ut respondeamus, manifestum est, Senatusconsultum loqui de uno eodemque crimine & facto: *l.* 9. loqui de uno facto quidem, sed non de uno & eodem crimine. Illud in comperto est, unum pluribus legibus de pluribus & diversis criminibus in accusationem deduci posse ab eodem, vel a diversis. Quidni? hoc est certissimum: quoniam singula publica crimina vindicari publice interest. Sed hujus rei, quæ & per se satis erat nota & explorata, comprobandæ causa male Accurs. adducit in medium *l.* 3. §. *sed si aliud, ff. eod.* quoniam ea lex non loquitur de pluribus criminibus, quibus quis reus factus fuerat, sed sententia ejus §. hæc est, quæ ducitur ex principio legis, si quis libello inscriptionis deferat mulierem ream adulterii, eum debere libello notare locum, in quo adulterium commisit, & personam, cum qua commisit, & annum, & mensem. Tota lex pertinet ad legem Juliam de adulteriis, ut inscriptio legis docet. Sed ejus legis innumera erant capita, quandoquidem non tantum puniebatur qui, quæve adulterium commiserat, sed etiam qui domum suam præbuerat, ut materfamil. stuprum pateretur, vel qui deprehensum adulterum dimiserat, vel qui pro comperto stupro pecuniam acceperat, qui omnes tenebantur lege Julia de adulteriis: & quacunque ex causa quis deferatur reus lege Julia de adulteriis, ex hac vel illa lege, §. *Sed si aliud* ait easdem circumstantias in libello notandas esse, quas initio dixit notari debere, cum mulier dicitur adulterium commisisse. Et hæc est sententia ejus §. de pluribus criminibus in unum libellum collatis adversus unum eumdemque, quamvis jure fiat, in eo tamen §. neque vola, neque vestigium de pluribus criminibus, quibus quis reus factus fuerit.

AD TITULUM III.

DE EXHIBEND. VEL TRANSMIT. REIS.

POST inscriptionem ejus, qui reum detulit, de qua superiori titulo actum est, sequitur ut judicio reus exhibeatur, producatur, sistatur, quo accusari, & lis cum eo contestari possit. Quare si peregre comprehensus sit reus præmisso libello inscriptionis, cum delatore, qui libellum edidit, qui subscripsit in crimen, ad suum forum transmittendus est, ut ibi exhibeatur & accusetur solemniter. Priorem esse inscriptionem exhibitione ostendit hujus tituli *l.* 2. Exhibitionem autem priorem esse accusatione solemni, vel litis contestatione, argumentum est, quod nemo absens accusatur, & quod ad exhibendum agat, qui alienum servum accusaturus est, *l.* 2. *sup. ad exhib.* Non fit autem exhibitio rei sine speciali præcepto judicis, *l.* 3. *h. tit.* quoniam hac in re apparitoris solius sine judice nulla potestas est, apparitori non est manus injectio, nisi jusserit judex. Denique is demum reus exhibendus est judicio, quem judex exhiberi jubet: transmittendus, quem ad se jubet transmitti, misso plerunque aliquo ex officio, id est, ex apparitione sua ad eum deducendum & exhibendum, ut significat *lex* 2. *h. tit.* illo loco: *Qui ad exhibendum missus est*, vel etiam literis scriptis ad collegam suum, ut in *l. solent, D. de custod. reor.* dicitur eleganter, præsides provinciarum, in quibus delictum admissum est, solere scribere ad collegas suos, ubi rei agere dicuntur: omnes præsides provinciarum invicem collegæ sunt, quod maxime notandum est ex illo loco. Scribere igitur ad collegas suos, id est, alios præsides provinciarum, ubi degunt rei, & desiderare, ut ad se remittantur, & ad provinciam, in qua deliquerunt, ut in ea de iis sumatur exemplum, cum prosequutoribus, ut ait, id est, cum manu militum, vel paganorum idonea, quæ reos prosequatur, & ducat cum prosequutione idonea, ut ait *lex* 1. *sup. de defensor. civit.* Ultro etiam præsides nonnunquam reos, quos comprehenderunt, remittunt ad proprium forum, veluti ad præsidem provinciæ, in qua crimen admiserunt, *l. si cui*, §. *ult. de accusat.* vel militem, qui in provincia deliquit, solent remittere puniendum, & excutiendum, seu audiendum ad magistrum militum, si hoc criminis, ac personæ qualitas exigere videatur, quæ est sententia *l.* 1. *h. tit.* Nam potest quidem etiam de milite, qui in provincia crimen admisit, pœnam sumere præses ejus provinciæ, *l. ult. ff. de accusat. l.* 3. *de re milit. l.* 1. *inf. ad leg. Cornel. de sicar.* secundum id quod vulgo dicitur: *unumquemque sortiri forum, ubi crimen contraxit, nec posse ab eo loco, in quo crimen contraxit, se subtrahere, nec revocare domum, opposita præscriptione fori*, quoniam quo loco quis contraxit obligationem qualemcunque, eo se debet defendere. Contraxit delinquendo obligationem. Ergo ubi deliquit, respondere debet, *l. omnem, D. de jud. & d. l. si cui*, §. *pen. l.* 1. *sup. ubi de crim. agi opor.* Ergo est quidem præsidi jus animadvertendi in militem, qui in provincia sua deliquit, sed est etiam in ejus arbitrio, aut sane plerunque præses solet pro causæ merito, & qualitate personæ militem in provincia reum postulatum cum elogio remittere ad magistrum militum, vel ad ducem, sub quo militat, *d. l.* 3. *de re mil. & d. l. de militibus, ff. de cust. reor.* Sicut curatoribus regionum, & viarum, qui & viocuri dicebantur apud Varronem, Julius Capitolinus scribit D. Marcum permisisse, ut vel ipsi punirent, vel ad præfectum urbi puniendos remitterent eos, qui ultra vectigalia ab aliquo quicquam exegissent. Et hujusmodi remissionis, sive rejectionis frequens est mentio in jure, ad præfectum urbi, vel alios majores judices, ut *l.* 1. §. *solent, ff. de off. præf. urb. l. ult. ff. de offic. præf. vig. l.* 1. §. *ult. ff. de susp. tut. l.* 13. *sup. de fidejussor.* Et similiter notandum est, esse in arbitrio præsidis provinciæ, in qua crimen admissum est, vel præhensum reum punire, cujuscunque provinciæ sit, quia non potest se subtrahere foro, in quo deliquit, vel ex causa eum remittere ad præsidem provinciæ, unde is homo est, nec in eum directo quicquam statuere, *l. non dubium, ff. de custod. reor.* Sed remittere, ut ait, cum elogio, id est, cum notaria, ut loquuntur, & relatione sua, qua declaret, quid in eo homine compererit, quod facere solet, ut ait *d. l. non dubium*, cum cognovit & constituit, id est, cum ei causa cognita de crimine constitit. Sic ea verba accipienda sunt: Nec enim incognita causa, inexcussa, vel inexplorata cum elogio remittendus est, aut sane elogium confici nullum potest de reo ab eo, cui de re non liquet. Igitur recte ait, tum eum remittere reum ad præsidem provinciæ, unde is reus est, unde domo profectus est, cum cognovit & constituit, id est, constitit, ut Græci interpretantur, ὅτε διέγνω ἢ εὗρε τὸν κρινόμενον ἡμαρτηκέναι, id est, *cum cognovit & comperit reum deliquisse*, quod est, cum ei constiterit de crimine: & ita constituit, & constituisse, & constituere accipimus in *l. adulter*, §. *ult. D. ad leg.*

Jul. de adulter. l. Imperator, §. *si centum*, *D. de legat.* 2. *l. procurator*, §. *ult. D. rem rat. hab.* Ita Salustius in Jugurt. *agmen constituit*, id est, *constitit*. Et Hyginus de Beronice: *reliquam exercitus copiam constituisse*. Ex eo ergo intelligimus non confici elogium de reo, cum quo remittatur ad alium judicem, nisi ab eo, qui cognoverit de crimine, cuique licuerit de crimine. Elogium igitur esse certam quandam criminis comperti asseverationem, & quasi prædamnationem rei: sed tamen ex integro caussam disceptari oportet a judice, ad quem reus cum elogio remissus est, eaque iterata disceptatio, & cognitio, quæ fit quasi re integra, iterata auditio, & examinatio rei proprie ἀνάκρισις dicitur, *l. Divus Adrianus*, *D. de custod. reor.* quasi retractatio judicii jam finiti, & *in Novella* 143. & *in Act. Apostol. cap.* 25. Sic fit, ut de reo quodammodo bis judicium criminale exerceatur, sicut secundum jus vetus Fabius in Institutionibus posuit præjudicia de reis deportatis, ac si bis de eis deportandis foret statuendum: sicut Herodianus septimo, Gordianum scribit, damnatis exilio fecisse potestatem sui defendendi, & retractandi judicii, hoc est, permisisse ἀνάκρισιν, sicut in Historia Sacra Sulpitii Severi legimus, Priscillianum gemino judicio maleficii auditum, & convictum fuisse, & nominatim iterari judicium necesse fuisse, quod plane dixi quodammodo contingere reo cum elogio remisso ad alium judicem. Ad hæc notandum est, reo, qui ex longinquo exhibendus est, beneficio *l.* 2. *hoc tit.* quod confirmat etiam *lex ult. C. Theod. eod.* humanitatis gratia dari triginta dies post vocationem in jus ad componendam rem suam familiarem, & parandos sibi sumptus itineris, & litis, nec statim atque judex de eo exhibendo, vel remittendo pronuntiavit, deduci eum, vel exhiberi debere, nec eum ut addit *l.* 2. qui ad exhibendum reum missus est pretio corruptum, spatium hoc, seu laxamentum triginta dierum prorogare, aut coarctare posse. Verum *d. l. ult. C. Theod.* interim, id est, intra illos triginta dies, vult reum constitui sub moderata & diligenti custodia, quæ non impediat compositionem rerum suarum: *lex* 1. *hujus tit.* ait simpliciter sub custodia illa, sub moderata & diligenti custodia. Et licet diligens custodia aliquando vincire permittit, ut in *l.* 1. §. *diligenter*, *D. de fugit.* cum magistratus municipales admonentur; ut servos fugitivos diligenter custodiant, ne evadant, eo sermone permittitur magistratibus municipalibus, etiam vincire servos fugitivos. Et tamen in hoc proposito diligens custodia non complectitur carcerem & vincula, quoniam (ut cavetur *l.* 2. *hoc tit.* & *l. si confessus*, *D. de custod. reor.*) nemo reus carcerem patitur & vincula, antequam convictus, vel confessus sit, tum patitur vincula, donec de eo pronuntietur, non antequam convincatur, vel crimen agnoscat, nisi grave aliquod crimen admiserit, quod protinus pœnam carceris commereatur, ut *l.* 3. *D. de custod. reor.* Et ita est accipiendum, quod ait *lex* 1. *tit. seq.* reum judicio exhibitum, in vincula publica esse conjiciendum, videlicet etiamsi necdum convictus, vel confessus sit: ut non sit generaliter verum, sed pro qualitate criminis, quod objicitur, puta si sit maximum crimen, & (ut ait ipsa lex 1.) si criminis qualitas, etiam catenarum acerbitatem postulaverit, & *l.* 2. *ejusd. tit.* si crimen dignum sit claustris carceris, & custodiæ squalore. Hoc casu excepto, reus comprehensus, vel exhibitus, nec dum convictus, vel confessus, jure nostro non conjicitur in carcerem vel vincula, sed fidejussoribus committitur, qui caveant desistendo, & exhibendo eo, ubi judex requisierit eum, vel traditur militibus, vel servis publicis civitatum, ut in Epistola Plinii ad Trajanum de custodiis, vel traditur mancipibus, sive optionibus carcerum, vel lictoribus, vel aliis officialibus judicis, ut in domo eorum contineantur; quam custodiam officii vocat *l.* 1. *inf. ad Senatusconf. Turpil.* Et ita etiam custodiam esse accipiendam, ut ante dicebam in *l.* 1. *hujus tit.* demonstrat *l.* 2. *Cod. Theod. eod. tit.* Cujus pars est *d. l.* 1. dum ait, *comprehensos reos ex officio non recedere*, id est,

A *haberi sub custodia, & observatione officii*. Aliquando reus sibi ipsi committitur, id est, juratoriæ cautioni judicio sisti, veluti, ut ait *lex* 1. *D. de custod. reor.* propter honorem, vel propter dignitatem ejus. Separat ea lex honorem a dignitate, & (ut Græci interpretantur) honorem vocat σεμνότητα, vel reverentiam oris, ut illo loco.

lætos oculis afflarat honores

a qua etiam honesti viri nominantur, ut plane possis dicere, honorem esse naturæ beneficium, dignitatem principis, vel populi, & omittere distinctionem Accursii inter dignitatem honorariam, & codicillarem, & dignitatem in actu positam, & administrationem Reipublicæ. Sibi etiam committitur reus (ut ait *d. l.* 1.) propter amplissimas facultates, quia facultates loco pignorum, aut fidejussorum sunt. Qua ratione generaliter in
B omnibus aliis causis possessores rerum immobilium juratoriæ cautioni committuntur, hoc est, suæ religioni, nec ab eis satisdatio requiritur, *l. pen. D. qui satisd. cog. l. ult. inf. de princip. agent. libr.* 12. *l.* 26. & 27. quarum altera est Græca, *sup. de Episcop. aud.* Non est dubium etiam, quin pro innocentia personæ, quæ accusatur, sit ea suæ fidei committenda, ut ait *d. l.* 1. pro innocentia personæ. Mitto interpretationem Accursii, puta, si præsumptio magna subsit innocentiæ, aut calumniæ, ex adversa parte: sic ea verba sunt explicanda, ut idem sit, sicut e contrario, cum præsumptio facit adversus homicidii reum, ut ait *l. ult. tit. sequent.* quæ est constitutio Græca, tum reum ex vinculis causam dicere confestim, donec de eo pronuntietur, nec solvi vinculis, etiamsi paratus sit dare fidejussores judicio sisti, quia multa movent judicem ad suspi-
C cionem, & præsumptionem malam, quæ omnia instruunt judicem, quomodo, & quando uti debeat carcere, & vinculorum pœna. Nam & si non proprie, improprie tamen in carcere est pœna, & supplicium.

AD TITULUM IV.
DE CUSTODIA REORUM.

TITULUS est de custodia reorum, & observatione eorum, qui rei postulati sunt, & judicio exhibiti, nec de qualibet custodia, sed de carcere tantum, & vinculis publicis. Hæc est summa & diligens omnium maxime custodia, ut in *l. si*
D *quis filio*, §. *ejus*, *D. de injusto rupt. irrito test.* carcerem haberi diligentioris custodiæ gratia, & *l. aut damnum*, §. *solent*, *D. de pœn.* non ad puniendos, sed ad continendos homines carcerem haberi, cohibendos, cœlandos, & veluti cancellis quibusdam circumscribendos. Qui nobis dicuntur cancelli, per deminutionem, ut notant grammatici, antiquis dicebantur cancri: qui nobis cancellus, illis cancer, ex quo factus est carcer: ad continendos igitur homines, non ad puniendos. Recte: Nam si forte aliquando carcer usurpatur ad pœnam, non ad custodiam, hoc fit extra ordinem non jure legitimo, & ordinario, ut cum quis ex causa delicti æternis tenebris, & vinculis mandatur, quod jus Pontificium admittit, quia jus est extraordinarium. Et idem etiam jus civile admisit, sed non rite, & ordine, sed extra ordinem. Et
E ita proculdubio intellexit M. Tullius in 4. Catil. cum dixit, *Sempiterna vincula esse inventa ad singularem pœnam nefarii sceleris*: *singularem*, id est, *extraordinariam*: Nam ordinaria pœna est communis, non singularis. Omnis rei duplex est usus, proprius, & improprius, ut Aristot. docet 1. *Polit.* hoc exemplo, *calcei usum proprium esse, ut inducatur in pedes*: improprium, ut commutetur cum pecunia, vel alia re. Utamur alio: vestis usus proprius est, ut frigus depellat, & corpus tegat, quoniam hujus rei gratia potissimum est reperta vestis. Improprius usus vestis est, ut etiam adhibeatur ad ornatum corporis & dignitatem: & tamen vestem eam, quæ corpus ornat, non tegit, nudat potius, nec corpori ullum, aut pudori auxilium adfert, quales erant Coæ,

& La-

& Laconicæ vestes, & rallæ, eas, inquam, vesti potius quam ornamentis adnumeramus, quia eo nomine primum sunt repertæ, quæ est sententia *l. quamvis, D. de auro & argento leg.* Ac similiter dicamus, carceris usum proprium esse, ut contineat reos: improprium, ut puniat, nec minus carcerem dicamus eum, qui punit, quam qui continet, & custodit. In quo tamen, & improprie semper dicitur inesse pœna aliqua, ut in *l.2. h. tit. l.3. D. eod.* quia tædium, & vis publica, & nota quædam, ut signif. *l.3. §. lege, D. de testibus*, non tamen infamia, quæ minuat existimationem, quia nec carcer, nec vincula corpori injecta auctoritate publica per se sola irrogant infamiam, *l.1. sup. ex quib. caus. inf. irr.* Porro non omnes rei carcere, & vinculis sunt continendi, & constringendi, sed (ut heri dicebam) graviorum tantum criminum rei, vel qui convicti, aut confessi sunt, ex *l. si confessus, D. de custod. reor. l.2. tit. sup. l.2. h.tit.* Illo loco, *cum de admisso constiterit, pœnam carceris sustineat*, non antequam constiterit: vel etiam quos ab initio statim onerant præsumptiones certæ, & jure proditæ, ex *l. ult. h. tit.* quæ est constitutio Græca Justiniani ad Mænam præfectum prætorio. Præsumptio innocentiæ allevat custodiam, *l. 1. D. de custod. reor.* & contra præsumptio noxæ exacerbat custodiam. Magna vis est præsumptionis apud judices, non temere quidem susceptæ, quia nec ullum judicis arbitrium est in capienda præsumptione, sicut nec in æquitate definienda, sed ut ejus tantum æquitatis, quæ jure scripto prodita est; ita ejus tantum præsumptionis, quæ jure prodita est; judex est, arbiter, & sacerdos. Addamus etiam, servos capitali crimine postulatos, si a domino non defendantur, id est, si dominus, vel alius pro domino sistendos eos satisdato non promittat, in vincula publica conjici, servos, qui indefensi derelinquuntur, protinus in vincula conjici, & ita caveri lege Julia publicorum judiciorum cujuscunque criminis rei facti sint, *l.2. de custod. reorum*. Unde ibidem eleganter quærit Papinian. quod indiget nostra interpretatione, an si postea dominus, qui dereliquerat servum indefensum, suscipiat ejus defensionem oblata satisdatione judicio sisti, an possit eum vinculis liberare, quibus tenetur ex lege Julia, vel in quæ fuit conjectus, quod initio a nemine defenderetur. Et tentat Papinianus, non posse dominum postea suscepta defensione eum solvere vinculis, quibus datus est semel, hac ratione, quia edicto Domitiani cavetur, abolitiones eorum ex Senatusconsulto factas non pertinere ad servos, qui sunt in vinculis compeditos & vinctos ex causa criminali, quod a nemine defenderentur: abolitiones, inquam, reorum factas ex Senatusconsulto. Ibi (*ex Senatusconsulto*) non est, ut glossa voluit, ex Senatusconsulto Turpill. quod non est de abolitionibus reorum, sed de pœnis accusatorum, qui prævaricantur, & tergiversantur, sed ex Senatusconsulto pro re nata facto ob lætitiam aliquam publicam, ob rem prospere gestam, ut *l. si interveniente, D. ad Senatusconf. Turpill.* cum Senatus ob lætitiam publicam, & gratulationem aliquam indicit ferias, & solvit reos vinculis, & eximit reatu. Hæc abolitio reorum pertinet tantum ad cives, qui sunt in reatu, & vinculis, non ad servos, quia (ut ait *d. lex 2.*) lex ipsa servum absolvi vinculis prohibet, donec de eo pronuntietur: lex ipsa, id est, lex Julia publicorum judiciorum, non ut vult glossa, edictum Domitiani, secundum quam tamen legem Juliam, etiam ex Senatusconsulto forte facta publica abolitione reorum, non solvuntur servi vinculis, donec finiatur judicium. Sic legitur rectius in *l. Domitianus, D. ad Turpill.* ex illo loco *l.2.* legem ipsam prohibere vinctos servos absolvi, donec de eis pronuntietur, id est, donec judicium finiatur: quia scilicet Senatus, qui abolitionem reorum decernit, de solvendis civibus, & eximendis reatu sentit, non de servis, quoniam ei curæ est lætitia civium publica, non servorum. Abolitio igitur publica non pertinet ad servos, qui sunt in vinculis ex causa criminali. Unde etiam videbatur, nec vinctum semel servum

A vinculis, posse liberari domino satisdante, & defensionem offerente. At certe Papinianus in *d. l.2.* ait, hanc interpretationem esse perduram, & pernimium severam. Et esse humanius, si servus domino absente, vel per inopiam satisdare nequeunte, conjectus fuerit in vincula, ut non post longum temporis spatium, si veniat dominus, & servum defendere, & pro eo satisdare sit paratus, servum vinculis exsolvi, & domino interim restitui, dum judicium peragitur, ut ei operas, quas debet, exhibeat. Et hæc est sententia *d. l.2.* Non est omittendum his omnibus casibus, quibus diximus, reos ex vinculis causam dicere, nunquam recte eos in vincula conjici, nisi hoc fiat ex præcepto speciali judicis, ut definit constitutio Græca *hujus tit.* In urbe, ex præcepto majorum judicum: in provinciis, ex præcepto
B præsidum, vel defensorum civitatum. Hoc est notandum, defensoribus civitatum jus esse ducendi noxios in vincula ex supradicta constitutione, in qua etiam illud valde pium est, & humanum, quod statuit, ut Episcopi (quæ pars legis etiam est repetita in *l.22. de Episcop. aud.*) ut Episcopi κατὰ τετράδα, vel παρασκευὴν invisant custodias, id est, ut ecclesia loquitur, feria quarta, qui est dies Mercurii, & feria sexta, qui est dies Veneris, & Parasceve dicitur, Sabathi, scilicet; utraque feria olim in ecclesia feria fuit esurialis, ut Plautus loquitur, feria castui & jejunio dicata, & omni pietati igitur. Quapropter vult lex, ut altero horum dierum Episcopi invisant custodias. Et hos tantum dies olim fuisse dicatos castui & jejunio constat *ex canone jejunia, de consecrat. distinct.3.* & Petri Alexandrini *Can.*
C 15. τετράδι καὶ παρασκευῇ νηστευτέον. Nunc notandum ex *l.1.h.tit.* eos, qui conjecti sunt in vincula, non esse durioribus, vel arctioribus vinculis continendos, veluti manicis, aut pedicis, sed laxioribus catenis, quæ plerunque & militem simul continent custodiendo reo præpositum, ut Seneca quodam loco ait eandem catenam, & militem, & custodiam copulare. Item custodias, id est, reos, qui custodiuntur, non debere locari in ima & tetra sede carceris, non debere mandari, ut ait *h. l.1.* tenebris intimæ sedis, quæ dicitur in Actis Apostol. cap.16. ἐσωτέρα φυλακή, *intima custodia*, sed ita locari debere, ut cœlo liberiore fruantur, & solo salubriore. Et l. rationem addit, ne pœna, & squalor carceris perimat reos. Simulac indicit pœnam stratoribus, & ministris, si per eos fiat, ut rei perimantur in carceribus: & judicibus, si hanc
D rem inultam reliquerint. Ac plane hæc l. indicat, stratores esse officiales judicum, quibus custodia carceris commissa est, qui & statores dicuntur, ut statum, pro stratum legimus in Pandect. Florent. *l. si prius, §.1. D. de aqua, & aqua pluv. ar.* & a stando potius habent nomen, ut ille Manilii locus indicat:

Carceris, & duri custos, quo stante superbe
Prostratæ jaceant miserorum in limine matres.

Et ex vita Cypriani edita a Pontio & a Paulo Diacono, intelligimus, alium esse stratorem equi, qui sustollit dominum in equum, alium stratorem officii judicum, cui rei custodiendi traduntur. Illud præcipue ex hac lege 1. notandum censeo, non probari peremptionem
E reorum, quæ fit in carcere, certe nec eam, quæ fit auctoritate judicis. Et tamen olim constat, propter facinus Appii decemviros, qui populo secessionis causam dederunt, consensu populi fuisse necatos in carcere, *l.2. §. initium, D. de orig. jur.* & alios plerosque criminum reos ex variis auctoribus. Et solet etiam plerunque ita fieri in Italia. Moris etiam erat Imperatoribus Triumphantibus, ut duces devictos in carcerem occidendos mitterent. Trebellius Pollio in Æmiliano 21. tyranno: *strangulatus in carcere captivorum veterum more perhibetur.* Et in Panegyrico dicto Constantino Constantii filio: *Captivi Reges*, inquit, *cum a portis usque ad forum triumphantium currus honestassent, simulatque in Capitolium currum flectere cœperat Imperator, abrepti in carcerem*

cerem necabantur. Sed hoc omne fit extra ordinem: Nam ordo legitimus hic est, ut in foro publice supplicium consummatur in reos. Josephus 7. capite 17. νόμος ἐστὶ Ῥωμαίοις ἐπὶ τῆς, &c. *Lex est Romanis, ut in foro morte plectantur, qui morte dignum crimen admiserunt*. Et, quod etiam hodie fit, ut damnati extremo supplicio ducantur ad supplicium irretiti laqueo, aut boja, *la hart au col*. Idem servasse Romanos, idem auctor ibidem demonstrat his verbis, βρόχῳ δὲ, &c. *Laqueo*, inquit, *irretitus tractus est in forum pœnæ consumendæ gratia*. Et Svetonius in Vitellio: *Religatis post terga manibus, injecto cervicibus laqueo, veste discissa, seminudus in forum tractus est, inter magna rerum, verborumque ludibria, per totum viæ Sacræ spatium, reducto coma capite, ceu noxii solent*. Sic igitur solebant noxii ad supplicium duci. Postremo etiam illud adnotandum est ex *l.* 2. auditum reum publice apud acta, & convictum, vel confessum: etiamsi non sit grave crimen, protinus conjici in vincula: qui enim est confessus, aut convictus, eo est diligentius asservandus, donec iterum eductus carcere publice audiatur apud acta. Ex quo intelligimus, cognitionem reorum quodammodo iterari, & judicium criminale ex *l.* 2. Quo de more diximus heri, cum semel velit lex, auditum reum, & convictum, & confessum, iterum audiri publice apud acta. Nec omittam, quod proponitur in *l.* 3. ut alius sit carcer virorum, alius feminarum, nec etiam, si viri, & feminæ crimine jungantur, vel pœna etiam jungantur carcere. Verum ex *Novella* 134. nulla ex causa mulieres conjiciuntur in publicum carcerem: sed dantur monasterio servandæ, vel honestioribus feminis. Qua de causa apparet, legem tertiam non approbari Novella dicta Justin. quæ vult, proprium esse carcerem mulierum, cum Novella nulla ex causa velit feminam pati molestiam carceris. Et ideo in Basilicis non est posita hæc lex tertia.

Ad L. IV. Ad commentariensem *receptarum personarum custodia, observatioque pertineat: nec putet hominem abjectum, atque vilem objiciendum esse judici, si reus modo aliquo fuerit elapsus: Nam ipsum volumus hujusmodi pœna consumi, cui obnoxius docebitur fuisse, qui fugerit. Sin vero commentariensis necessitate aliqua procul ab officio egerit: adjutorem ejus pari jubemus invigilare cura, & eadem statuimus legis severitate constringi*.

Sequitur in lege quarta, custodiam reorum non tantum pertinere ad stratores, vel janitores carceris, qui etiam clavicularii dicuntur, sed etiam ad ipsum commentariensem, id est, qui conficit commentaria, & rationes in carcere receptarum personarum, *qui tient, & faict l'escrope*. Marcus Tullius libro de supplic. *Rationem carceris diligentissime confici, quo quisque die datus sit in custodiam*. Quod & ita fit etiam hodie ex officio commentariensis, vel adjutoris ejus, cujus opera ei uti licet, dum abest, & incumbit, non tantum ratio carceris, sed & custodia custodiarum: Nam in hoc tractatu custodiæ nomen est ambiguum, cum non tantum pro re ipsa accipiatur, & observatione reorum, sed etiam pro personis; ut ergastula etiam, & carceres, & metalla accipimus pro personis, imo & crimina, ut illo loco, *Crimine ex uno disce omneis*, id est, *ex uno criminoso*. Et ita in Psalmo, καθέδρα λοιμῶν, id est, λοιμικῶν, cathedra pestium, id est, pestilentium hominum, ut 1. Machab. cap. 10. & 15. ἄνδρες λοιμοὶ, id est, λοιμικοὶ, & Actorum 14. ἄνδρα λοιμὸν, id est, λοιμικόν. Sed addit lex quarta, non excusari commentariensem, si evaserit custodia, & hujus rei culpam conferat in janitorem carceris, vel alium viliorem ministrum; sed amissa custodia, sufferre commentariensem ipsum eam ipsam pœnam, quod mirum est, quam sustinuisset custodia, quæ evasit. Nec novum hoc est. Nam & qui reum sisti promittit, nec sistit, eam pœnam sustinet, quam reus sufferret, *l.* 13. *sup. de fidejussor.* Et ita alius pro alio suffert pœnam, sicut judex aliquando pro reo, cujus crimen dissimulat, *l.* 3. *in*

A *fine, sup. ne sanct. baptisma iteretur*. Denique de commentariensi recte in *l. omnis, C. Theod. de administrat. pub. off.* Commentarienses debere exosa miseris claustra custodire, & *l. ult. h. tit.* debere trigesimo quoque die judici suggerere numerum custodiarum, & causam carceris cujusque, sive custodiæ, & ætatem etiam cujusque custodiæ, & ordinem, seu qualitatem, quæ omnes constitutiones admodum piæ sunt. Restat præter ea, quæ dixi, ut amplius aliquid adnotemus ex constitutione Græca Justiniani, ut iis etiam satisfaciamus, qui etiam Græcarum constitutionum studiosi sunt. Nec enim satis ea constitutio emendatæ luci exposita est a quibusdam. Primum illo loco, quo agitur in ea constitutione de servis carcere liberandis, id est, condemnandis, vel absolvendis intra diem vigesimum, ne diutius
B de eis, aut propter eos domini laborent. Illo, inquam, loco, pro τοφρονιζομένοις, καὶ τοῖς δεσπόταις παραδιδομένοις, disjunctim, non conjunctim scribendum est, ἢ τοῖς δεσπόταις παραδιδομένοις, hoc sensu, ut servi, qui ob crimen aliquod conjecti sunt in carcerem, intra diem vicesimum vel puniantur, si noxii sint, vel si innoxii, absoluti domino restituantur, ne diutius eorum opera dominus careat, & confestim, vel eos amittat, vel recipiat. Deinde alio loco, quo agitur de liberis hominibus datis in carcerem, ut statim de eis pronuntietur, si facti sint rei seditionis, vel turbatæ pacis, quia scilicet seditionis causa moram non recipit, *l. si quis filio, §. quid tamen, in fine, D. de injusto, rupto, &c.* Alia autem ex causa detenti, ut datis fidejussoribus carcere liberentur, vel si fidejussores dare, si satisdationem implere nequeant, ut quam-
C primum judicentur, puta, si sint detenti ex causa civili, & pecuniaria, vel ex causa criminali leviore. Nam & ex causa pecuniaria jure nostro debitor, etiamsi in id non se obligavit, postulatu creditoris potest conjici in carcerem, *l.* 1. *& l. ult. sup. qui bon. ced. poss.* At qui ex hac causa conjecti sunt in carcerem, vel ex crimine leviore, aut sunt committendi fidejussoribus, aut non inventis fidejussoribus, de iis quamprimum pronuntiandum est. Homicidii vero, alteriusve criminis capitalis rei, ut judicentur, summum intra dies triginta. Hoc vult constitutio Justiniani, quæ subjicitur, si non ii, qui sunt in carcere, litem trahant, ne finiatur statim, vel intra dies 30. sed conditio rei, qua de agitur, talis sit, ut statim finiri non possit, vel intra dies 30. tunc detentos ex causa civili, vel non capitali crimine, esse com-
D mittendos juratoriæ cautioni, & carcere liberandos, cum res desiderat longiorem disquisitionem, nec potest statim, vel intra mensem expediri, ubi loco horum verborum, satis erit adnotare prima verba, ἐὰν δὲ μετὰ χρεία πλείονος, &c. Omnino scribendum est, ἐὰν δὲ ἡ χρεία πλείονος, id est, si vero opus fuerit longiore temporis spatio, διδόσθαι αὐτὸν ἐπὶ ἐξωμοσίᾳ, id est, committi ipsum sibi, id est, fidei & religioni suæ. Sequitur in eadem lege, reos homicidii factos ex relatione publicarum personarum, veluti ex relatione, & notaria stationarii militis, vel curiosi, vel apparitoris judicis, vel magistratus municipalis (quod trahi potest etiam ad quoscunque reos capitalis criminis carcere inclusos) hos, inquam, intra 6. menses esse judicandos, si res non possit expediri intra dies 30. nec committi fidejussoribus, &
E publicas personas pari cum reo, quem detulerunt, fortuna retineri, id est, perinde subire periculum calumniæ, & talionis, atque si subscripsissent in crimen, ut *l.* 7. *sup. de accus.* Reos autem factos capitalis criminis, non ex relatione publicarum personarum, sed ex accusatione privatorum, & solemni inscriptione, fidejussoribus committi, si præsumptio contra eos evidens & magna non faciat: aut non inventis fidejussoribus, omnimodo detineri in carcere, & causam dicere ex vinculis, judicium autem finiri intra annum. Et hæc est sententia constitutionis Justiniani, quæ valde notanda est: Nam ex ea intelligimus biennium, quod ab eodem Justiniano præscribitur finiendis causis criminalibus, *l. ult. inf. ut intra certum tempus*, tunc duntaxat procede-re,

re cum reus non est conjectus in carcerem, nec dicit causam ex vinculis. Alioquin hæc *l. ult.* quæ præscribit annum, pugnaret cum altera *l. ult.* quæ præscribit biennium. Et in hac parte h. l. etiam mendum est, quod emendabitur hoc modo ex Basilicis, εἰ δέ τις ἐγγραψάμενος αἴτιος ἐγένετο τῆς ἐνοχῆς, id est, si quis adversus alium subscripserit in crimen, vel si quis subscribens in crimen causa fuerit alteri reatus, τῆς ἐνοχῆς, vel ut alias legitur, τῆς ἐποχῆς, & postremo valde in hoc singularis est constitutio hæc quod aperte definit, etiam in causis criminalibus cessioni bonorum locum esse, si reo fuerit irrogata pœna pecuniaria. Locus est singularis, & summe notandus.

AD TITULUM V.
DE PRIVATIS CARCERIBUS INHIBENDIS.

CUSTODIÆ nomine superiori titulo intelligitur tantum publica custodia, ut in *l. vinculorum, D. de verb. significat. & l. succurritur, D. ex quibus caus. major.* quia privata custodia illegitima & illicita est, ut *h. tit.* ostendit, in quo tanquam rei læsæ majestatis puniuntur privati homines, qui se gerentes pro magistratibus privatam custodiam exercuerint, simul atque judices, & Principes officiorum, ut ait, id est, primates apparitionis judicum, qui hæc crimina dissimularunt. Pœna definitur in *l. 1.* esse supplicium ultimum, quia est crimen læsæ majestatis, se pro magistratu gerere, quod facit, qui privatum carcerem exercet, qui adversarium privato carcere cohibet. At mitiorem pœnam statuit Justinianus *l. 2. hoc tit.* quæ est constitut. Græca, nempe infamiæ pœnam, & periculi litis, propter quam quis adversarium privato carcere cohibet, & ut pœnam carceris sustineat tot diebus, quot privatam custodiam exercuerit. Denique prohibetur privatus carcer, & custodia. Neque his constitutionibus obstat *l. capite, D. ad l. Jul. de adult.* quæ viro permittit adulterum cum uxore deprehensum, quem nolit, aut non liceat occidere, retinere domi suæ, aut ubi deprehendit horis diurnis, nocturnisque 20. Quoniam hoc l. Iul. permittit, non carceris specie; sed testandæ rei gratia tantum, ut vir testes inducat futuro testimonio, reum deprehensum in adulterio. Non obstat etiam, quod ex lege 12. tab. debitorem non facientem judicatum, creditori licebat vincire nervo & compedibus. Primum quia jus illud exolevit: Deinde quia etiamsi, qui contruduntur in carcerem, maxime ex causa criminali, sæpe vinculis contineantur: differentia tamen est inter carcerem, & vincula. Carceris, & custodiæ nomina publica sunt, quia nullus est carcer privatus, aut custodia privata. At vinculorum nomina sunt etiam privata, *d. l. vinculorum*, cum & metallici sint in vinculis, & a dominis servi vincti in ergastulum, vel pistrinum conjiciantur. Et similiter etiam olim debitores, tanquam servi, ibant in nervum, jubente creditore, qui ob eam rem apud Hesychium dicuntur χαλκοσκελεῖς, quia nervus ille cruribus injiciebatur.

AD TITULUM VI.
SI REUS, VEL ACCUSATOR MORTUUS FUERIT.

EX hoc tit. intelligimus; morte accusatoris accusationem extingui *l. ult. hoc tit.* crimen non extingui, & culpam, quia reus ab alio accusari potest, *l. 3. §. ult. D. de accusat.* At morte rei crimen extingui, & pœnam, & causam bonorum rei confiscandorum, quoniam heredi ejus, qui mortuus est in reatu, testamentario, vel legitimo, bona auferri non possunt, si sua morte defunctus fuerit, non si sibi A reus ipse mortem adsciverit: Nam hoc casu bona heredi ejus auferuntur & confiscantur, videlicet si cum sibi mortem conscivit, reus fuit criminis, cujus pœna erat mors, aut capitis deminutio, & consequenter publicatio omnium bonorum, cujus criminis conscientia sibi mortem consciverit, quia hic habetur pro confesso, convicto, & judicato, *l. pen. h. tit. l. 3. §. 1. D. de bon. eor. qui ante sent. mort. sibi consciv.* Excipiendus est reus læsæ majestatis, ex causa perduellionis tantum, puta, quod hostili animo erga Rempub. vel Principem rebellavit, & insurrexit, hoc est summum crimen majestatis, *le premier chef le leze Majeste*, qui hujus criminis reus moritur in reatu, etiam post mortem condemnari potest. Denique post mortem bona ejus confiscari possunt, & memoria ejus accusari & damnari, *l. ult. D. ad leg. Jul. majest. l. 4.* B *sup. de hæret.* interdicto posteris nomine ejus: ut solebant, quorum memoria damnata erat, consulum nomina fastis aboleri, quia interdictum erat nomen eorum posteris. Hoc est damnare memoriam, quam tamen Princeps nonnunquam restituit. Julius Capitol. in Pertinace, *Quæstionem majestatis penitus tulit, cum jurejurando, revocavit etiam eos, qui deportati fuerant crimine majestatis, eorum memoria restituta, qui occisi fuerant.* At qui ex alia causa reus est majestatis, non perduellionis, morte ejus, crimen, & pœna extinguitur, ut si reus fuerit ex causa tit. sup. quod privatum carcerem habuerit, vel etiam, ut in *l. 1. hoc tit.* quod desertor militiæ fuerit, quod etiam est crimen majestatis, *l. 2. D. ad l. Jul. majest.* Hæc est sententia *l. 1. h. tit.* quæ est Græca constitutio, & constat uno tantum versu in Basilicis: ἐὰν στρατιώτης λιποτακτὴς C τελευτήσῃ, λύεται τὸ ἔγκλημα: *si miles, qui deseruit ordinem suum, sive exercitum, defunctus sit, solvitur crimen.* Quod tamen videtur pugnare cum *l. 4. inf. de re milit.* quæ ait, *defunctorum in desertione bona confiscari.* Nam si confiscantur, non est igitur extinctum crimen desertionis. Sed ita distinguendum, ut loquatur *d. l. 4.* de eo, qui in desertione est defunctus, quod est apertissimum, perinde atque apertissimum est ex ipso tit. *l. 1. h. tit.* loqui de eo, qui defunctus est, non in desertione, sed in reatu, cum insimularetur olim desertæ militiæ. Nunc etiam quæritur, an etiam reus, qui condemnatus est, & appellavit, si pendente appellatione moriatur, habeat heredem, id est, an morte rei condemnati, quæ contingat pendente appellatione, crimen, & pœna extinguatur. Et hac de re eleganter ita definitur *l. ult. hoc tit.* D aut specialiter priori sententia bona sunt publicata, aut tacite. Si specialiter, ut si relegatus sit, & damnatus in dimidiam partem bonorum redigendorum in fiscum, ac deinde mortuus sit pendente appellatione, crimen extinguitur: extincta persona, pœna personalis extinguitur. Ceterum quæstio bonorum nominatim publicatorum non extinguitur, sicut nec quæstio bonorum scelere quæsitorum unquam extinguitur, quoniam scelere parta, etiam mortuo reo, omnimodo restitui debent, *l. Lucius, D. de jure fisc. l. si quis cum, & l. cum falsi, D. ad leg. Cornel. de fals.* Quare receptum est actionem repetundarum, vel residuorum, vel peculatus morte non finiri, quia est de bonis scelere partis, quæ quæstio est perpetua. Et sic etiam bonorum, quæ sententia judicis specialiter adempta sunt, persecutio est perpetua, quæ E fisco competit. Aliud est dicendum, si tacite bona adempta sint, ut si reus sit deportatus, vel si damnatus sit ultimo supplicio, id est, morte, quæ sententia tacite adimit bona omnia: Nam hic, si moriatur pendente appellatione, morte ejus pœna, & crimen, id est, causa capitis, quæstio bonorum extinguitur, & transmittuntur bona ad heredes ejus, aut bonorum possessores. Et ita in multis partibus juris multum interest, exprimatur aliquid, an tacite intelligatur: Nam uno perempto ex eis, quæ sunt expressa, non perimitur etiam alterum, quod est æque expressum. At perempto expresso, perimitur etiam id, quod tacite infuit. Et hoc ostendit *l. ult. h. tit. & lex 3. sup. si pend. accusat. mors inter. l. 1. D. eod.* Postremo illud etiam notandum est ex *l. 2. hoc tit.* morte rei crimen

extingui in persona ejus, non in persona correorum, videlicet si plures eodem crimine simul rei facti sunt, quod fieri potest, *l. 19. D. de accusat.* Non licet quidem plures reos, quam duos separatim eodem tempore delatos habere ex diversis criminibus, ut cavetur l. Julia, sed licet eodem tempore, & eodem crimine plures simul deferre reos, quo casu mors unius in eo solvit crimen, & accusationem, non in correis. Et ita morte rei principalis, quod & maxime notandum ex *l. 4. h. tit.* puta, morte ejus, qui falsum instrumentum fabricavit, non auferri facultatem ejus accusandi, qui postea eodem instrumento falso utitur sciens prudensque: Nam & qui sciens falso utitur, reus est falsi, *l. 2. sup. de fide instrument.* Itemque mortuo mandatore cædis, qui est principalis reus, quia auctor cædis, integrum est accusare eum, qui cædem fecit eadem ratione, *l. 5. sup. de accusat.*

AD TITULUM VII.

SI QUIS IMPERATORI MALEDIXERIT.

JAM a titulo 5. cœpit tractare de crimine læsæ majestatis, in quod incidere in eo titulo docuit eum, qui habet privatum carcerem: nec male dicam etiam tit. 6. ad crimen læsæ majestatis pertinere, quia a definitione ejus tituli, ut scilicet morte rei crimen extinguatur, exceptum intelligitur semper crimen perduellionis, quod est summum crimen læsæ majestatis. Sed quia & ex aliis causis quamplurimis committitur crimen læsæ majestatis, vel dicto, vel facto: de eo, quod dicto committitur, agitur in hoc tit. 7. *si quis Imper. &c.* de quo etiamsi aliquando fuerit judicium majestatis læsæ, ob dicta scilicet, & voces impias jactatas in principem, vel in tempora, ut ait nominatim constitutio h. t. quoniam, qui tempora incusat, tacite principem ipsum incusare, & oblædere videtur. Tamen ex constitutione h. t. nullum ob eam rem judicium, nullave pœna temere constituitur inconsulto principe, quia ait l. si id ex levitate processit, contemnendum est: si ex insania, miseratione dignissimum est: sin autem ab injuria, & mente mala, remittendum est, quod non significat esse remittendum ad principem, ut ipse de eo statuat, ut voluit Accurs. sed ut Græci rectius interpretantur hoc loco, remittendum, id est, συγχωρητέον, venia donandum est, etiamsi ab injuria processerit maledictum, quia bonus princeps injuria non potest affici, quam & de se ipso rationem reddit Titus Imperator apud Dionem, cum sustulisset quæstionem læsæ majestatis ob convitia, ἐγὼ μὲν οὐδὲν οὔθ' ὑβρισθῆναι, οὔτε προπηλακισθῆναι δύναμαι, οὔτε γὰρ ἄξιον τι ἐπηγορίας ποιῶ, οὔτε μοι μέλει τῶν ψευδῶς λεγομένων: Ego, inquit, *injuria & contumelia affici non possum, quia nil mihi extitit, quod reprehensionem mereatur, & nihil mihi sunt curæ, quæ falso de me jactantur.*

AD TITULUM VIII.

AD LEGEM JULIAM MAJESTATIS.

IN hoc titulo ostenditur, & ex aliis plerisque causis bonos principes non admittere quæstionem læsæ majestatis, puta, quod judex per imprudentiam pronuntiaverit contra constitutiones principis, *l. 1. hujus tit.* vel quod quis pejeraverit per principem, quod perjurio violaverit nomen principis, *l. 2. hujus tit.* & ex multis aliis quoque causis, levioribus scilicet, Alexander in *l. 1.* ostendit, se remisisse quæstionem læsæ majestatis, dum ait, *etiam ex aliis causis majestatis crimina cessant meo seculo*, & utique cessabunt, si forte quis pronuntiaverit contra constitutiones principum. Alii principes, & ex levi causa instituebant judicium majestatis, ut Antoninus Carac. apud Spartianum, quod quis fecisset urinam ubi positæ erant statuæ principis, vel quod quis ex imaginibus principum coronas detraxisset, ut alias poneret, & adjicit statim, quod tamen non pertinet proprie ad crimen læsæ majestatis, sed ad crimen veneficii, aut maleficii, Antoninum etiam damnasse eos, qui tertianis, quartanisve remedia collo annexa gestassent, quæ Græci vocant περιαπτὰ, & περιάμματα, quod forsitan servari æquum esset: Nam & Constantinum Imperatorem legimus apud Ammianum Marcellinum libro 19. ut veneficos damnasse eos, qui remedia tertianæ, vel alterius doloris collo gestassent. Et Carolus Magnus lib. sexto legum, & constitutionum suarum *cap. 72. ut*, inquit, *phylacteria, & falsæ inscriptiones, & ligaturæ, quæ imprudentes febribus, vel aliis pestibus opitulari credunt, nullo modo fiant, quia*, inquit, *magicæ artis insignia sunt*. Verum ad rem. Removentur ergo primum in hoc titulo leviores causæ instituendi judicii de majestate, quibus remotis *l. 1. &* 2. & ceteræ omnes constitutiones referuntur ad crimen perduellionis, quod & rebellionis dicitur ab auctoribus, & impietatis, vel ἀσεβείας, & sacrilegii crimen, quo qui tenetur, hostis publicus esse judicatur, summum, & maximum crimen dicitur, *l. 7. C. Theod. de indulgent. crimin.* In eo vero crimine multa singularia recepta sunt. Primum quidem, ut crimen perduellionis morte nocentis non extinguatur, sive ante reatum moriatur, sive in reatu ipso, *l. pen. & ult. hujus tit.* Alia tamen crimina morte extinguuntur, vel mortalitate potius, ut ait *lex ult. D. eod.* quia non qualibet morte, non morte sibi conscita in reatu capitali. Mortalitas est mors communis & naturalis, non adscita mors. Recte igitur dicuntur cetera crimina mortalitate extingui: ut vero crimen perduellionis mortalitate non extinguatur, sed post mortem nocentium inchoari, aut peragi possit, hoc jus manare ex constitutione D. Marci ostendit Paulus in *l. pen. hujus tit.* & Martianus in *l. ult.* quorum Jurisconsultorum verba, non ulli constitutioni Græcæ (ut vulgo opinantur: nullam enim constitutionem Græcam in hoc titulo desiderari Basilica patefaciunt) sed constitutionibus Latinis in hoc tit. a Triboniano subjecta sunt, quod in Digestis prætermissa essent. Idque huic uni titulo contigit, ut ei subderentur post constitutiones verba Jurisconsultorum prætermissa, scilicet in Digestis. Illud etiam ex eodem Paulo & Martiano in *l. pen. & ult.* intelligimus, hoc esse singulare in crimine perduellionis, ut servi, qui ex alia causa in caput domini non torquentur, ex hac causa torqueantur, ut *l. pen. sup. qui accus. non possunt*, *l. servum, inf. de delator. lib.* 10. Et recte *l. 2. C. Theod. ne præter crimen majestatis servus dominum accuset. In hoc crimine etiam servis esse honestam proditionem: nam & hoc facinus tendere in dominos*, id est, dominos rerum, quales sunt principes. Sed omisi quod in *l. pen.* Paulus probat, ex constitutione Marci factum esse, ut quæreretur de læsa majestate Imperatoris etiam post mortem nocentis, & ut post mortem bona ejus vindicarentur fisco. Id ait jussisse Divum Marcum in persona Depitiani, utpote Senatoris, quod socius extitisset Cassiani furoris. Nam illud certum est, Avidium Cassium rebellasse adversus D. Marcum, ejusque factionis socios fuisse plurimos. Et Paulus ait, unum ex eis, nempe Depitianum, sic habent fere omnes libri; nullus Druncianum, ut vulgo legitur contra fidem historiæ, quæ prodit, Divum Marcum pepercisse Druntiano genero Cassii: Depitianum igitur utpote Senatorem, post mortem hujus criminis fuisse damnatum, bonis publicatis, & fisco addictis. Cur ait, utpote Senatorem? quoniam ipse vetuerat, ne ob eam rem Senatus quicquam statueret in ullum Senatorem, quamobrem ipsemet decrevit de hoc Senatore, de quo nec Senatus ipse decernere poterat, ut si mortuus esset, bona ejus publicarentur, quod socius fuisset, & satelles Cassianæ conjurationis. Sed pergamus ad alia, singulare etiam hoc est in crimine perduellionis, ut damnati ex

ea cauſa non lugeantur, *l. liberorum*, *§. non ſolent*, *D. de iis, qui not. inf.* ut non petantur ſepeliendi poſt ſumptum de iis ſupplicium, *l. 1. D. de cadav. punit.* & ut eo crimine omnes omnino, qui poſtulantur, vel etiam qui in eo ad teſtimonium provocantur, cum res exigit, torqueantur cujuſque ætatis, conditionis, vel dignitatis fuerint, *l. Decuriones, inf. de quæſt. l. de minore, D. eod. tit. l. 3. & 4. hoc tit.* Aliorum criminum reos tormentis dignitas, vel ætas eximit. Alii recte petuntur ſepeliendi, alii lugentur, ſed non qui damnati ſunt majeſtatis; hi cujuſcunque ſint dignitatis, tormentis ſubjiciuntur, & quæſtionibus. Joannes Chryſoſtomus homilia 13. *Ubi eſt*, inquit, *crimen læſæ majeſtatis, dignitas nil proficit*. Et Ammianus Marcellinus 19. *Ubi majeſtas pulſata defenditur, a quæſtionibus, vel cruentis nullam leges eximere fortunam*, quin etiam, quod in hoc crimine ſingulare eſt, ex *l. 3. hoc tit.* accuſatores, ſi manifeſtiſſimis indiciis & argumentis non convicerint reos, & ii, quorum opera vel conſilio ad accuſationem proſilierunt, etiam tormentis ſubjiciuntur. Neceſſe eſt reos læſæ majeſtatis convinci manifeſtis indiciis, priuſquam torqueantur, aut torquebuntur potius accuſatores ipſi. Et ita in *l. 3. bujus tit.* accipere oportet convictum reum majeſtatis ſubjici tormentis, convictum ſcilicet manifeſtiſſimis indiciis, de quibus & lex ipſa loquitur, non convictum uno teſte, ut gloſſa dixit, tu ne dixeris: Nam neque uno teſte quiſquam convincitur, ſed manifeſtiſſimis potius indiciis, quæ certiſſimæ probationes ſunt, *l. ult. ſup. de contrah. ſtipulat.* Neque unicus teſtis ſufficit torquendo reo, quod probat *l. maritus, D. de quæſt.* qua in re plerique labuntur hodie, qui unum teſtem per ſe ſolum putant ſufficere ad quæſtionem miſero offerendam: qui etiam errant, dum unum teſtem affirmant, eſſe probationem ſemiplenam, ut loquuntur, quod hoc argumento probant. *Duo*, inquiunt, *teſtes faciunt plenam probationem, ergo unus ſemiplenam*. Sed hæc collectio vitioſa eſt, & eadem atque ſi diceres, duo perficiunt numerum, ergo unus, aut unum eſt numerus imperfectus & ſemiplenus, quod eſt falſum. Nam unum non poteſt dici numerus. Et præterea ut veritas, ita probatio ſcindi non poteſt, quæ non eſt plena veritas, eſt plane falſitas, non ſemiveritas. Sic quæ non eſt plena probatio, plane nulla probatio eſt. Denique Juriſconſulti non noverunt ullam probationem ſemiplenam. Illud etiam non omittam, legem tertiam hujus tituli eſſe vitiatam ab interpunctionibus omnimodo: nam detracta parentheſeos nota, poſt verbum (*comprobare*) quaſi perfecta, atque completa ſententia pungendum eſt; ut deinde incipiat alia ſententia his verbis (*cum eo, qui bujus eſſe temeritatis deprehenditur*) id eſt, cum accuſatore temerario, minime fulto, aut ſubnixo manifeſtis indiciis, *illum quoque, &c.* ſic legamus una ſaliva, ſingulare hoc eſt præterea, ut filii maſculi nocentium non tantum excludantur hereditate patris, cujus morte damnati bona occupat fiſcus: ſed etiam hereditate matris, & avi, & omnium propinquorum ex teſtamento, vel ab inteſtato, & hereditate etiam extraneorum forte eis delata ex teſtamento, ut ſint perpetuo infames & inteſtabiles, miſeri & egeni, non habentes jus capiendæ alienæ hereditatis, quod non primum eſt introductum, *l. quisquis, hujus tit.* imo nil fere in *d. l. quisquis* proditum eſt, quod non olim obtinuerit. Ergo *lex quisquis* non facit novum jus, ſed reſtituit, quod olim obtinuit, & convenit etiam cum ea *lex ult. inf. de bon. proſcript.* Et conſtat etiam reorum filios non habuiſſe jura ſepulchrorum familiarium, *l. 1. §. ſuos, D. de ſuis & legit. hered.* non habuiſſe jura libertorum paternorum, ſi ſpectemus jus vetus, jus ipſum, ex *l. 3. D. de interdict. & releg.* Nam ex conſtitutionibus benigniſſime, ut ait *lex 4. D. de jure patronatus*, eis conceduntur jura libertorum paternorum, & *l. eorum, D. ad leg. Jul. majeſtatis*. Neque obſtat *lex 1. ſup. de bonis libert.* quæ docet, filio patroni damnato, ut hoſte publico, & ita ut perduellione, aut perduelle, jura libertorum tranſire in fiſcum; quia non ponit (& hoc ex iis, quæ notat Accurſius, certius eſt) eum reliquiſſe filios. Si reliquiſſet, eis benigniſſime fuiſſent conſervata jura libertorum. Ceterum, quia hic filius patroni nullos filios reliquit, jura libertorum tranſierunt in fiſcum: hoc dico eſſe præcipuum in crimine perduellionis, quia alias non ſolent parentum ſcelera filiorum pœnis lui, *l. 2. §. pen. D. de decur.* nullum patris delictum filio innocenti pœnæ eſſe: nullum, excepto crimine perduellionis: Nam nulla eſt in jure univerſalis propoſitio, quæ non vitietur, & quandoque perdat officium ſuum. In hoc crimine legibus comparatum eſt, ut patrum ſcelera luerentur filiorum pœnis, ut filiorum caritas, ut ait M. Tullius, ſcribens ad Brutum, amiciores parentes reipublicæ redderet. Hæc de filiis maſculis in *l. quisquis*. Filiabus autem non adimit omnia bona, omnem ſpem bonorum adipiſcendorum, ſed humanitatis gratia filiabus, qua ſe tueantur, conſervat in bonis maternis legitimam portionem: in bonis paternis nil eis concedit, quia univerſa cadunt in fiſcum. In bonis maternis filiabus quotquot ſunt, concedit tantum Falcidiam, id eſt, portionem legitimam. Et ait hoc loco, *ut habeant mediocrem potius filiæ alimoniam, quam integrum emolumentum, & nomen heredis*. In Codice Theodoſ. in quo eſt hæc conſtitutio *l. quisquis*, ſub titulo *ad legem Cornel. de ſicariis* (nec ſcio quid in mentem venerit illi, qui dixit, eam legem *quisquis* non extare in C. *Theod.*) ita ſcriptum eſt, *ut habeant ingratæ potius filiæ, &c.* puto ſcribendum (*non ingratæ*) hoc ſenſu, ut in bonis maternis non ingratæ filiæ habeant legitimam portionem, quoniam (ut Græci notarunt hoc ipſo titulo) ſi exheredatæ fuerint a matre ex cauſa ingratitudinis, proculdubio nec legitimam portionem in bonis ejus obtinebunt. Conſtitutio igitur ſervat Falcidiam non ingratis filiabus: uxoribus etiam ſervat dotem, & lucrum nuptiale ex donatione propter nuptias. Et poſtremo in hoc titulo oſtenditur *l. ult.* hoc eſſe ſingulare in crimine perduellionis, ut poſt contractum perduellionis crimen, factæ alienationes bonorum, venditiones, donationes, dotes, vel manumiſſiones ſervorum, vel emancipationes liberorum, non valeant, & ut ei, qui contraxit tale crimen, debitores, quod debent, non recte ſolvant. Idem eſt in *l. quisquis*, & in *l. donationes, §. ult. D. de donat. l. ex judiciorum, D. de accuſat.* Qua in re hoc crimen diſtat a ceteris criminibus, quia ita demum poſt contractum aliud crimen factæ alienationes non valent, ſi ſequuta condemnatio ſit, quæ ſequi non poteſt, niſi vivo reo, quia morte rei cetera crimina exſtinguuntur. Si igitur vivo reo condemnatio ſequuta ſit, poſt contractum capitale crimen, factæ alienationes non valent, *l. poſt contractum, ff. de donat.* Idem eſt in manumiſſionibus, & emancipationibus, & ſolutionibus, *l. qui pœna, D. de manumiſſ. l. reo, D. de ſolut. l. cum quidam, D. de jur. fiſc.* Sed ſi condemnatio ſequuta non ſit, ut ſi ſit mortuus in reatu pendente judicio, alienationes, & cetera omnia valent, quæ tamen poſt contractum crimen perduellionis non valent, quia & mortuo reo ſequi poteſt condemnatio. Donatio igitur facta a reo alterius criminis valere poteſt, videlicet ſi in reatu moriatur. At donatio facta a reo perduellionis poſt contractum perduellionis crimen, nunquam valere poteſt, quia mortui eſt integra accuſatio, quia mortuus condemnari ex hac cauſa poteſt. Nec alia poteſt hac in re conſtitui differentia inter crimen perduellionis, & cetera crimina: nam quod dicitur in *l. quisquis*, jura voluiſſe, ut eadem ſeveritate voluntas ſceleris, qua effectus puniretur, id non eſt ſingulare & proprium in ſcelere majeſtatis, ſed commune in omni ſcelere; quod (ne ſim in eo longus) probat ſatis *Obſervat. 15. cap. 25.* cui tantum addam hunc locum Apuleii 4. Floridorum: *in maleficiis*, inquit, *etiam cogitata ſcelera, non perfecta, adhuc vindicantur, cruenta mente, pura manu: ad pœnam ſufficit meditari punienda*. Et abutuntur multi *l. cogitationis nemo, D. de pœn.* quæ

non

non est generaliter accipienda, ut alio loco ostendi, sed reddenda suo proprio tit. id est, edicto quod quisque juris in alium, quo punitur tantum effectus, non cogitatio: ceterum in criminibus publicis etiam cogitatio, aut conatus.

AD TITULUM IX.

AD LEGEM JULIAM DE ADULTERIIS, ET STUPRO.

A CRIMINE publico læsæ majestatis, quod omnium est maximum, transit ad crimen publicum adulterii, & stupri, seu impudicitiæ. In adulterio est vir & mulier aliena: in stupro vel non est vir, vel non est mulier, vel est vir & mulier vacua. Dico in adulterio esse mulierem alienam, id est, alii nuptam. Non dico virum alienum, vel maritum alienum: Nam in viro alieno legibus publicorum judiciorum crimen non vindicatur, ut ostendit *l.1. h. tit.* Quamvis lex Julia de adulteriis coercendis, seu de pudicitia, permittat viro uxorem jure mariti accusare adulterii, non tamen etiam uxori permittit virum eodem crimine accusare. Ex quo efficitur, nec alieno matrimonio violato, seu polluto, mulierem publico judicio adulterii accusationem instituere posse, quia nec lecti sui injuriam persequi potest: alio judicio mulier suam injuriam persequi potest instituta accusatione, *l. de crimine, sup. qui accusar. non poss.* Hoc judicio, nec suam, nec alienam injuriam, seu vindictam persequi potest. Et ita est explicanda *lex 1. h. tit.* Unde apparet hac in re, quam distet stuprum ab adulterio: Nam de stupro mulier accusationem instituere potest, si suam injuriam persequatur, *l.7. h. tit.* ut si se ab alio deintegratam dicat, si virgini sibi vim allatam. At de adulterio mulier accusationem instituere non potest, etiamsi suum maritum dicat fuisse cum alia, cum tamen ipsa a marito possit accusari, si quid probri fecerit cum alio: ac similiter, ut ex Catone Gellius refert, jus olim fuit viro sine judicio impune necare uxorem deprehensam in adulterio, quod etiam hodie est ex *Novella Majoriani*. Et eo jure pleræque gentes utuntur. At mulieri jus non est virum adulterum, vel adulteram, seu pellicem ne digito quidem contingere, ut ait Cato. Et similiter lege Romuli (ut Plutarchus scribit) qua & nos hodie utimur, & nos uti testatur etiam Zonaras in *can. Apostol.* 48. Ea, inquam, lege nulla ex causa mulieri licet a viro divertere, viro licet, ut scribit Plutarchus, veneficam, & adulteram domo exigere, liberis de sinu ejus sublatis, vel clavibus ademptis. Nam omnino apud Plutarchum legendum est, quo loco multi laborant: τέκνον, ἢ κλειδῶν ἀποβολῆ non ὑποβολῆ, id est, exigi mulierem veneficam, vel adulteram ereptis ei liberis, quos educat, vel ademptis clavibus: Nam & sic Cicero 2. Philippica, foras exigi mulieres clavibus ademptis. Non est ergo novum, si & lex Julia jus æquum non servat viro & uxori, si non iisdem, quibus feminas, viros vinculis pudicitiæ obstringit. Quam legem proculdubio D. Ambrosius intellexit, & merito improbavit eam inæqualitatem *libro primo de Patriarcha Abraham cap.4. Nemo*, inquit, *sibi blandiatur de legibus hominum; & plane intelligit leges Julias. Omne*, inquit, *stuprum adulterium est, nec viro licet, quod mulieri non licet*; & sequitur: *eadem a viro, quæ ab uxore, debetur castimonia*. Unde intelligitur, maritum legibus Juliis, qui se commiscet alteri, non esse quidem reum adulterii, sed stupri, nec enim potest negari, quin stuprum committat. At D. Ambros. & Christiani omnes affirmant, eum etiam perinde atque uxorem adulterium committere. Sic D. Augustinus de verbis Apostoli sermone 4. *Quis aliquando habens uxorem, quia & ancillam vitiavit suam, crimen invenit? Sed in foro*, inquit, *non in cœlo, in lege mundi, non in lege creatoris mundi*: Et eleganter Gregorius Nazianzenus in dictum illud Evangelistæ: *Cum consummasset Jesus*

A *hos sermones*, hanc esse constitutionem, & legem, ut in uxore, non in viro adulterium coerceatur. Verum subjicit: οὐ δέχομαι ταύτην νομοθεσίαν. *Non laudo, non probo hanc legem, eam mares tulerunt, ideo feminas tantum insequitur, & incessit*. Et ita viros ait sibi solis reservasse, & vindicasse patriam potestatem in filios, matribus denegasse: lege tamen Dei utriusque parentis parem esse potestatem. Et similiter utriusque conjugis pariter adulterium coerceri. Et huic piæ, & veræ sententiæ, nonnihil etiam leges auxiliantur, & adminiculantur, quæ etsi non permittant mulieri accusationem adulterii adversus maritum, tamen ipsæ cum accusantur a viris, possunt eis referre idem crimen, aut par crimen, veluti lenocinium, eoque genere, non quidem se excusare, sed onerare maritum. Et sunt hac de re valde B notanda hæc verba *l. uxor, §. judex, D. ad leg. Juliam de adult. Judex adulterii*, inquit, *ante oculos habere debet, & inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit. Periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat, quæ res potest & virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare*. Non compensatur adulterium cum adulterio, vel cum lenocinio, sed utrumque punitur. Igitur mulier, quam maritus postulavit adulterii, si objiciat par crimen accusatori: *Ea res*, inquit, *poterit maritum damnare*. Quod ita intelligendum est, si objiciat lenocinium, ea res utique maritum damnabit, & subjiciet pœnæ adulterii, quoniam utriusque sceleris eadem est pœna lege Julia constituta. At si contra ei objiciat etiam C adulterium, poterit quoque ea res eum damnare de stupro, sed non de adulterio. Et observandum est, ea verba §. *judex*, quamvis id Jureconsultus supprimat, esse ex rescripto Antonini, quod fuisse relatum in Codicem Gregorianum D. Augustinus scribit lib. 2. ad Pollentium, propositis iisdem, & aliquanto amplioribus ejusdem rescripti verbis, quo ostenderet, & leges aliquatenus parem a viris atque a feminis pudicitiam exegisse. Et jam hic locus exigit, quoniam commode fieri potest, ut hic addatur explicatio *l.2. hoc tit.* quæ docet, lege Julia non tantum adulterium in uxore puniri, sed etiam in viro lenocinium, ut puta si deprehensam in adulterio retineat, neque dimittat. Non potest retinere deprehensam cum adultero sine scelere, & contagione lenocinii, vel etiam si damnatam adulterii, & foras exactam D reducat, vel etiamsi quisquam quamcunque mulierem damnatam adulterii ducat, quod congruit cum verbo Domini, quo judicatur esse adulter, qui repudiatam ex causa adulterii domum ducit uxorem. Et hoc ostendit *l.9. & 17. hoc tit.* dum dicit, si quis damnatam adulterii dicat, vel reducat, is est adulter, is est leno. Leno autem pro adultero habetur semper, quia utriusque est eadem pœna, & eadem lex. At, ut ait *l.2. hoc tit.* si quis suspectam adulterii retineat, & rem dissimulet, si possit ignorantiam simulare, ut ait *l.17.* quod non potest, qui eam damnavit publico judicio. At qui potest, & suspectam retinet, non ideo tenetur lenocinii. Valde notandum est, quod ante dixi, esse proditum in *l.9.* & congruere cum verbo Domini, ut lege Julia teneatur, qui damnatam adulterii ducit uxorem. Recte damna- E tam: nam non damnatam adulterii, quæ forte a viro divertit, quin liceat ducere non est dubium, repudiatam ab alio, jure ducimus: sed non repudiatam, & damnatam adulterii. Si tamen quis venerit in suspicionem adulterii cum aliena uxore commissi, soluto matrimonio si eam uxorem ducat, licet fuerit absolutus, ea res auget suspicionem adulterii: tantum abest, ut diluat crimen, qua in re plurimum hodie peccatur. Et scio evenisse, ut quis acccusaretur adulterii commissi cum domina, & accusaretur post mortem domini, & absolveretur, & post absolutionem impune eam protinus duceret uxorem, quod exemplo est perniciosum, & damnatum in *l.27. & 34. hoc tit.* quæ habet pro convicto & confesso reum absolutum adulterii, si postea eam mulierem, cum

cum qua dicebatur rem habuisse, duxerit uxorem. Et hoc est, quod ait Poeta: *Quod nubis Proculina concubino, & mœchum modo facis maritum, ne lex Julia te notare possit: Non nubis Proculina, sed fateris.* Et alibi:

Mœchus erat, poteras tamen hoc tu Paula negare.
Ecce vir est: nunquid Paula negare potes?

Nuptiæ igitur sequutæ post absolutionem, argumentum potius præbent patrati adulterii, & iterari adversus eum adulterii judicium potest, ut in *l. miles*, §. *licet*, *ff. ad leg. Jul. de adult.*

Ad L.III. Non solum verba *legis Juliæ de adulteriis coercendis, sed etiam sententia per quæstionem quoque servorum, sive ancillarum crimen admissum probare volentis, ad earum tantum personarum servos ei rei exhibendos pertinent, de quibus specialiter comprehendit, id est, mulieris, & patris ejus, non naturalis, sed justi duntaxat, quos intra sexagesimum diem ex dissolutione matrimonii numerandum, manumitti, vel distrahi prohibet, & quorum dominis caveri præcipit, si defuncti fuerint in quæstione, vel facti deteriores secuta absolutione.*

QUod proponitur in *l.3.* totum est ex ipsa lege Julia *de adulter. coercend.* Ac primum marito accusante uxorem jure mariti (sic enim est accipienda) vel patre filiam accusante jure patris, intra dies sexaginta præscriptos lege Julia in hoc judicio, eam legem velle crimen probari etiam per quæstionem servorum, videlicet si manifestis argumentis maritus, vel pater adducatur in suspicionem adulterii, ut *l. ult. h. tit.* illo loco, *propter suspicionem criminis adulterii*; suspicio ducitur ex manifestis rerum argumentis: & crimen probari per quæstionem eorum servorum tantum, de quibus lex Julia specialiter comprehendit, ut ait hæc lex. Comprehendit autem specialiter servos mulieris repudio dimissæ propter suspicionem adulterii, & etiam adulterii postulatæ, & indistincte servos omnes mulieris. Igitur quos habuit in ministerio, & quos habuit extra suum ministerium, in agro forte, vel in provincia: Nam ministerio servorum utimur domi nostræ tantum: ministerium servile domo includitur: Lex enim Julia cum specialiter comprehendit, ut de servis mulieris dimissæ, & accusatæ quæstio haberetur, nullam addidit conditionem, & modum. Ergo de omnibus indistincte quæstionem haberi voluit. Comprehendit etiam lex Julia servos patris ejus mulieris, sed addidit modum, quos pater mulieris dedisset in ministerium, *l. si postulaverit*, §. *haberi*, *ff. eod. l. prospexit*, *ff. qui & a quib. manumiss.* Et præterea lex Julia comprehendit tantum servos patris justi, ut ait lex 3. quos justus pater ei dedisset in usum, non servos patris naturalis. Ergo lex Julia non comprehendit servos patris naturalis, quos filiæ alii nuptæ in usum & ministerium concessit, & multo deterius comprehendit servos alienos, quos extrarius aliquis mulieri dedisset in ministerium. De his igitur quæstionem haberi noluit lex Julia. Non comprehendit etiam servos patris justi, quos pater ei non dedisset in ministerium. Justum patrem facit matrimonium, vel adoptio: naturalem concubinatus, vel contubernium. Justus pater filiam habet in potestate, naturalis non habet. Hoc est satis, ut discrimen, quod est inter utrumque intelligamus. At quoniam dicere quis poterat, non comprehendi quidem verbis legis Juliæ servos patris naturalis, vel servos extraneos mulieri in usum concessos, sed sententia legis comprehendi, & tacita mente, ideo Antoninus Imperator in hac lege tertia, ut hoc submoveat, ita rescribit: *Verba legis Juliæ* (sic est inchoanda lex) *de adult. coerc. probari volentis* (sic est scribendum) Et statim exempli causa Antoninus addidit servos mulieris, quos lex specialiter comprehendit, ut quæstioni subderentur in judicio adulterii, & servos patris justi, servos mulieris indistincte, servos patris justi, cum hoc modo, quos pater ei in usum concessit. Quibus ex *dict. l. prospexit*, addere etiam oportet, servos matris, vel aviæ in usum ei datos: item servos mariti accusatoris, & patris ejus, quos ei pater in ministerium dedit, ex *l.32. & l. ult. hoc tit.* & ex *d. l. si postulaverit*, §. *sed & servi*, ubi, *sed & servi accusatoris*, id est, servi mariti. Paulus 2. Sentent. *Servi*, inquit, *tam mariti, quam uxoris in causa adulterii torqueri possunt, nec iis libertas sub spe impunitatis data valebit.* Et cur utriusque servi torqueantur in causa mariti & uxoris: ratio est, quia commixta familia, & una domus est viri & uxoris, *l.1.* §. *si vir aut uxor*, *ff. ad SC. Syll.* Et ita tam hi quam illi scire possunt, quid domi agatur, vel quos domi colat mores materfamil. Ideo de omnib. habetur quæstio, id est, a judice omnes quæstioni subjici possunt, eruendi criminis, & veritatis causa. Item marito, vel patre accusante adulterium, id est, eum, qui cum uxore, vel filia alii nupta probri quid fecerit, certum est lege Julia comprehendi servos adulteri, ut de eis quæstio habeatur, & servos patris ejus, quos habuit in ministerio, *d. l. si postulaverit*, §. *haberi*, *l. patre*, *ff. de quæstion.* Papinianus libro singulari de adulteriis, *De mancipiis alterius*, id est, *rei, vel reæ, marito, vel patre accusante, quæstionem haberi posse palam est.* Et quæstio de eis servis habetur præsente reo, vel rea, & accusatore, & patronis reorum. Ea lege etiam patronis datur facultas interrogandi servos tormentis expositos, *dict. l. si postulaverit*, §. *quæstioni*, qui mos veterum est notandus, ut quæstioni adhibendæ servis intersint rei, & accusatores, & patroni reorum, & ut patroni reorum interrogent servos, imo & rei ipsi, ut in causa Milonis testes interrogaverunt M. Tull. Cicero, & M. Marcellus patroni Milonis, & Milo ipse, ut scribit Asconius Pedianus in Milonianam. Et Plinius 3. Epist. scribens de suis patrociniis: *Concipere*, inquit, *animo potes, quam simus fatigati, quibus toties agendum, toties altercandum, tam multi testes interrogandi, sublevandi, refutandi.* Et ideo in jure nostro cum legimus testes interrogatos, non utique semper hoc ita exaudire debemus, ut interrogentur a judice, sed etiam ab adversariis, vel patronis eorum, quod & ita hodie fieri forte tutius esset: Nam sæpe judices eos translatitie, vel ambitiose interrogant. Verum ad rem. Ex iis, quæ diximus, apparet, lege Julia de adulter. etiam servos torqueri in caput dominorum: servos mulieris accusatæ adulterii, in caput mulieris; servos adulteri in caput adulteri. Ut igitur lege Jul. perduell. de qua *tit. sup.* servi torquentur in caput dominorum, ita etiam l. Julia de adult. sed quomodo videamus, & an semper: utraque lege servi torquentur in caput dominorum, sed diversis rationibus, *leg. Jul. perduell.* quoniam hoc crimen tendit in dominos, id est, in summos dominos, in dominos rerum, id est, principes, *leg. Jul. de adult.* quia hoc crimen vix probari potest per alios, quam per familiares: & præterea *l. Julia perduell.* semper: *lege Julia de adulteriis*, patre tantum, vel marito accusante adulterum, vel adulteram, ut ait *lex patre*, *ff. de quæst.* & marito accusante jure mariti, patre accusante jure patris .i. jure proprio & singulari, non jure publico, quod mox explicabitur, ut in *l. is cujus* §. *pen. D. ad leg. Jul. de adult. l. sed si maritus*, *ff. qui & a quib. manumiss.* in illo loco: *cum pater accusare possit.* Quem locum Latinus interpres recte accipit de patre uxoris, ut indicat illa *lex is cujus*. Græcus interpres male de patre mariti. Jure mariti, vel patris accusat quis intra 60. dies a divortio facto; Et jus mariti, jusve patris hoc est, ut si intra illos dies velint accusare, præferantur omnibus accusatoribus, & in divinationis judicio obtineant. Itemque, ut sine pœna calumniæ vincantur: hoc est jus mariti, & patris. Post 60. dies maritus, vel pater accusat jure extranei, vel quod idem est, jure publico, id est, ut extraneus, ut quilibet de populo, nec præfertur potiori accusatori, si quis se offerat, nec vincitur sine pœna calumniæ. Sic igitur statuo: in causa adulterii ex lege Julia servi torquentur in caput dominorum, qui in reatu sunt, patre scilicet, vel marito accusante jure suo ex lege Julia, non alio extraneo accusante.

ſante. At poſtea ex conſtitutionibus Principum D. Marci, & Severi, & Antonini placuit ſervos torqueri in hac cauſa contra dominum, etiam extraneo accuſante adulterum, vel adulteram, etiam patre, vel marito accuſante jure extranei: quo genere non ſpectatur qualitas patris, vel mariti, cum ſpectetur ut extraneus quilibet. Et conſtitutionum rationem hanc reddit Papinianus, ut & extraneo accuſante, ſervi in dominum torqueantur: *quia*, inquit, *non facile tale delictum ſine miniſterio ſervorum admitti creditum eſt, ſine opera miniſtrarum*. Inde generaliter in *l.1. infr. de quæſt.* in crimine adulterii ſervos torqueri contra dominum. Et eleganter in *l.6. hoc tit.* marito accuſante uxorem jure extranei poſt *60.* dies, non minus ad probationem ſceleris haberi quæſtionem de ſervis uxoris, quam ſi maritus ageret jure mariti, quo caſu proculdubio torquentur ſervi uxoris in uxorem ex lege Julia. Sed & cum agit jure extranei, non quidem ex l. Julia, ſed ex conſtitutione divorum Principum, ut ait, id eſt, Severi & Antonini. Et inde Papinianus in *l. extrario, ff. de quæſt.* ait *extrario quoque accuſante, ſervos torqueri in cauſa adulterii contra dominum*: ait *extrario quoque*, perinde ac ſi diceret, non tantum patri, vel marito accuſatori, hoc permitti lege Jul. ut ſervos ejus, qui, quæve accuſatur, quæſtioni poſtulet exhiberi, ſed etiam iiſdem conſtitutionibus permitti extraneo accuſatori. Multa conſtitutiones addiderunt ad legem Juliam. Nam & illud addidit conſtitutio Adriani, ut de ſervis alienis quæſtio haberetur, qui in miniſterio fuiſsent mulieris, vel adulteri, *dict. l. ſi poſtulaverit*, §. *haberi*. Unde poſt conſtitutionem Adriani recte dicam hodie quæſtionem haberi de ſervis patris naturalis mulieri datis in uſum. Nec obſtare h. l. 3. quia ut initio dixi, eſt de ipſa lege Julia, qui poſtea in ea re ſubrogavit conſtitutio Adriani. Non etiam quem modum omiſit lex Julia, cum eſt loquuta de ſervis mulieris torquendis, quæ omiſſio etiam Ulpiano perdura videtur in *d. l. proſpexit*. Eum modum addidere legi Juliæ poſteriores conſtitutiones, puta *l.22. hoc tit.* ut ſcilicet de eis tantum ſervis mulieris quæſtio haberetur, quos in miniſterio, & domi ſuæ habuerit tempore admiſſi adulterii, non de iis, quos habuerit peregre extra ſuum miniſterium, qui nec rem ſcire poſsunt. Item, quod lege Julia eſt præſcriptum, ut in hac cauſa ſervi quæſtioni deſtinati non manumittantur, vel alienentur intra *60.* dies divortii, intra quos marito, & patri licet proprio jure accuſare, ne ſcilicet quæſtioni ſubducantur, propterea quod de adulterio mulieris lex Julia quæri noluit per quæſtionem ſervorum alienorum, quos ſpecialiter lex Julia non comprehendit, & fierent alieni alienatione, nec per quæſtionem liberorum hominum, & fierent liberi manumiſſione. Quos igitur ſervos lex Julia prohibuit intra *60.* dies alienari, vel manumitti, id eſt, quos voluit ſubjici quæſtioni, ſane permiſit poſt *60.* dies eos manumittere. At quid ſi nondum ſit finita cognitio adulterii, quid ſi non potuerit definiri intra *60.* dies? Et Ulp. etiam ſcribit in hunc caſum in *d.l. proſpexit*, eſse ſubveniendum, ut ſcilicet, ſervi deſtinati quæſtioni non manumittantur ante finitam quæſtionem, nec poſt *60.* dies, ſi cognitio nondum ſit finita. Quod poſt conſtitutionem Adriani trahendum eſt etiam ad ſervos alienos in uſum datos mulieri, ut & ii pendente cognitione non manumittantur, contra quam notet Accurſ. hoc loco, quoniam proculdubio judices jubebunt, ut ſolebant, dominum extraneos eos ſervos in poteſtate habere, nec manumittere, qui deſtinati fuerant quæſtioni, vel pœnæ. Dixit autem Ulpianus in hunc caſum eſſe ſubveniendum, id eſt, eſſe conſtituendum, ut & poſt *60.* dies nondum finita cognitione ſuſtineatur manumiſſio, vel alienatio ſervorum deſtinatorum quæſtioni, ut in ſimili difficultate, & inopia conſilii dixit Ulpianus eſſe conſtituendum, *l. pen. §. pen. ſup. ad Senatuſc. Trebell.* Et Paulus, principem adeundum eſſe, *l. itaque, D. de fideic. libert.* Adde ex ultima parte hujus legis, accuſatorem, qui ſervos reorum quæſtioni exponendos poſtulat in hoc crimine, dominis cavere debere de indemnitate per ſtipulationem nudam, id eſt, de æſtimatione ſervorum præſtanda ſequuta abſolutione, ſi ſervi in quæſtione mortui fuerint: vel de præſtando damno, ſi in quæſtione deteriores facti fuerint: vel etiam omiſſa cautione, eo nomine reis abſolutis eſſe condictionem ex lege Julia in ſimplum, *d. l. ſi poſtulaverit, in fin. & l. ſeq.* & uno caſu in duplum, ſi ſervus ſit accuſatus adulterii, & tortus, dein abſolutus, ut *d. l. ſi poſtulaverit, l. ult. D. de calum. l. dominis, infr. eod.* Ait hæc lex 3. ſequuta abſolutione ſupradictæ cautioni in ſimplum locum eſſe, & ex ea poſſe agi, vel condictione ex lege Julia: Nam damnatione ſequuta ſervi publicantur, nec redeunt ad priorem dominum, nec in eum caſum cautio interponitur. Cujus rei ratio redditur in *d. l. ſi poſtulaverit, §. jubet, l. patre, D. de quæſt.* Unde quæritur, an ſervis publicatis damnatione ſequuta, dominis pretium fiſcus reſtituere debeat. Et reſpondet Joannes, debere, quod verum eſt ſi reis damnatione bona adempta non ſint. Et poſtremo quæritur, quid ſit dicendum de ſervis accuſatoris quæſtioni ſubjectis poſtea ſequuta abſolutione, vel damnatione? Et hos quoque publicandos eſſe ait, *d. l. ſi poſtulaverit, §. ſed & ſervi.* Quod ita procedit, ſi accuſator non obtinuerit, id eſt, ſi abſolutus fuerit reus; Nam ſi accuſator condemnaverit reum, hoc caſu Bulgarus dedit actionem in ſimplum ex cautione, vel ex lege. Recte, ut opinor, ſi reus eos poſtulaverit in quæſtionem, & poſtea fuerit condemnatus, non etiamſi judex eos ultro quæſtioni ſubjecerit.

Ad L. IV. Gracchus, quem Numerius *in adulterio noctu comprehenſum interfecit, ſi ejus conditionis fuit, ut per legem Juliam impune occidi potuerit, quod legitime factum eſt, nullam pœnam mereretur. Idemque filiis ejus, qui patri paruerunt, præſtandum eſt. Sed ſi legis auctoritate ceſſante, inconſulto dolore adulterum interemit: quamvis homicidium perpetratum ſit, tamen, quia & nox, & dolor juſtus factum ejus relevant, poteſt in exilium dari.*

QUæſtio legis 4. hæc eſt, an marito liceat per legem Juliam in adulterio uxoris ſuæ deprehenſum, ſine judice impune occidere? Et conſtat non quemlibet marito licere interficere, nec quolibet loco, ſed domi tantum ſuæ deprehenſum, nec quemlibet adulterum deprehenſum cum uxore, ſed omnem ſervum hominem: liberum autem hominem non omnem, ſed libertum ſuum, vel uxoris, vel patris, matris, filii, filiæ, utrius eorum, viri ſcilicet & uxoris. Et iis addidit etiam Paulus *lib. ſingul. de adult.* noxæ deditum: Nam quod notandum, & liberum hominem, qui noxam feciſſet, & condemnatus judicato faciendo impar eſſet, auctore judice, vel patre in noxam dedi moris erat, & addici ei, qui cauſam obtinuerat, *l. 3. §. proinde, D. de liber. hom. exhib. §. ult. Inſtit. de noxal. act.* Et Papinianus 2. *Definit. tit. de judicato in fragment. Per liberum hominem*, inquit, *noxæ deditum, ſi tantum adquiſitum ſit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus eſt a prætore, qui noxæ deditum accepit.* Quæ ratio æquitatis ſervatur etiam in ſervo noxæ dedito, *§. dominus, Inſtit. de noxal. action.* Item liber homo, quem deprehendit maritus domi ſuæ in adulterio uxoris, ab eo impune interfici poteſt, ſi ſit infamis, ut puta judicio publico damnatus, nec famæ reſtitutus, vel ſi fecerit lenocinium, ſi artem ludricam fecerit quæſtus cauſa, ſi in ſcenam prodierit cantandi, ſaltandive cauſa, ut ait *lex marito, D. ad leg. Jul. de adult.* quæ obſcœna ſtudia Seneca vocat 1. Declam. *cantandi, ſaltandique obſcœna ſtudia nunc effœminatos tenent.* Item, ut Paulus addit 2. *Sentent.* qui corpore quæſtum fecerit, vel qui operas ſuas locaverit, ut cum beſtiis depugnaret in arena, vel qui (ut idem ait *libro ſing. de adult. auctoramento locatus eſt ad gladium*) Sic eſt legendum, non, *rogatus eſt*, Ubi (*ad gladium*) id eſt, ad ludum gladiatorium, ut in *l. 1. ff. de abig.* in reſcripto Adriani (*ad gladium*) Licinius Rufinus ad ludum gladiatorum, exponit. Qui ergo auctoramento locatus eſt ad gladium, id

eſt,

est, qui ultro se studio gladiatorio vendidit, ut cum gladiatoribus depugnaret, ut uri, vinciri, verberari, ferro necari posset, quam in rem, etiam se nominatim obstringebat: denique ut esset gladiator, hujus est fœdior conditio, quam illius, qui operas suas locavit, ut cum bestiis depugnaret. Auctoratus vero quodammodo it in servitutem voluntariam, & capite minuitur: ille vero tantum operas locat. Unde recte in veteribus glossis: *Auctoratus*, inquit, αὐθαίρετος ἑαυτον εἰς δοῦλον βάλλων κὴ μονόμαχος: *auctoratus*, inquit, *est is qui ultro se dat in servitutem, ut gladiator sit*. Nam qui Græcis μονόμαχοι, nobis sunt gladiatores semper. Hæ vero sunt omnes liberæ personæ, quæ a marito deprehensæ in adulterio, per legem Juliam possunt impune interfici, vel qualibet contumelia affici, veluti exsecto viro: Nam (ut ait *lex nec in ea lege, D. ad leg. Jul. de adult.*) *qui potest occidere, & multo magis qualibet contumelia afficere*. Uxorem autem deprehensam, per legem Juliam, marito non licet occidere ullo casu, cujuscunque conditionis sit: Sed occiso illo adultero, qui fuerit conditionis supradictæ, id est, qui fuerit ex numero eorum, qui ante sunt denotati, statim debet dimittere uxorem, & exigere foras, & profiteri (ut ex Paulo didicimus) in triduo proximo apud judicem competentem, se illum adulterum occidisse illo loco, puta domi suæ; sic impune occidet, ut subjicitur in hac *l. 4. quod lege factum est, permittente*, scilicet lege Julia, *pœnam non mereretur*. Et ita Fabius *Declamat.* 358. & 372. *quod lege factum est*, inquit, *lege vindicari non solet*. Et additur *in hac l. 4.* idem esse præstandum filiis mariti, qui talem adulterum jussu patris occiderunt, forte patre viribus lapso, vel non habente manus. Quod licet patri, licet etiam filio, imperante patre, quod demonstrat Seneca 1. *Declamat.* 4. & 2. *controvers. similiter* 4. At si alterius conditionis hominem liberum, vel non, domi suæ maritus deprehensum in adulterio uxoris interfecerit inconsulto calore quodam, forte (ut ponit hæc lex 4.) noctu deprehensum in adulterio uxoris, homicida quidem est, quia illicite occidit, quem non licebat occidere per legem Juliam, & tamen non tenetur pœna legis Corneliæ de sicariis, quæ est ultima pœna, id est, mors, vel deportatio, sed leviore pœna, puta relegatione in insulam salvo capite, & patrimonio: nam in exilium dare in fine hujus legis est relegari, non deportari. Est enim deportatio gravissima pœna, nimirum mors civilis, & capitis deminutio, relegatio non item. Ratio autem hujus constitutionis, cur maritus, qui interfecit deprehensum adulterum cum uxore, quem non licebat interficere per legem Juliam, quamvis fecerit homicidium, non tamen teneatur pœna homicidii, id est, lege Cornelia, sed aliquanto leviore, ratio redditur hæc in hac *l. 4.* quia nox, & justus dolor maritum excusat, nox auget crimen in adultero, minuit in marito, qui eum interfecit. Et sic evenerat in specie *h. l. 4.* ut noctu deprehenderetur, & interficeretur. Verum enimvero etsi interdiu, non noctu a marito deprehendatur, & interficiatur, justus dolor sufficit ad excusationem, & necem, quam intulit, allevandam: Nam & similiter indistincte legimus maritum, qui uxorem deprehensam interficit interdiu, vel noctu, sine distinctione, illicite quidem interfecisse, quia lex Julia non permittit marito uxorem occidere, sed adulterorum tantum certas personas, quas ante designavi, nec tamen ob uxorem illicite occisam eum teneri pœna *legis Corn. de sicariis*, sed in exilium dari, id est, relegari, vel quæ par relegationi pœna est, in opus perpetuum tradi, quæ est mitior pœna, quam sit statuta *lege Cornelia, l. 1. §. ult. D. ad leg. Cornel. de sicar. l. si adult. §. Imperatores, D. ad leg. Jul. de adult. l. 3. §. si maritus, D. ad Senatusc. Syllan.* Addita hac ratione, molliri pœnam, quod difficillimum fuerit marito, justum dolorem temperare, & quod puniatur magis, quod plus fecerit, id est, quod ultus se sit ultra modum, quam quod se ulcisci non debuerit. Justus ergo dolor solus sufficit levandæ pœnæ. Cur autem nox augeat crimen in adultero, eadem est ratio, quæ in fure: nam & adulterium furtum est, & difficilius est sibi cavere a nocturno fure, vel adultero (utrique amica nox est) quam a diurno, sive interdiario: qua ratione etiam durius agitur cum nocturno fure, quam diurno, Ulpianus notat interpres Demosthenis in orat. contra Timocratem. Et puto igitur in proposita utraque specie, levius esse puniendum eum, qui illicite nocturnum furem, vel adulterum occiderit, quam qui diurnum: Nam nec furem nocturnum hodie, nec adulterum non exceptum lege Julia licite occidimus, sive impune, nisi cum se telo defenderit, cum ipsemet intentat nobis necem: Nam in usu esse desiit lex 12. tab. quæ permittebat qualemcumque furem nocturnum occidere. Non est omittendum ad hæc ante legem Juliam, ut constat ex *fragment.* Marci Catonis, olim marito fuisse jus occidendæ uxoris deprehensæ in adulterio: quod ex lege Romuli cautum fuisse, qui scribunt nullum auctorem habent, quo id confirment, præter Dionys. Halicarn. quo in hanc rem abutuntur: quoniam mulctam tantum ex hac causa permittit marito, non necem. Quin & illud totum, quod iidem impostores scribunt lege Romuli quatuor casibus jus fuisse marito occidendæ uxoris, si prostravisset pudicitiam, si adulterasset, & secundo casu, si partum supposuisset, tertio, si claves adulterasset, ac si adulteratio clavium posset cadere in eam, quæ clavium est domina, & quarto, si vinum bibisset. Nam primus casus prostratæ pudicitiæ, jam a me submotus est. Et altero casu epoti vini tantum legimus apud Gellium lib. 10. mulierem, quæ vinum attigisset, fuisse existimatam, id est, notatam infamia, & mulctatam, nec tamen hoc esse ex lege Romuli usquam legimus. Nec moremur, etsi quidem severiores ob eam rem levicolam ferantur occidisse uxores suas, & vel ob cellæ vinariæ loculos resignatos apud Tertul. in Apologet. cap. 5. Et de partu supposito, vel clavibus adulteratis, quod adducunt, ut ex his causis mulier necari a marito possit, hunc errorem hauriunt ex Romulo Plutarchi, in quo tamen Plutarchus, non ex his causis dicit mulierem maritum necare, sed ἐκβάλλειν, id est, exigere domo, cum scilicet demonstrat, nulla ex causa posse divertere a marito lege Romuli, maritum autem posse eam expellere & dimittere ἐπὶ φαρμακίᾳ, si venefica fuerit, si veneno se appetierit. Quem casum illi nobiles scriptores veneni excogitati non debebant omittere. Sed hunc modum veterem Plutarchus exigendæ uxoris expoluit illo loco, ut scilicet exigatur, τέκνων ἀποβολῇ, non ὑποβολῇ, id est, abstractis e sinu ejus liberis, & domo facessere jussa, vel etiam ademptis clavibus, κλειδῶν ἀποβολῇ, ut ostendi ex Philippica Cicer. quem modum uxoris veneficæ, aut adulteræ exigendæ illo loco exponit: Nam hos tantum duos casus exprimit, quib. liceat viro uxorem repudio dimittere & exigere, & effecere ex illis alios duos casus, clavium adulterationem, & liberorum suppositionem. Post legem Juliam, quæ tamen diu permansit, obtinuit adversus eam ex Novella Majorani Imperatoris; ut scribit Papinianus *lib. respons. tit. de adult.* ut possit maritus deprehensum quemlibet adulterum, & uxorem in ipso actu, uno ictu & impetu, uno veru, æquali ira adversus utrumque sumpta, simul occidere, non aliter. Quod & ita lex Julia permiserat patri, deprehenso adultero filiæ domi suæ, generive sui, non etiam marito, *l. quod ait, §. ult. D. ad leg. Jul. de adulter.* Plus dedit patri, quam marito, quia nil putabat se patri dare, qui vix unquam est allaturus manus in filiam, quinimo propter filiam servaturus etiam adulterum, quod non possit alterum sine altero necare. Sed postea, ut dixi, idem jus datum est marito. Unde non est mirum, si ita Cassiodorus primo variarum præ amore pudicitiæ ferrum porrigere maritis, non est leges calcare, sed condere. Et *in can. inter. 33. qu. 2.* legem humanam, sive mundanam permittere marito uxorem deprehensam in adulterio sine judicio occidere.

Ad L. V. Adulter, post quinquennium, *quam commissum adulterium dicitur, quod continuum numeratur, accusari non potest, easque præscriptiones legibus reo datas, auferri non potest.*

EX lege quinta intelligimus, adulterum uxoris alienæ poſt quinquennium continuum a die criminis admiſſi, qui ſolet ſemper adnotari libello inſcriptionis, non poſſe accuſari: accuſatori adulteri obſtare præſcriptionem quinquennii, quod continuum numeratur a die criminis admiſſi. Speciale hoc eſt in crimine adulterii, ut finiatur, & obliteretur ſilentio quinquennii continui, ſi intra id temporis nemo adulterii accuſationem pertulerit, quia cetera fere omnia crimina durant annis 20. nec tolluntur igitur, niſi præſcriptione vicennii, *l. querela, inf. ad leg. Cornel. de falſ.* Crimen, quod objicitur adultero, tollitur præſcriptione quinquennii, ut in *hac l. 5. & l. 28. inf. l. miles, §. adult. l. mariti, §. hoc quinquennium, D. eod. l. 5. §. ult. D. ad leg. Jul. de vi publ.* Recte ait *hac lex 5. adulter.* Nam adultero accuſando lege Julia præſcripti ſunt 5. anni continui: adulteræ autem accuſandæ præſcripti ſunt ſex menſes, poſt quos adultera a nemine poteſt accuſari, *l. mariti, §. ſex menſium, L. eod. tit. l. 1. §. accuſationem, D. ad Senatuſconſ. Turpill.* Recte etiam *l. 5. a die commiſſi criminis*, quia de adultero accuſando loquitur, & adulteræ accuſandæ ſex menſes computantur, non a die criminis admiſſi, ſed a die divortii, *d. §. ſex menſium, & d. §. accuſationem.* Videamus quæ ſit ratio differentiæ inter adulterum, & adulteram. Eam explicabit altera differentia, quod adultera, antequam divortium factum ſit, a nemine accuſari poteſt, *l. 11. h. tit. l. conſtante, D. eod.* id eſt, conſtante matrimonio, neque poteſt maritus accuſare mores uxoris, quos probat, dum retinet, nec dimittit, neque extraneus poteſt quieſcens, bene conveniens, bene concordans matrimonium, & non improbatam viro uxorem inquietare, aut turbare. Proinde adultera, quandiu manet matrimonium, nec divortium intervenit, a nemine accuſari poteſt, niſi maritus prius lenocinii accuſetur, *d. l. conſtante.* Ergo non mirum, ſi in adultera ſex menſes numerantur a die divortii, a quo demum die crimen adulterii adverſus eam locum habere incipit. At adulter, etiam conſtante matrimonio, nec dum facto divortio, ab extraneo poteſt accuſari jure publico, etiamſi prius maritum non accuſet lenocinii. Et ita eſt manifeſte proditum *in l. vim, §. 1. ff. eod.* Et hoc genere (quod ait *l. 30. h. tit.*) alienum matrimonium fœdatur, & ſuggillatur, videlicet extraneo accuſante adulterum, manente matrimonio. Accuſatio adulteri eſt ſugillatio conſtantis matrimonii. Ergo, quia adulter ab extraneo accuſari poteſt ante factum divortium, ideo tempora accuſationis adverſus eum inſtituendæ, non a divortio, ſed a commiſſo crimine numerantur. Verum huic poſteriori ſententiæ vehementer obſtat *lex miles, §. volenti, D. eod. tit.* quæ dicit abſciſe, manente matrimonio, nec adulterum, nec adulteram accuſari poſſe, qui locus mirum in modum noſtros perturbat. Sed nil eſt verius, quam quod ſecundo loco tentavit Accurſ. *in d. l. vim, §. 1. ab extraneo quidem*, ut nominatim ait *lex vim*, adulterum poſſe accuſari conſtante matrimonio, etiam non facto prius marito reo lenocinii, ſed non ab ipſo marito: maritus quandiu retinet uxorem, nec adulterum poteſt accuſare. Et ut ita accipiam *§. volenti*, id eſt, de marito, non de extraneo, omnino perſuadent Baſilica, a quibus abeſt ille *§. volenti*. Sicut etiam ab eis abeſt *lex 11. h. tit.* quæ idem continet, & ut utraque abſit eadem eſt ratio, quia ſcilicet *Novellæ* 117. mulier coſtante matrimonio a marito adulterii accuſari poteſt, non ab extraneo, quod tamen *§. volenti & lex 11.* marito denegavit, & conſentit omnino cum *Novell. lex conſtante, D. eod. tit.* dum ait, *conſtante matrimonio, eum, qui extra maritum ad accuſationem admittitur*, id eſt, *extraneum non poſſe mulierem retentam in matrimonio adulterii accuſare*: bene, *extra maritum*. Nam maritus poteſt ex illa Novella, quare ea lex etiam non abeſt a Baſilicis: Nam Baſilica eas tantum leges prætermiſerunt, quas Novellæ abrogarunt. Recte etiam ait *h. l. 5. Continuum quinquennium*: nam adulteræ accuſandæ ſex menſes ſunt utiles, non continui: adultero accuſando quinquennium eſt continuum. Et l. 5. eſt de adultero, non de adultera. In adultera ſex menſes, qui præſcripti ſunt, utiles ſunt, non continui. Ita tamen, ut non poſſint excedere quinquennium continuum, *dict. §. ſex menſ.* Nam poteſt evenire, ut 6. menſes utiles protrahantur in decennium. Quidni? Unde ſic ſtatuamus. Communis eſt præſcriptio quinquennii continui adulteri, & adulteræ, ſi 6. menſes utiles trahuntur in longius tempus. Propria autem eſt adulteri præſcriptio quinquennii continui, & adulteræ 6. menſium utilium, ſi ſex menſium utilium brevius ſit ſpatium, quam quinquennii continui. Favet hac in re lex Julia feminæ plus, quam mari, data feminæ breviori præſcriptione temporis, id eſt, quæ poſſit eſſe brevior quinquennio continuo, nec longior quinquennio continuo, lege ſex menſibus utilibus dante finem certum. Utiles menſes ſunt, qui conſtant dieb. 30. utilibus ſinguli, & utiles dies ſunt, quibus accuſator accuſationis ſolemnia implere potuit, neque diſtrictus munere publico, ut *l. 15. & 21. hoc tit.* neque alio impedimento juſto, ut *l. miles, §. quidam, D. eod. tit.* & quibus in publico facultatem habuit adeundi judicis, ut in *l. ſeq. & in l. miles 60. D. eod.* quibus, inquam, in publico facultatem habuit adeundi judicis, & poſtulandi rei, & dandi libelli accuſatori (quod poteſt fieri de plano extra curiam & tribunal) etiamſi igitur iiſdem diebus non potuerit exercere judicium adulterii, id eſt, etiamſi dies judiciarii non fuerint, hi ſunt dies utiles.

Ad L. VI. Jure mariti adulterii *accuſare volenti, ſexaginta dies utiles computantur: quibus in publico ejus facultas fuerit, apud quem reus, vel rea poſtulari poteſt, & cum præterierint dies iſti utiles, maritus quoque jure extranei agere poteſt. Et qui confidit accuſationi, calumniæ notam timere non debet. Nam ad probationem ſceleris, divi parentes mei, quæſtionem de mancipiis eodem modo haberi permiſerunt, quaſi jure mariti ageretur.*

EX illis 6. menſibus a die divortii, intra quos adultera accuſanda eſt, primi duo menſes, id eſt, 60. dies utiles marito dantur ad accuſationem uxoris adulteræ, jure mariti, jure viri, vel patris, ad accuſandam filiam adulteram jure patris. Et hos 60. dies proculdubio (ut omnes ſciunt) intelligit Tacitus 2. Annal. quo loco maritus quidam dicit, *ſe in uxore adulterii manifeſta nondum omiſiſſe ultionem legis Juliæ, ſed ſibi datos 60. dies ad conſultandum, ad parandam, & inſtruendam accuſationem.* Notandum eſt valde, quod neſcio an adhuc quiſquam audierit, hodie jure mariti, aut patris adulteram tantum accuſari, quæ ſit uxor, vel filia accuſatoris, non (ut communis exiſtimatio eſt) adulterum: Nam & adulter patri, vel marito, & viciſſim pater, vel maritus adultero extraneus eſt. Et vulgo male legitur *in l. ſi adult. §. pen. D. eod.* libertum jure mariti patronum accuſare poſſe, ergo adulterum. Nam ea vox (*patronum*) abeſt a Florent. Digeſtis. Et debet igitur intelligi de patrona, quæ jure nupſit liberto, ut in caſu *leg. ſi patrona, D. de ritu nupt.* Patronam jure mariti accuſare poteſt. Patronum quis non poteſt accuſare, niſi jure extranei, atque ita famam ejus laceſſere, & exiſtimationem traducere, vel deprehenſum in adulterio occidere non poteſt, etiamſi ſit infamis, & propudioſus homo. Ergo hæc ſtet ſententia, jure mariti, vel patris accuſari tantum adulteram, non adulterum. Jus patris, vel mariti eſt privilegium, ut ait *d. l. mil. §. ſexaginta*, id eſt, ut eo jure præferatur maritus, vel pater aliis omnibus accuſatoribus, qui accuſare inſtituunt adulteram, cum ſcilicet agitur de eligendo accuſatore uno ex pluribus, de juſto accuſatore conſtituendo, quæ actio dicitur divinatio. Ergo jus mariti, vel patris, hoc eſt, ut præferatur ceteris omnibus accuſatoribus, *l. is cujus, §. pen. D. eod.* Sed cum pater, vel maritus ſimul veniunt ad accuſationem, tum maritus præfertur patri, quia veriſimile eſt, maritum propenſiore ira exſecuturum accuſationem, *l. 2. §. ult. D. eod. tit.* & mortuo marito intra 60. dies utiles, intra quos conſiſtit jus mariti, aut fa-

cultas

cultas accusandi jure mariti, tum succedit pater, & accusare potest jure patrio, *l. sed si maritus, ff. qui & a quib. manumiss.* jus etiam patris, & mariti hoc est, ut sine calumniæ pœna vincantur, id est, ut etiamsi non damnaverit ream non sufferat talionem, sive parem vindictam, quæ est calumniæ pœna, quod probat aperte *lex auxilium*, §. 1. *ff. de minor.* victum patrem scilicet, vel maritum, qui accusavit jure mariti, vel patris intra 60. dies utiles, non teneri calumniæ nomine. Et apertius Paulus *libro singul. de adulter: jure mariti*, inquit, *vel patris, qui accusat, potest sine calumniæ pœna vinci*. Et ratio est evidens, quia nec subscribit in crimen, *l. 30. h. tit.* Ex quo sequitur necessario, ut etiamsi desistat ab accusatione sine venia, id est, sine abolitione, non incidat in Senatusconsultum Turpilianum, quia generaliter verum est, eum, de cujus calumnia agi non potest, si vincatur, nec si desistat, incidere eum in Senatusconsultum Turpillianum, *l. in SC.* §. *ult. ff. ad Senatusc. Turpillian.* Et tamen (quod mirum est) aperte ait *l. is cujus*, §. *ult. D. ad leg. Jul. de adulter.* eum, qui accusat jure mariti, non evitare periculum calumniæ. Et similiter *lex pater*, *eod.* patrem sine calumniæ periculo non posse agere, quod utique est accipiendum de patre accusante jure suo, jure patrio. Pater ergo, qui accusat jure proprio, & privilegiario, non publico & communi, non accusat sine periculo calumniæ: verum facile est se ab hac difficultate expedire. Et primum placet, quod Paulus dixit supra, *eum, qui accusat jure mariti, vel patris posse vinci sine pœna calumniæ*, quod utique fiet, si bona fide instituerit accusationem. Sed contra etiam dicendum est, eum non posse vinci sine pœna calumniæ, puta si mala fide, & calumniandi animo, hoc est, vexandi innocentis mulieris causa prosilierit ad accusationem, & ob id *lex is cujus*, §. *ult. qui jure mariti accusat*, inquit, *periculum calumniæ non evitat*, id est, non omnino evitat. Evitat, si justo dolore, & falsa suspicione ductus accusationem instituerit: non evitat, si palam sit, eum instituisse calumniandi animo, scientem, non ignarum innocentiæ mulieris, si manifesta fuerit calumnia, quæ nunquam debet esse impunita in quoquam, ut *l. 2. in fine, sup. qui accus. non poss.* quam & in eam rem attulit recte Accurs. in hunc locum. Et ita ad *leg. pater*, dicemus, patrem non posse patrio jure agere sine periculo calumniæ, nimirum hoc esse verum, si calumnia fuerit evidens, si mala mente instituta sit accusatio, si simultate, & malevolentia arcessita sit accusatio. Et secundum hanc distinctionem etiam explicabo, quod ante dixi, eum, qui accusavit jure mariti, vel patris, si desistat, non incidere in Senatusconsultum Turpillianum, & legem Petroniam: utrumq; jus habet nomen a Petronio, & Turpilliano Consule. Eum igitur, qui accusavit jure mariti, vel patris, non incidere in Senatusconsultum Turpillianum, vel legem Petroniam, etiamsi desistat sine abolitione. Cui sententiæ adversatur *lex 16. hoc tit.* quæ dicit, eum, qui accusavit jure viri uxorem suam, si desistat sine abolitione, incidere in Senatusconsultum Turpillianum, & legem Petroniam, id est, in pœnam ejus legis, nec amplius ei superesse jus accusandæ adulteræ, quod & ita est proditum in *l. quæsitum* §. *ult. ff. eod.* Verum adhibenda est superior distinctio, ut, quo casu cum eo agi potest de calumnia manifesta si desistat, etiam incidat in Senatusconsultum Turpill. non etiamsi bona fide ad accusationem accesserit, quo casu nec calumniæ tenetur, nec si desistat, Senatusconsulto Turpill. Mittamus multas alias interpretationes hujus rei: Hæc est evidentissima, & tantum pro coronide adnotemus: Excepto patre, vel marito, qui accusat jure patris, vel mariti intra 60. dies utiles, ut hæc *l. 6.* declarat, alium, qui accusat jure extranei, id est, jure publico, vel patrem etiam ipsum, aut maritum, qui accusat jure extranei, post 60. dies utiles, post quos amisit privilegium suum, id est, jus mariti, vel patris proprium. Denique quicunque accusat jure extranei publico, etiamsi bona fide accesserit ad accusationem, non calumniandi animo, calumniæ teneri potest,

A & vinculo inscriptionis, sine qua non admittitur ad accusationem, nisi sit maritus minor 25. annis, qui accuset jure extranei, ut *l. 15.* §. *lex, ff. eod.* Unde Paulus recte supradicto loco *Pater, & maritus*, inquit *si jure extranei accusat, potest calumniæ pœna puniri, sed tantum post duos menses*. Verum hæc lex 6. addit, patrem, vel maritum, qui post duos menses accusat jure extranei, si confidat accusationi suæ, si credat se jure adulterum, non admodum debere timere periculum calumniæ, quandoquidem ex constitutionibus Severi & Antonini, quod etiam dixi in l. 3. & in caput adulteræ servi ejus torqueri possunt, quod non obtinebat l. Julia, ut scilicet torquerentur servi in caput adulteræ, aliquo accusante jure extranei. Sed hodie obtinet ex constitutionibus *l. extrario, ff. de quæst.* Ergo, *maritus*, inquit, *vel pater, qui* B *confidit suæ accusationi, audeat acccusare, quia etiamsi accuset jure extranei, perinde est, ac si accusaret jure mariti*. Hodie ex constitutionibus potest postulare servos uxoris exhibendos quæstioni, quod l. Julia tantum p stulare poterat, qui jure mariti, vel patris accusabat uxorem adulteram: hodie & qui jure extranei. Et ita est explicanda *l. 6.* Ex qua intelligimus post 60 dies utiles, id est, primos duos menses utiles, qui reservantur soli marito, vel patri, intra reliquos 4. menses (nam adulteræ accusandæ dentur 6. menses) maritum, & patrem, & alium quemlibet jure extranei, seu publico accusare posse adulteram, ut *l. 4.* §. 1. *& l. miles*, §. *sexaginta, ff. eod.* Post 6. menses elapsos utiles nemo admittitur in accusationem adulteræ.

C Ad L. VIII. Propter violatam virginem *adultam, qui postea maritus esse cœpit, accusator justus non est: & ideo jure mariti crimen exercere non potest, nisi puella violata sponsa ejus fuerat. Sed si ipsa injurias suas adsistentibus curatoribus, per quos etiam negotia ejus gerenda sunt, persequatur, præses provinciæ pro debita tanto delicto, si probetur, severitate examinabit*.

PRimum velim vos id mutare, & retractare, quod tentabam nudiustertius, jure mariti, vel jure patris accusari tantum adulteram, non adulterum: Nam in *l. si adulterum*, §. *pen. ff. eod.* licet absit vox, *patroni*, tamen & recte subintelligitur, patronum a liberto accusari jure mariti. Et hoc quoque, id est, etiam adulterum accusari jure mariti, satis aperte demonstrat *l. 6.* §. *ult. ff.* D *eod.* cum ait, *maritum, qui duos reos delatos habet ex alio, & alio crimine, posse tertium accusare jure mariti*. Et apertissime *l. 6. h. tit.* cum ait, *jure mariti reus, vel rea*. Ergo jure mariti fit non tantum rea, sed etiam reus: Hoc posito & absoluto, ad leg. 7. (quæ hoc etiam confirmabit) notandum est, jure mariti accusari non posse uxorem ex eo adulterio, seu stupro, quod commisit antequam esset uxor, *l. si uxor*, §. *si quis uxorem, &* § *pen. ff. eod.* jure extranei accusari potest, nisi vis ei sit illata, quia & de stupro judicium publicum est: jure mariti non potest. Cum ergo agetur de justo accusatore constituendo, qui postea maritus esse cœpit, non præferetur extraneo accusatori, si extraneus sit potior, & idoneior innocentia, & dignitate, vel ætate, vel opibus. Sed hoc ita verum est, nisi qui postea maritus esse cœpit, sponsus ejus fuerit eo tempore, quo stuprum passa est: Nam- E que in ea accusanda sponsus jus habet præcipuum, sponsus privilegium habet, & idem omnino jus, quod maritus. Denique jure mariti eam accusare potest ex rescripto Severi & Antonini *d. l. si uxor*, §. *Divus*, & §. *pen.* quia, ut ait, neque matrimonium qualecunque, neque spem matrimonii violare permittitur, & sponsalia sunt spes matrimonii, *l. 6. ff. de spons.* neque nuptam, neque speratam violare permittitur, aut neque hæc, neque illa pudicitiam suam prosternere debet, aut potest illæso sponso, vel marito. Unde quod ita Paulus scribit *libro singulari de adulteriis, in uxorem adulterium vindicatur jure mariti, non etiam in sponsam*, hoc est verum ex lege Julia, non ex rescripto illo Sev. & Ant. Et quod subjicit

jicit idem Paulus, *Severus quoque & Antoninus ita rescripserunt*, nimis est concisum. Ceterum quis non præsentiet eo significari, in sponsa quoque ex eo rescripto adulterium ita vindicari, id est, jure mariti. Idem caveri in *h. l.* plerisque videtur, quod illo rescripto Severi & Antonini. Sed non cavetur idem omnino, quoniam *h. l.7.* non quærit de puella, an possit accusari adulterii, vel stupri ab eo, qui postea maritus esse cœpit, qua de re est rescriptum Severi; sed quærit de illo, qui eam constupravit, an possit accusari jure mariti ab eo, qui postea maritus ejus puellæ esse cœpit. Et ad exemplum puellæ tamen ait, eum quoque non posse accusari jure mariti ab eo, qui postea esse cœpit maritus, nisi sponsus ejus fuerit tempore commissi stupri in puellam virginem, in innuptam. Ut igitur ex rescripto Severi puella non potest accusari jure mariti ab eo, qui post stuprum maritus ejus esse cœpit, nisi tempore stupri admissi sponsus ejus fuerit, ita stuprator ab eo non potest accusari jure mariti ex *h. l.7.* nisi eo tempore sponsus ejus fuerit. Et addit hæc *l.7.* etiam puellam ipsam agere posse in stupratorem de stupro sibi illato, cum esset virgo, licet nulla vis adhibita fuerit. Non est necesse, ut ponamus, quod Græci faciunt hoc loco, fuisse virginem tenellam, impuberem, immaturam viro. Nam etiamsi in virginem adultam commissum sit stuprum sine vi, in volentem, stuprum l. Julia vindicatur: quin imo ipsamet, licet vim nullam passa sit, queri ea de re potest, & cum stupratore expostulare, quod ab eo imminuta sit, & deintegrata, ut Cæcilius loquitur, præsentibus scilicet curatoribus, quoniam adolescentes non possunt accusare sine consilio curatorum, & præsentia, *l.2. ff. de accus.* Et hodie sine actoritate, *l.4. sup. de auct. præst.* Ergo in virginem cujuscunque ætatis commissum stuprum sine vi vindicatur, vel a puella ipsa, vel ab alio. In devirginatam autem, quæ virum est experta, non maritum, id est, quæ neque virgo est, nec vidua, veluti cum meretrice, stuprum non committitur, aut impune committitur, neque ab ea, neque ab alio vindicari ulla lege potest, *l.23. h. tit.* Et est illud crimen canonicum, non civile, ut recte Glossa in *Can. nemo 32. quæst.4.* quoniam id vindicat jus Canonicum forte, non jus civile. Denique id tantum stuprum vindicatur, quod in viduam, vel virginem committitur, non quod in non virginem nunquam legitimas nuptias expertam. Nec obstat, quæ posset obiici *l.20. h. tit.* quoniam non dicit eam, quæ pudorem suum prostravit alienis libidinibus, puniri stupri pœna, id est, non dicit, meretricem puniri stupri pœna l. Julia, sed eam leges ulcisci, quod honestioribus viris, veluti Senatoribus sit ejus nuptiis interdictum eadem l. Jul. quod palam corpore pecuniam quæsiverit, quod ea lex ait ad differentiam ejus mulieris, quæ vi compressa est, cujus nuptiæ nemini sunt interdictæ, cujus etiam fama manet integra, meretricis autem fama non est integra.

Ad L. VIII. Reos adulterii duos *simul, marem & feminam ex eadem causa fieri, lex Juliæ de pudicitia vetat, sed ordine peragi utrosque licet.*

SEquitur in *l.8.* quod altiorem indaginem requirit, commune crimen adulterii adversus duos, adulterum & adulteram lege Julia, jure publ. vel jure patris, aut mariti simul intentari non posse. Ita fuit cautum nominatim l. Julia, ne unus idemque accusator & adulteram & adulterum simul reum postularet adulterii, *l. vim, §. duos, ff. eod. l.1. §. atque in idem, ff. ad Senatusc. Turpill.* Sed *h. l.* ait, *utrumque ordine reum peragi debere*. Incipiet autem accusator a quo volet, si divortio facto, quod poni necesse est, vidua permanserit mulier. Hoc casu electio rei datur accusatori, *l. si maritus, §. pen. & ult. l. nihil, §. ult. ff. eod.* Quod si post divortium adultera alii nupserit, prius est peragendus, & condemnandus adulter, quam adultera, nec statim est lacessenda fama mulieris jam alii nuptæ: sed hoc casu ab adultero est incipiendum, nisi accusator ante secundas nuptias mulieri A denuntiaverit, ne nuberet: se eam adulterii in primo matrimonio commissi ream facere velle, *l.2. l.5. & l. miles, §. licet, l. vim, §. nupta, ff. eod. l.5. in fine, ff. de accusat. l.14. & 28. h. t.* In *l.14.* vel in *l. si dum*, ait, *si dum in tuo matrimonio uxor tua esset* (*sic est legendum*) *se adulterio polluit in ea provincia, in qua adulterium factum est, more solito persequi debes*. Quid sit more solito, mox explicat, dum ait, *nec enim ab ea, quæ jam nupta, &c.* .i. ita debes adulterum persequi, ut non incipias ab adultera quam domo exegisti, cum jam sit alii nupta, sed ab adultero, nisi denunciatio accusatoris præcesserit nuptias. Et secundum hanc distinctionem accipiendum est, quod in hac l. notant Basilica, hunc esse ordinem, ut incipiamus ab adultero, scilicet si jam alii sit nupta: nam si vidua permansit, electio est accusatoris a quo velit inci- B pere. Quamobrem tametsi quis a servo suo in uxorem suam adulterium esse commissum dicat, si modo ea mulier divortio facto perseveraverit in viduitate, hodie post rescriptum D. Marci, quo dominus non potest statuere sine judicio in servum adulterum, sed necesse habet eum accusare in judicio, si volet, poterit a servo incipere accusationem, *l.5. ff. de accusat.* At ante D. Marcum (quod notandum) quia domino licebat torquere, & punire servum suo arbitratu ex adulterio in uxorem suam commisso, tum rescripto D. Pii, qui fuit ante Marcum, declaratur, accusandam potius fuisse mulierem, quam torquendum servum pro libidine domini, in præjudicium mulieris. Et ita habita hac distinctione juris & Imperatorum, explicanda est *l. si quis adulterium, D. ad leg. Jul. de adulter.* Nunc ad hæc quæramus, cur com- C mune crimen incestus adversus duos simul ab eodem intentari possit, quod est certissimum, *l. qui pupillam, §. ult. l. vim, §. pen. eod.* Et tamen commune crimen adulterii adversus duos simul, marem & feminam, eodem tempore ab eodem intentari non potest. Vulgo non quæritur ratio differentiæ. At hac de re interrogatus, primum dicam, adulterii utcumque simul ab eodem reum fieri non posse, adulterum & adulteram, quia, ut ait hæc *lex octava*, hoc ne fiat lex Julia vetat nominatim: In crimine autem incesti, id nulla lex vetat, & ideo consequens est, nos in crimine incesti, quod lege exceptum non est, debere sequi jus commune, quo quidem est receptum, ut etsi non cogatur quis invitus plures simul ex communi crimine reos facere, *l. Divi Fratres, D. de accusat.* ultro tamen, & sua sponte plures ejusdem crimi- D nis reos simul facere possit in *l.1. sup. si reus, vel accus. mort. fuer.* Jus commune denique sequimur in crimine incesti, quia nulla lege est exceptum, non in crimine adulterii, nam lex Julia excepit, ne ab eodem fierent simul ambo rei, mas & femina. Nam & similiter in crimine adulterii servi torquentur in caput domini, quia hoc l. Julia permisit nominatim, *l. si postulaverit, §. haberi, eod.* In crimine autem incesti, licet sit gravius, vel in crimine stupri, servi non torquentur in caput domini, quia in eo crimine nulla lex id permisit, & ideo sequimur jus commune, & regulam juris, sive vetustissimum Senatusconsultum, *ne servi torqueantur adversus dominum*. Cur vero lex Julia noluerit in adulterio jus commune servari, id est, cur vetuerit ambos simul deferri adulterii reos? non hæc est ratio, ne traducatur par amantium, cum E traduci posset a diversis, alio scilicet accusante adulterum, & alio adulteram, *l. denuntiasse, §. quæritur, eod.* & ambo tantum prohibeantur adulterii postulari simul ab eodem, non a diversis. Sed ratio legis hæc est, ut cohibeatur nimium studium accusatoris, qui hac in causa uno reo non est contentus: Neque enim ex lege Julia tam est acerba hujus criminis executio, quam ceterorum. Nam & brevitate temporis constringit crimen, id est, quinquennio continuo, vel sex mensibus utilibus, & variis præscriptionibus crimen eludi patitur, *l.28. hoc tit.* & minores 25. annis, qui in aliis causis admittuntur, ab accusatione hujus criminis repelluntur, *l. si maritus, §. lex, eod.* nisi suam persequantur injuriam, id est, nisi suum matrimonium vindicent: Nam & ad suum matrimonium vin-

vindicandum etiam infames, & qui alias accusare prohibentur, admittuntur, non tantum intra primos duos menses, id est, intra sexaginta dies utiles, quibus agunt jure mariti, sed & intra reliquos quatuor menses utiles: mariti, qui alias accusare non possunt, accusare permittuntur, & suam injuriam persequi. Nam nunc de marito tantum accipi velim, quod ita Paulus scripsit *libro singul. de adulter. intra quatuor menses utiles expertus*, maritus scilicet, de quo ante dixerat, *licet talis sit, qui alias accusare non possit, ut libertinus, aut minor viginti quinque annorum, aut infamis, tamen ad accusationem admittitur*, quia suam vindictam exequitur. Et hoc habet intra quatuor menses utiles plusquam extraneus, licet non agat, nisi extranei jure: etiam hac in re, cum agit extranei jure, mariti conditio spectatur: hoc quia jam satis intelligimus, restat tantum, ut quæramus, an sicut, cum conjunctum est adulterio incestum, servi torquentur in caput domini, ut est scriptum in *l. vim, §. ult. ff. eod. l. si quis viduam, ff. de quæstion.* si agatur tantum incesti, non torquentur: si adulterii tantum, torquentur: si incesti adulterii, etiam torquentur: an etiam cum incesto junctum est adulterium, duo simul ab eodem uno tempore, unoque libello accusari possint, adulter & adultera: quod definitum non invenitur. Et tamen dicam posse, si agatur incesti, ambo in accusatione jungi possunt: si adulterii, jungi non possunt: si incesti adulterii, dico in accusatione jungi posse, quoniam quoties utrumque simul crimen concurrit, id semper sumimus, quod in altero e duobus durius est jure constitutum: ut similiter, si incesto junctum sit adulterium, dicimus crimen non tolli præscriptione quinquennii, vel sex mensium: si agatur incesti & adulterii, sane non tollitur illa præscriptione, sed tantum vicennii: si adulterii tantum agatur, tollitur præscriptione quinquennii, quia sumimus, quod in alterutro crimine est durius constitutum, *d. l. vim, §. præscriptionem.* Et ita si incesto junctum sit adulterium, & sit incestum, quod committatur jure civili, veluti cum sororis filia, non jure naturali, non jure gentium, veluti cum parentibus, vel iis, qui parentum loco sunt: si igitur incesto jure civili junctum sit adulterium, ignorantia non excusat mulierem, quod tractatur in *l. si adul. cum incestu, ff. eod.* Si commissum sit tantum incestum jure civili, ignorantia excusat mulierem, quia potest jus civile ignorare, si tamen adulterium sit commissum, eam non excusat ignorantia, quia adulterium jure naturali, sive gentium est probrum, *l. probrum, ff. de verb. sign.* Lactant. 6. Inst. *Corrumpere*, inquit, *alienum matrimonium etiam omni gentium jure damnatur*. Et Cassiod. de adult. 1. variarum, *Omnibus*, inquit, *animantibus inimicum est, quod lege naturali damnatur: & mulieri non licet jus naturale ignorare, nec ulli alii*, quod insitum est, & inhæret mentibus nostris, *l. 2. sup. de in jus voc.* Et Menander, οὐκ ἔστιν τοὺς φύσεως λαθεῖν νόμους. Quod si incesto jure civili junctum sit adulterium, etiam dicam consequenter superioribus, ignorantiam non excusare mulierem, quia semper sumimus, quod est gravius crimen, quodve in alterutro e duobus criminibus durius jura constituerunt.

Ad L. IX. Castitati temporum *meorum convenit, lege Julia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perseverare: qui autem adulterii damnatam, si quocunque modo pœnam capitalem evaserit, sciens duxerit uxorem, vel reduxerit, eadem lege ex causa lenocinii punietur.*

LEX 9. hujus tit. est de pœna adulterii: de ea igitur nobis hodie tractandum est. Et non fuisse eam capitalem leg. Julia, id est, non irrogasse mortem, vel deportationem, facile credo: tum quia, ut heri dicebam, ex ea lege non fuit tam severa hujus criminis executio, quam ceterorum: tum etiam, quod nominatim Græci interpretes ad *l. transigere, sup. de transact.* scribunt, adulterium non fuisse capitale crimen secundum veteres leges, nec secundum constitutiones Hermogeniani & Gregoriani Codicis: κατὰ τοὺς παλαιοὺς νόμους, καὶ τὰς ἐν τῷ Ἑρμογενιανῷ καὶ Γρηγοριανῷ διατάξεις. Sed dico hoc non efficere necessario caput legis Juliæ, quo vetamur damnatam adulterii uxorem ducere, vel reducere, *l. mariti, §. 1. ff. eod. l. 1. §. 1. ff. de concub.* quia addi potest hæc conditio, quæ additur in *h. l. 9.* si quocunque modo capitalem pœnam evaserit, gratia scilicet, vel legis auxilio, ut ait *l. denuntiasse, §. ult. ff. eod.* præscriptione, vel excusatione aliqua legitima. Ergo apposita simili conditione licebit mihi semper intelligere damnatam adulterii, quæ quocunque modo evasit capitalem pœnam, exemplis etiam sumptis ex variis auctoribus, quæ etiam suppetunt innumera, si quis utatur, quib. doceatur, relegatos fuisse plerosque adulteros & adulteras, quæ est mitissima pœna, quia caput non minuit, id est, neque libertatem, neque civitatem adimit, neque etiam adimit bona: sed qui relegatur, amovetur tantum e conspectu, & amandatur. Contra vero proferam multa alia exempla, quibus probabo, etiam plerosque adulteros fuisse morte mulctatos, ut Julium Antonium, & alios plerosque ex adulterio commisso in filiam Augusti, uxorem Tiberii apud Dionem 55. quanquam & ex eodem adulterio addat, & plerosque alios fuisse relegatos, ex quib. proculdubio fuit Ovidius: quod non viderit quidquam, vel quod scripserit artem, sed quod solebat cum Julia. Melius vero probabo adulterii pœnam non fuisse capitalem ex l. Julia, *l. si quis viduam, ff. de quæst.* qua duplex crimen incesti & adulterii deportatione vindicatur, quod argumentum præbet, simplex adulterium vindicari molliori pœna, quæ post deportationem utiq; est relegatio. Idem etiam bellissime ex eo probari potest, quod lenocinii pœna, quæ eadem est, quæ adulterii, *l. 2. §. lenoc. l. qui domum, ff. eod. l. auxil. ff. de min.* in milite exauctoratio, & deportatio est, *l. mil. init. ff. eod. tit. de adult. coerc.* quia sc. in milite exasperatur crimen, ut de crimine majestatis dicitur, *l. 7. §. ult. ad leg. Jul. majest.* cum scilicet, ut ait, miles violavit statuas & imagines principis, & intelligit imagines, quæ sunt in signis militaribus. Unde & in exercitu imaginarii sunt apud Vegetium, qui Imperatorum imagines portant, & primam cohortem, *Imagines*, inquit .i. *divina, & præsentia signa venerari*. Tertul. in Apol. *Religio castrensis signa veneratur, & imaginum suggestus insignes*. Verum ad rem, sic argumentor: si, ut solent cetera crimina, ita in milite crimen adulterii exasperatur, propter quod miles deportetur in insulam, consequens est in pagano mitius adulterium vindicari. Non potest autem mitius, nisi vel relegatione, vel damnatione in opus publicum: vel mulcta aliqua majore pecuniaria. Fateor igitur l. Juliæ de adulteriis pœnas non fuisse capitales, sed non nego etiam, quin fuerint tamen plerique adulteri ex speciali quadam causa, & peculiari, vel extra ordinem capite damnati, ut ille Jul. Antonius, quod soleret cum filia Augusti spe occupandi imperii. Si qui igitur sunt capite damnati, id factum est extra ordinem motu principum, & tandem constitutionib. principum, maxime iis, quæ sunt in Cod. Theod. adulterium factum est capitale crimen .i. quod in quibusdam reis tantum principes fecerant capitale, id tandem in omnib. reis factum est capitale novissimis constitutionibus. Et Imp. quidem Alexand. in *h. l. 9.* quia jam pœna adulterii exolescere incipiebat, & l. Jul. dormire, ut Satyricus loquitur, sicut Appianus in Lybico: κοιμάσθων οἱ νόμοι τήμερον: *Dormiant*, inquit, *hodie leges*, ait Alexand. in *h. l. castitati*, disciplinæ, sectæ suorum temporum convenire, ut adulterii damnata in pœnis legitimis perseveret, nec exolescant pœnæ adulterii legitimæ, ut perseverent, ut quæ damnanda est adulterii, damnetur pœnis legitimis, & adeo capite plectatur, sicut plerunque principes solebant decernere. Verum addit hæc lex, quæ ita explicanda est, is, qui forte non damnatam capite, quia scil. evasit aliquo modo, & elusit crimen aliquo modo: is, inquam, qui non damnatam capite duxerit, vel reduxerit uxorem, ut relinquatur pœnis l. Juliæ, quæ non sunt capitales, tanquam leno. Et ita est explicanda *h. l. 9.* cui addi velim, quod est proditum in extremo *l. 30. inf. sacrilegos nuptiarum puniri gladio*, & quod in *l. transigere, sup.*

de

de trans. adulterium esse capitale crimen .i. irrogare pœnam sanguinis, pœnam ultimam. Nam in *l. transigere*, capitale crimen specialiter accipitur pro eo, quod infert mortem reo, licet generaliter etiam capitale dicatur, quod infert deportationem, quia caput eximit de civitate: deportatio cum publicatione omnium bonorum, & est quasi mors civilis. Item quod est in *l.4. C. Th. quorum appellat. non recip.* longe amplius sacrilegos nuptiarum tamquam manifestos parricidas, vel culeo insuendos, vel exurendos esse. Et quod *l.2. C.Th. de indulgent. criminum*, quinque crimina potissimum esse capite luenda, majestatis, homicidii, veneficii, adulterii, raptus. Item addi velim etiam, quod auctores multi, qui sub Imperatorib. fuerunt, adulterii crimen capitale faciunt. Arnob. 4. *adversus gentes*: *Adulterium*, inquit, *leges vindicant, & capitalib. afficiunt eos pœnis, quos in aliena comprehenderint fœdera genialis se lectuli expugnatione jessisse*. Et Apulejus 9. Metamorph. *Ne juris quidem severitate, lege de adulteriis in discrimen vocabo capitis*. Et Salvianus 7. de providentia Dei: *addiderunt*, inquit, *ad libidinem comprimendam severas pudicitiæ leges, decretorum gladio impudicitiam coercentes, ut puritatem utriusque sexus, & domi connubii servaret affectus, & in publico metus legum*. Sub Valentiniano etiam ex Ammiani Marcellini 28. *intelligimus Cethegum Senatorum quendam reum adulterii delatum periisse abscissa cervice*. Sic igitur statuamus: l. Julia crimen adulterii non fuisse capitale: constitutionibus quorundam principum primum, etiam vetustiorum, & Augusti ipsius auctoris legis Juliæ fuisse capitale, & tandem constitutionibus ad unum omnium.

Ad L. X. De crimine adulterii *pacisci non licet: & par delictum est accusatoris prævaricatoris, & defugientis veritatis inquisitionem: qui autem pretium pro comperto stupro accepit, pœna legis Juliæ de adulteriis tenetur.*

IN hac l. 10. proponitur initio, de crimine adulterii pacisc. non licere .i. non licere per l. Juliam, quia lex Jul. excipit nominatim, ne accusator cum reo adulterii paciscatur, vel transigat. Liceret, si lex non excepisset, sicut M.Tull. ait pro Balbo, *si exceptio facit, ne liceat*, inquit, *ibi necesse est licere, ubi non est exceptum*. Liceret ergo pacisci, vel transigere de adulterio, si l. Julia hoc non excepisset: sicut & de alio quocunque crimine capitali transigere licet, *l. transigere, sup. de transact.* quia, ut alias dixi, omnis est ratio honesta servandi sanguinis, & expediendæ salutis, *l. 1. ff. de bon. eor. qui sibi mort. consc. l. ult. ff. de prævaric.* At non licet transigere de adulterio, quia id l. Julia excipit: nec ea exceptio constitutionib. est abrogata, licet pœna, quæ non erat capitalis, constitutionibus versa sit in capitalem pœnam: l. Jul. sublata est: exceptio tamen illa non est sublata. Hinc fit, ut etiamsi adulterium hodie sit capitale, non possit tamen de eo transigi, & possit tamen de alio quolibet capitali, quia exceptio l. Juliæ, quæ non est abrogata sicut pœna, facit ne liceat transigere: non est quærenda alia ratio: Nam ne dicas exceptionem abrogatam esse per consequentias, quia nil legum abrogatur, vel derogatur per consequentias, vel per Satyram: fateor esse consequens, ut si adulterium sit capitale, liceat de eo transigere, quoniam omnis est honesta ratio redimendi sanguinis, sed tamen non admittimus hanc consequentiam, quia l.Jul. vetat transigere. Cui capiti non est nominatim derogatum ulla constitutione: qui aliam quæsierit rationem idoneam adulterii excepti, frustra fuerit diligens. Merito autem l.Jul. exceperat, ne liceret transigere, vel pacisci de adulterio, quia ex ea lege adulterium non erat capitale: & turpe est pacisci de crimine non capitali: nam hoc non est tam pacisci, quam fateri crimen, *l. si quidem, sup. de contrah. stipul.* & in criminibus, quæ non sunt capitalia .i. ex quib. pœna mors non est, ut ait *h. l.* 10. par est delictum accusatoris, prævaricatoris .i. qui se vinci patitur cum reo ex compacto, habito colludio, & rei fugientis veritatis inquisitionem. Jamdiu emendavi, *rei fugientis*, pro *refugientis*: & *rei fugientis*, recte: Nam

A & in *l. Imperatores, D. de jure fisci*, reus, qui paciscitur cum adversario, vel corrumpit judicem, dicitur omittere, seu fugere causæ inquisitionem. Par ergo est delictum accusatoris, qui prævaricatur, & rei, qui fugit veritatis inquisitionem in crimine non capitali. Ergo punitur uterque propter pactionem, vel transactionem illicitam. At hodie adulterio facto capitali, nec tamen de eo permissa nominatim transactione, sed manente exceptione l. Juliæ, ne de eo transigatur, dicemus in aliis criminib. capitalibus non esse par delictum accusatoris, prævaricatoris, & rei fugientis veritatis inquisitionem: prævaricatorem .n. puniri Senatusc. Turp. reum, qui transigit, & pecunia, aliave pactione vitam suam tuetur, & redimit, non puniri. In adulterio tamen, licet hodie sit capitale, par esse utriusque crimen, & utrunq; puniri. Et ita est explican-
B da prima pars hujus legis. Altera pars & ultima, quæ etiam vulgo male explicatur, sic est intelligenda, ut l.Jul. puniatur is qui pro comperto & deprehenso stupro pretium accipit. In hac parte jam non loquitur de accusatore, ut in prima, sed de eo, qui deprehendit adulterum ἐν ἔργῳ, & dimittit, accepta, vel promissa, & cauta pecunia, ut *l. mariti, §. 2. ff. eod.* Hoc vero casu non punitur adulter deprehensus, qui se redemit, ne proderetur, & accusaretur, vel ne occideretur in ipso actu, quia non corrupit judicium, sicut ponitur in prima parte, prævaricatum fuisse accusatorem, quod non fit, nisi corrupto judicio. Hoc ergo casu, de quo in secunda parte hujus legis, non punitur adulter, sed qui accepit pretium pro comperto adulterio, is solus punitur non capitali pœna, sed l.Julia, ut ait. Et huc pertinet *l. nec timor, & l. isti quidem, ff.*
C *de eo quod met. caus.* Gratis quidem qui dimittit deprehensum, non punitur, *d. l. mariti, §. plectitur*, sed is solum, & solus punitur, qui deprehensum dimittit turpiter, accepta pecunia, & relinquitur pœnis legis Juliæ.

Ad L.XII. Etsi crimine adulterii *damnatus, restitutus non esset, ut proponis, si tamen soror tua, cum qua adulterium commissum dicebatur non est accusata, nec pœnæ, nec infamiæ subjici potuit, & multo magis cum & accusatorem vita esse functum proponas.*

LEX *etsi crimine* vulgo male Alexandro adscribitur: est enim Gordiani, ut tres, quæ sequuntur, ut *l. adulter. & l. si d. m, & l. si quondam*, & scripta est de adultero, & adultera ad fratrem adulteræ. Sententia autem
D ejus hæc est. Nemo potest marem & feminam simul accusare adulterii. Finge me priorem accusasse adulterum, & condemnasse, & cum superesset, ut adulteram quoque accusarem peracto adultero, me vita decedisse nondum instituta accusatione adversus adulteram. Quæritur, *an condemnatio adulteri adversus quam in integrum restitutus non est, mulierem subjiciat pœnæ & infamiæ, quæ non est accusata?* Et l. definit, condemnato adultero, mulierem per eum non condemnari, per se quemque damnari debere, non per alium. Dubitandi ratio erat, quia contrariorum eadem est ratio: ergo absolutionis & condemnationis, atquin absoluto adultero, adultera per eum vincit, & ultra accusari non potest, *l. denunt. §. ult. ff. eod.* Unde videtur dicendum etiam condemnato adultero, adulteram per eum vinci. Sed respondeo, eandem ra-
E tionem esse absolutionis & condemnationis: Nam sicut per adulterum adultera non condemnatur, ita etiam per adulterum absolutum, adultera non absolvitur, quæ vidua permansit, & statim accusari potest. Sed in adultera, quæ divortio facto alii jam nupsit, iterum distinguimus inter condemnatum adulterum, & absolutum: quoniam prius condemnato adultero, ipsa statim accusari potest, vel si non accusetur, manet immunis & innoxia: absoluto autem adultero, quæ jam alii nupta est, non potest accusari, quandiu est in secundo matrimonio. Ceterum postquam desiit esse in eo matrimonio, puta morte mariti, accusari potest: interim parcimus nuptiis in accusatione adulterii in honorem matrimonii bene convenientis cum secundo viro, non etiam eam omni-

no abſolvimus, quod pridem abſolutus fuerit reus, quandoquidem ubicunque nupta eſſe deſierit ſecundo viro, accuſari poterit, *l. adult. in fi. ff. eod.* Intelligimus etiam *ex h.l.* damnatum, vel damnatam adulterii ſubjici pœnæ l.Jul. vel conſtitutionum, ſubjici etiam infamiæ. Dico damnatum, vel damnatam adulterii, hoc ipſo verbo damnationis, quod ſcil. judex tantum poſuerit in ferenda ſententia, eum eamve convictam eſſe adulterii: puta hoc modo: illum, vel illam in legem Juliam de pudicitia peccaſſe videri. Hanc pronuntiationem tacito jure ſtatim ſequitur, etiam pœna non expreſſa, ſed legitima ac uſitata, & infamia. Et hoc eſt quod ait *l. caſtitati, ſup.* damnatam adulterii, illo ſcil. modo, quem expoſui, perſeverare in pœnis legitimis, damnatam adulterii ſequi ſtatim pœnas legitimas, etiamſi in damnatione non fuerint expreſſæ nominatim, quoniam lege, quæ damnantur, nominatim ſatis ſunt expreſſæ, nec mutari legis pœnæ poſſunt, niſi cum extra ordinem agitur. Damnatus igitur, vel damnata judicio adulterii, ſubjicitur infamiæ. Nam & quocunque judicio publico damnatus ex edicto prætoris infamis fit. Unde non mirum, ſi dicatur is qui inſtituit accuſationem adulterii famam laceſſere ejus, quem accuſat, *l. ſi adulterium cum inceſtu, §. pen. eod. tit.* Apulejus 6. Metamorph. *Quod contra leges,* inquit, *ipſamque Juliam, & diſciplinam publicam turpib. adulteriis, exiſtimationem & famam meam læſiſti.* Et hoc dico tantum de damnatis: damnatos adulterii eſſe famoſos ipſo jure: non idem dico de deprehenſis. Nam deprehenſus in adulterio nec damnatus, damnatave, ipſo jure non eſt infamis. Nec obſtat caput leg. Juliæ, quod proponitur in *l. palam, §. quæ in adult. ff. de rit. nupt.* quoniam pertinet tantum ad nuptias interdictas Senatorib. cum adulteris, non tantum quæ damnatæ ſunt, quæ ipſo jure ſunt infames, ſed etiam quæ deprehenſæ non damnatæ ſunt, quæ etſi ipſo jure non ſint infames, i. ex edicto Prætoris, vel ex l. Julia, tamen reipſa & facto ipſo, & opinione hominum ſunt infames, & agunt ſe indignas connubio Senatorum: Nam non errant Doctores noſtri, qui aliam faciunt infamiam juris, aliam facti infamiam.

Ad L. XIII. Adultera, ſi poſteaquam *crimen contra eam inchoatum eſt, provinciam exceſſerit, etiam abſentem inter reos recipi poſſe explorati juris eſt.*

SEquitur *l. adultera*, quæ ait, abſentem inter reos recipi poſſe, & hoc eſſe explorati juris: atqui & hoc explorati juris eſt, abſentem accuſari non poſſe, *l. 15. h.t. l. 6. ſup. de accuſ.* vis accuſationis eſt relatio inter reos. Quæ non poteſt accuſari, quomodo poteſt referri inter reos? non poteſt accuſari. Ergo non poteſt referri inter reos, quia modus & via referendi inter reos eſt accuſatio. Ideoque recte lex adjicit, *poſtquam crimen contra eam inchoatum eſt*, præſentem ſcilicet, poſtea abſentem inter reos recipi poſſe. Plerique Codices habent, *poſtquam crimen contra eam prolatum eſt*, nil refert. Græci (*inchoatum eſt*) & cum Græci, tum Latini (*poſtquam crimen contra eam inchoatum*) ſic interpretantur, poſt litem conteſtatam, quod placet ſatis. Inchoatur ergo crimen, id eſt, quæſtio criminis, ſive accuſatio litis conteſtatione: perficitur autem damnatione, *l. 14. in fin. ff. de bon. lib. l. 1. ſup. ubi de crimin. agi oport.* Proinde ante litem conteſtatam nemo abſens inter reos recipi poteſt, quod eſt ex conſtitutionibus principum. Nam olim moris erat etiam lite non conteſtata poſtulare reum abſentem, quod eſt poſtulare inter reos recipi, *l. vim, §. in matrimonio, ff. eod.* ut in auctoribus alienis ſæpe accuſator poſtulat recipi nomen rei, idque poſtulat duobus modis: vel querela depoſita apud acta, *l. 8. ſup. de accuſ.* vel porrecto libello accuſationis, id eſt, delationis & inſcriptionis, *l. mariti, §. pen. ff. eod.* ſine judicio & de plano. Aliud enim eſt poſtulare reum, aliud judicium exercere, *d. l. mariti, §. quinquennium*: aliud poſtulatio, aliud accuſatio, *l. ſi adulterium cum inceſtu, §. ult. eod.* poſtulationem rei ſequitur judicium, quod olim etiam in abſentem in-

A dicta cauſa exercebatur, & peragebatur: atque ita etiam abſentis nomen olim inter reos recipere licebat, ac deinde relatum abſentem inter reos condemnare, ut Verres, & pater, & amici ejus contendebant licere, & fieri ſolere in cauſa Sthenii Thermitani apud Cic. Et ita eſſe, argumento eſt *l. Memmia apud Valerium 3. cap. 7.* de M. Antonio abſente inceſti poſtulato, quoniam ea l. eorum tantum, qui reip. cauſa abeſſent, nomina recipi vetabat inter reos. Si exceptio l. Memmiæ facit ne abſentes reip. cauſa inter reos recipere liceat, alios igitur, qui excepti non ſunt, etiam abſentes recipere licet. Et eadem eſt exceptio in l. Julia de adult. ne quis abſentem reip. cauſa non detrectandæ legis Juliæ cauſa, id eſt, vere abſentem reipub. cauſa referat inter reos adulterii, quod generaliter proditum eſt in *l. hos accuſare, ff. de accuſat.* accuſa-
B ri non poſſe eum, qui reipublicæ cauſa abeſt, vel magiſtratum urbanum, aut provincialem, vel legatum municipiorum miſſum in urbem, vel ad principem, quo jure etiam M. Tull. *libro de jure dicundo*, ſive in juriſdictione Sicilienſi, ſcribit damnationem Dolabellæ fuiſſe reſciſſam, quod reus factus eſſet, cum ei legatio Romam a ſuis civibus eſſet data. Ii ergo ſoli abſentes, ne inter reos referantur, inveniuntur legibus excepti, qui ſunt abſentes reip. cauſa, vel ſui municipii cauſa, & proculdubio loquuntur leges de iis, quibus nunquam denuntiatum eſt crimen, vel quibus cum lis conteſtata non eſt: ut id plane indicent, poſſe etiam abſentes inter reos referri, niſi abſint reipublicæ cauſa. Hodie vero ex conſtitutionib. abſens non refertur inter reos, niſi in jus vocatus & exhibitus, & apud judicem lis cum eo conteſtata fuerit,
C quod fit propoſita & fundata accuſatione, & interrogato auditoque reo, & excuſſis præſcriptionibus, quæ reo competunt, *l. ſi maritus, §. præſcriptiones, ff. eod.* quæ lex in *§. legis*, id probat, quod ante dixi de abſente Reipublicæ cauſa, quem lex Julia vetat recipi in reos. Excuſſis, inquam, præſcriptionib. rei, veluti excuſſa præſcriptione temporis, intra quod accuſatio eſt proponenda, excuſſo jure accuſatoris, *l. adulterii, inf. hoc tit.* Et ita inter accuſatorem & reum a judice cognitione ſuſcepta, ut in *l. inter, D. de public. judic.* ſic lite conteſtata, deinde recipitur rei nomen inter reos, ſic fieri dicitur reus, agi reus, peti reus: nec alio quoquam genere, præterquam iſto, id eſt, lite conteſtata & diſceptata utrinque, proprie reus fieri dicitur, vel agi, vel peti. Notus eſt omnibus locus Aſconii Pediani, reum fieri, cum in jure legibus reus interro-
D gatur, accuſatore objiciente crimen: veluti, ajo te cum illa adulterium commiſiſſe: & reo vel tacente (quo caſu, ut idem ait, taciturnitas pro confeſſione habebatur, ut accidit in aliis quoque partibus juris) vel negante reo, & accuſatore petente diem inquirendi criminis. Poſtquam diſceptationem & conteſtationem (ut idem ait) inſtituebatur accuſatio. Quid? inſtituebatur, quæ jam ante erat inſtituta: Sed inſtituebatur, id eſt, inſtruebatur probationibus, ut in *l. 2. §. ult. ff. eod.* accuſationem parante, & probationibus inſtituente & muniente. Et ſane etiam illo Aſconii loco Budæus legit, *inſtruebatur*. Denique propoſitam & accuſationem fundatam, id eſt, lite conteſtata, ſequebatur inquiſitio criminis, & inſtructio accuſationis: neque tamen ſtatim inſtituebatur, ſed eo demum die, quo quis reum fecerat lite conteſtata, a
E judice relato inter reos, id eſt, nomine ejus relato inter reos, in numerum reorum, in album reorum. Tacitus 2. Annal. *Crimen, & accuſationem, tanquam adverſus receptos jam reos inſtruebat.* Jam ergo licet dicere hanc eſſe ſententiam *hujus l. adult.* reum, cum quo lis conteſtata eſt, etiamſi mox abeſſe cœperit, a judice abſentem inter reos referri poſſe: dico & damnari poſſe ad extremum citatum per triduum, nec obtemperantem, ut *d. l. inter, de pub. judic.* Nam vix eſt, ut inter reos recipi poſſit, qui non & damnari, vel abſolvi, hoc eſt, reus peragi poſſit. Unde quæramus quid fiat illo, cum quo lis conteſtata non eſt, cujus crimen nunquam eſt denuntiatum, ſed tantum delatus & poſtulatus eſt, ἐκ τοῦ μονομεροῦς, id eſt, ex una tantum parte, invocata & inaudita altera. Et hunc

non

non dicam inter reos abſentem recipi poſſe, quoniam ſi poſſet inter reos recipi, & inter reos peragi poſſet, id eſt, damnari, ut initio congrueret exitus. Abſens relatus eſt inter reos jure, damnabitur ergo etiam abſens, & reus peragetur jure: atqui non poteſt ille damnari indicta cauſa, *l. abſentem, ff. de pœn. l. 1. ff. de req. vel abſentib. damnand.* Ergo nec recipi inter reos. Non dico igitur illum ſimpliciter recipi inter reos, ſed tantummodo adnotari requirendum, ut *l. 6. ſup. de accuſ.* adnotari inter reos requirendum, ut *l. ult. inf. de requir. reis*: hoc eſt, fieri requirendum, ut Græci hoc loco, & *l. 1. inf. de requir. reis*, non accuſari, & fieri reum, ſed fieri requirendum, quæ duo differunt. Requiſitum autem, & inventum, & exhibitum, tunc demum judicio accepto accuſari, & fieri reum, & recipi inter reos, vel in reos. Promiſcue dicimus recipere, & referre inter reos, vel in reos, ut *in l. hos accuſare, §. hoc beneficio, ff. de accuſation.* qui §. eleganter docet, receptos in reos, ſi interveniat abolitio publica, & indulgentia reorum, quæ eximat eos ex reis, ſuſpenſo crimine ad tempus, non extincto (nam abolitio, vel exemptio ex reis non exſtinguit crimen, ſed tantum abſolutio, vel mors opportuna rei) Eos, inquam, non poſſe repeti poſt trigeſimum diem, ut jure eſt conſtitutum, quorum nomen exemit de reis indulgentia publica, aut hilaritas publica, videlicet ſi intra diem illum Reipublicæ cauſa abeſſe cœperint. Et ita, quod notandum, abſens reipubl. cauſa, neque peti, neque repeti reus, aut referre inter reos poteſt, quamdiu abeſt reip. cauſa. Et his omnib. colligo, eos tantum fieri requirendos, cum quibus lis conteſtata non eſt: eos autem fieri reos, cum quib. lis conteſtata eſt. Unde cum Græci ponant recte in ſpecie hujus legis, cum adultera litem fuiſſe conteſtatam: Non tamen recte interpretantur (*recipere inter reos*) facere requirendum: quia non qui reus factus eſt, ſed qui nondum factus eſt reus, fit requirendus: reus proprie fit litis conteſtatione, & relatione inter reos, & ita reum factum Joannes recte accepit, *l. 5. ff. de pub. jud.* & ita quoque accipere neceſſe eſt *l. 2. §. extran. ff. de adult.* dum ait, *extraneum reum factum* .i. *receptum inter reos, accuſanti marito non objicere præſcriptionem lenocinii*: quod ita explicandum patet ex *l. ſi marit. §. præſcriptiones, ff. eod.* At non nego, quin etiam improprie dicatur reus factus, qui tantum poſtulatus eſt *μονομερῶς* .i. cum abeſſet. Et hac diſtinctione adhibita horum verborum (*reum facere*) concilianda eſt *l. ſi interveniente* cum *l. pen. ff. ad Senatuſc. Turp.* ut *l. ſi interv.* loquatur de receptis inter reos, ad quos pertinet abolitio publica, adeo ut accuſator, ſi eos non repetat poſt 30. dies, non incidat in Senatuſc. Turp. lex autem pen. loquatur de reis poſtulatis tantum (*ſi reum*, inquit, *fecit*) id eſt, *ſi poſtulavit tantum, quoniam ſubjicit (nec reum perſequutus eſt)* Ergo ſi nondum reum fecit poſtulatione nuda. Ut, inquam, loquatur lex pen. de reis poſtulatis tantum, ad quos non pertinet abolitio publica, quoniam non ſunt recepti inter reos. Et ideo is qui poſtulavit, ſi eos non perſequatur, ſi diſtat, incidit in Senatuſc. Turp. Forſitan adhibita ſimili diſtinctione non improbabiliter conciliare quis poſſet *l. 3. ſup. de accuſ.* quæ dicit reos capitalium criminum per procuratorem poſſe defendi, cum *l. miles, §. ea quæ, ff. de adult.* quæ dicit, *eam, quæ recepta eſt inter reas, abſentem non poſſe defendi.* Sed verius eſt (& hoc maxime notandum) receptos inter reos capitalium criminum, quia abſentes damnari poſſunt, ut ante docui, poſſe defendi, per procuratores, & quemlibet, qui commiſeratione eorum commoveatur, & verba pro eis faciat, & innocentiam excuſet, ut *in l. ſervum, §. publ. ff. de proc.* Nam ſi pro condemnato quilibet poteſt appellare, etiam nolente reo, *l. non tantum, ff. de appell.* quia non auditur perire volens, ut inquiunt, cur etiam pro reo capitalis criminis abſente, nec innocentiæ ſuæ gerente curam, non licebit cuilibet ſuſcipere integram defenſionem cauſæ. Nam & hoc eſſe æquum ait ille *§. publice*, & ordinarium admittere, id eſt, ſolitum admitti, & ita patere ex reſcipro Imperat. id eſt, ex *d. l. 3. ſup. de accuſat.* in qua Alexander ait, *reos capitalium criminum, non omnium, ſed*

A *capitalium poſſe per procuratorem defendi*: non dicit, abſentiam eorum defendi poſſe, ſed reos jam factos capitalium criminum, quia abſentes damnari poſſunt, poſſe defendi. Et ita Sthenio reo rei capitalis legimus apud Ciceronem *libro de jure dicundo*, datum, vel adſcriptum cognitorem, qui quaſi procurator eſt. At crimen adulterii non eſt capitale. Ergo recepta inter reas adulterii abſens, non poteſt defendi per alium: quoniam ad crimen judicii publici non admittitur alius defenſor, *l. pen. ff. de public. judic.* niſi antequam referatur in reos, velit quis excuſare abſentiam tantum, ut *l. abſens, ff. de procurat.* Sed addenda eſt exceptio alia, niſi ſit capitale crimen: nam ad defendendum reum rei capitalis abſentem, id eſt, ad defendendum crimen, æquum eſt admitti quemlibet verba pro reo facientem. Ut autem reus, vel B rea, ut dixi, proprie fit litis conteſtatione, improprie, dato libello accuſatorio: ita eadem ambiguitas exiſtit in verbo *deferendi*: Nam & his delatus dicitur, cum quo lis conteſtata eſt, ut *l. 2. §. qui hoc dicit, ff. eod.* Ubi Accurſ. ita interpretatur recte, vel etiam is, contra quem datus eſt libellus inſcriptionis.

Ad L. XVII. Sine metu legis Juliæ *de adulteriis coercendis revocare uxorem in matrimonium potes, cum nihil amplius, quam libellos accuſationis obtuliſti, quia poſtea comperiſſe te affirmas, quod vana indignatione ad accuſationem incitatus fueris: Is enim committit in pœnam, quam lex certo capite denuntiat, qui vel publice adulterio damnatam habet, vel adulteram ſciens, ut ignorantiam ſimulare non poſſit, retinet uxorem.*

C

EX l. 17. intelligimus eum, qui uxorem criminis manifeſtam, vel deprehenſam in ipſa turpitudine, detinet, vel qui mulierem damnatam adulterii ducit, vel reducit, teneri pœna lenocinii, eadem ſcilicet, qua tenentur adulteri, *l. 2. l. caſtitati, ſup. hoc tit. l. mariti, ff. eod.* Idem eſſe opinor, ſi quis ream adulterii ducat uxorem forte mortuo priore marito. Nam rea adulterii vivo marito jure non ducitur uxor ab alio quoquam, donec ſuam innocentiam purgaverit, *l. reas, ff. de rit. nupt.* At mortuo marito, qui eam dimiſerat, quæ ſit rea adulterii, vel quæ permanet in reatu, ab alio uxor duci poteſt: ſed ſi damnatam poſtea eam mulierem in matrimonio retineat, lenocinii pœna tenetur. Et ita eſt explicanda *l. miles, §. ult. D. eod.* Et hunc caſum (ut opinor) notat hæc *lex* 17. dum ait, *qui publice* D *adulterio damnatam habet*. At nunc quæro, an eadem pœna teneatur, qui uxorem reducit, quam retulit inter reas, vel quam ream adulterii poſtulavit dato libello accuſationis, ut ait hæc lex. Libellum accuſationis, ſive libellum accuſatorium vocat, ut *l. denuntiaſſe, l. mariti, §. pen. ff. eod.* qui alias dicitur *libellus delationis, l. 2. C. Theod. ne præter majeſt. crimen ſerv. dom. accuſ.* & vulgo *libell. inſcript.* An, inquam, teneatur lenocinii pœna maritus, qui ab accuſatione deſiſtit, & reducit uxorem in matrimonium. Et quidem ſi deſiſtat petita abolitione a principe, quod exigit lex, quæ præcedit 16. eam impune reducit: lex, quæ præcedit, exigit, ne maritus deſiſtat ſine abolitione: hæc lex, quæ illam ſequitur, ut arbitror, proponit exemplum abolitionis. Nam petenti marito veniam omittendæ accuſationis, id eſt, aboli- E tionem petenti, & veniam reducendæ uxoris, quam dicebat, ſe ream adulterii poſtulaſſe inconſulto calore, & vana quadam indignatione, princeps hoc reſcripto dat marito hanc veniam, id eſt, abolitionem, cauſanti ſe adductum vana credulitate acceſſiſſe ad accuſationem. Et hoc quidem genere, ſeu modo, jure reducit uxorem, ſeu eam ream fecerit jure mariti, ſeu jure extranei. Et valde placet, quod ait *l. generali, §. 1. ff. de ritu nupt.* ream adulterii, quam vir jure mariti poſtulavit, poſt abolitionem eum non prohiberi denuo uxorem ducere, id eſt, reducere. Et ſequitur: *ſed & ſi non jure mariti poſtulavit, non prohibetur eam reducere*, id eſt, ſi poſtulavit jure extranei, jure publico, non prohibetur denuo eam ducere uxorem, poſt abolitionem ſcilicet. Nam *ἀπὸ κοινοῦ* hæc

ſupe-

superiora verba (*post abolitionem*) & in hanc partem repetenda, sive revocanda sunt. At si maritus, qui ream uxorem fecit adulterii, non petat abolitionem, dico eam non reduci impune: Nam maritus incidit in pœnam Senatusconsulti Turp. quia desistit sine venia, & abolitione, *ut l. prox. supra, & l. quæsitum, in fi. ff. eod.* atque etiam in pœnam lenocinii, ut opinor, de qua instituit quidem quæstionem *d. l. quæs.* sed nil respondet de pœna lenocinii, sed de pœna Senatusc. Turpill. tantum, sive tergiversatione. Et consequens tamen est, cum jure non reducatur uxor, ut & hoc casu incidat maritus in adulterii, seu lenocinii pœnam. Præterea quæro an is, qui uxorem dimissam adulterii causa, non ream postulatam, non damnatam reducit, incidat in pœnam legis Juliæ? & non tenetur quidem, quod ad verba l. Jul. attinet, quoniam l. Julia punit tantum eum, qui deprehensam retinet, vel qui damnatam reducit. Hic neque retinet, neque damnatam reducit: sed tamen verius est, ex sententia legis, eum etiam teneri, ut Papinian. definit in *l. si quis adult. §. pen. ff. eod.* hac ratione, ne fraus fiat legi Juliæ, quia posset quis deprehensam dimittere eludendæ pœnæ causa, in quam incidit, qui sciens adulteram retinet, & mox eam reducit, sed qui mox reducit, nec videtur dimisisse, nec legi satisfecisse, imo fraudem cogitasse in leges, sicut etiam, qui bonis patris abstinet, & mox ea emit, nec abstinuisse videtur, nisi aliquo fraudis consilio, *l. si is qui bon. ff. de acq. hered.* Ergo ex sententia l. Jul. lenocinii pœna tenetur etiam, qui deprehensam dimittit, si mox eam reducat. Et *l. si uxor, §. ult. ff. eod.* quo loquitur de eo, qui repudiatam, seu dimissam jure, denuo ducit uxorem, est accipienda de eo, qui repudiatam, non deprehensam mox reducit, quem ea lex ait deinde non posse eam accusare ex adulterio, quod in primo conjugio commisit: & similiter licet ex verbis legis is tantum teneatur, qui retinet uxorem deprehensam in adulterio, & adulterum dimittit, *l. mariti, ff. eod.* ex verbis legis tenetur, qui dimittit adulterum, & non dimittit adulteram: tamen ex sententia legis etiam is tenetur, qui non tantum adulteram, sed etiam adulterum retinet, qui casus non erat expressus in l. Julia, ut qui retinet filium, ut fit, deprehensum in noverca, quem non vult exigere domo, vel qui retinet libertum, vel servum deprehensum in uxorem, quo casu tam ipse, qui retinet adulterum & adulteram punitur, quam ea, quæ retinetur, quia scilicet etiam retenta in matrimonio mulier accusari potest, si prius maritus fuerit lenocinii, seu adulterii reus postulatus ob non dimissam, seu ob retentam adulteram. Et sic est accipienda *l. si quis adulterium, §. 1. ff. eod.*

Ad L. XVIII. Eum, qui duas simul habuit *uxores, sine dubitatione comitatur infamia. In ea namque re non juris effectus, quo cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed animi destinatio cogitatur. Verumtamen ei, qui te ficto cælibatu, cum aliam matremfamilias in provincia reliquisset, solicitavit ad nuptias, etiam crimen stupri, a quo tu remota es, quod uxorem te esse credebas, ab accusatore legitimo solemniter inferetur. Ceterum res tuas omnes, quas ab eo interceptas matrimonii simulatione deploras, restitui tibi omni exactionis instantia impetrabis a rectore provinciæ: Nam ea quidem, quæ se tibi ut sponsæ daturum promisit, quomodo repetere cum effectu potes quasi sponsa?*

Loquitur lex de eo, qui duas habet uxores, qui ex edicto prætoris infamis est, *l. 2. sup. de incest. nupt.* & solet etiam hodie, ut manifestior fiat hominis infamia, is homo publice catamidiari, id est, exponi risui, imposita mitra, qui, inquam, habet duas uxores, reipsa, & animi destinatione, ut & hæc lex declarat: qui duas habet uxores facto ipso: Jure n. nemo habet duas uxores: non potest utraque esse uxor, sed altera, id est, quæ secundum ducta est, in concubinæ locum ducitur, ut ait Cicero 1. *de Oratore*, tractans de eo, qui duas duxerat uxores. Nunc fac ita esse: quidam ex Hispania Romam venerat, relicta uxore in Provincia, & Romæ alteram duxerat, fingens se esse cœlibem, & innuptum, ut veteres loquebantur, viduum ab uxore, quod facile credens mulier Romana, se ei matrimonio junxit. Et apparet quidem eam non commisisse stuprum, quia stuprum non committitur sine dolo malo, & hæc putavit, se esse uxorem legitimam, & justum matrimonium: sed lex ait illum impostorem stupri posse accusari a quolibet, vel a muliere ipsa, injuriam suam adsistentibus curatoribus, per quos etiam ejus negotia gerenda sunt, persequente, ut *l. 7. h. tit.* quoniam licet hæc secunda mulier ducatur in concubinæ locum, tamen cum ea stuprum committitur. Et quod dicitur cum concubina stuprum non committi, *l. 3. ff. de concub. l. stuprum ff. de adult. coercend.* quia imitatur uxorem justam, & concubinatus est conjunctio legitima, ex jure civili hoc tantum intelligitur de cœlibe, qui habet concubinam: hic cum ea stuprum non committit: Nam qui habet uxorem, si uxori superducat concubinam, stuprum committit, nec hic concubinatus est legitimus, *l. ex ea, §. 1. de verb. obl. l. 3. sup. comm. de manumis. l. un. sup. de concub.* Ergo hic, qui sciens Romæ alteram duxit uxorem, non remisso nuntio uxori in provincia relictæ, stupri potest accusari, & mulieri secundæ datur repetitio dotis, si quam dederit, & omnium rerum suarum, quas ille nebulo intercepit simulatione nuptiarum, sed ut ait hæc *l.* non datur etiam mulieri repetitio promissæ sibi ab illo homine sponsalitiæ largitatis, quæ pars hujus legis repetitur *l. 5. sup. de donat. ante nupt.* Cur vero non datur ei repetitio promissi muneris sponsalitii, promissæ largitatis sponsalitiæ, quia ut sponsæ promissa est: atquin nec sponsa, nec uxor fuit. Et ut duas uxores habere non licet, ita nec uxorem, & sponsam, *l. 13. §. item si alteri, ff. de iis qui not. inf.* Quod si ille jam mulieri secundæ aliquid dederit pro munere sponsalitio, sane id ab ea ipse non potest repetere, quia sciens turpiter dedit. Et ita Accurs. recte sentit hoc loco, & *ad. d. l. 5.* notavit. Idem etiam Græci 28. Basilicon *tit. 3.* idemque glossa *l. 4. ff. de condict. ob. turp. caus.* ut quoties solius dantis turpitudo versatur, quod contigit specie proposita, danti non competat repetitio.

Ad L. XIX. Quamvis indubitati *juris sit, quotiens adulterii crimen intenditur, præsentiam accusatoris præcedere oportere: tamen quoniam ex literis tuis cognovimus Materiam Propositi Viatoris uxorem, habitis quæstionibus cum Juliano quodam adulterium commisisse, detectam sub ipsa prolatione sententiæ Viatoris ipsius præsentiam postulasse: non putavimus confecto pœnæ judicio, facinore etiam agitata quæstione convicto, Propositum ab excubiis limitis revocandum.*

Lex 19. est singularis. Certi juris est, neminem posse damnari absente accusatore, vel actore: Nam generaliter ait *l. de unoquoque, ff. de re judic.* de unoquoque negotio, id est, civili, vel criminali præsentibus omnibus iis, quos causa contingit, vel (ut est in 12. *tabul.*) præsente ambobus judicari oportere. Et id tantum judicatum valere, quod judicatum est inter præsentes. Et ita M. Tullius in Verrem de jure dicundo: *si præsens Sthenius reus esset factus, si manifesto in maleficio teneretur, tamen, cum accusator abesset, Sthenium non oportere condemnari. Etenim, si posset absente accusatore reus damnari, non ego a Vibone Veliam parvulo navigio inter fugitivorum, ac prædonum, ac tua tela venissem.* Unde liquido apparet, reum non posse condemnari absente accusatore. Sed ab hac regula excipitur unus casus in hac lege valde singularis. Ponit Propositum Viatorem militem limitaneum accusasse Materiam, ut vulgo legitur, sed Græci Mariam, uxorem suam, divortio facto, ut oportet, adulterii cum Juliano commissi: etiam miles admittitur ad accusationem, si suam injuriam persequatur, non aliter. Et ait, instituta accusatione eum diu in judicio perseverasse: sed in ipso articulo ferendæ sententiæ, confecto pene negotio, & convicta rea per quæstiones servorum, eum profectum fuisse ad stationem

nem suam, & excubias limitis, ut ait, & mox damnatam fuisse mulierem, an jure damnata est? Quod non videtur, quia damnata fuit absente accusatore. Sed aliud Imperator statuit, quoniam accusator abesse cœpit Reipublicæ causa, sub ipsum tempus sententiæ, ut æquum sit eum haberi pro præsente.

Ad L.XXIII. Servi ob violatum *contubernium suum adulterii crimine accusari non possunt.*

Ad §. Is autem, qui post *dissociatum matrimonium uxorem licito jure duxit, obque intentatæ accusationis, ac potentis patrocinii metum, ei, qui accusationem instituerat aurum, & argentum dedit: ad recipiendum id, ulciscendamque turpis lucri cupiditatem adire præsidem potest: qui examinatis partium allegationibus, & inquisita fide veri, siquidem id ab eo, qui innocens est, ob illati criminis timorem datum esse cognoverit, quemadmodum sententiam formare debeat, ex evidentibus juris placitis instrueretur. Sin vero constiterit corrupti matrimonii, velut mercedem ad captandam impunitatem solutam pecuniam esse, eum, qui etiam adversus Senatusconsulti censuram, cum fœdissimo flagitio accepit, puniri jubebit.*

PRima pars hujus legis est de violato contubernio. Secunda est de violato matrimonio. Matrimonium contrahitur tantum inter liberas personas, & cives, contubernium inter servos, vel cum servis. Nam inter eos, vel cum eis nullum potest esse matrimonium, nec inter eos uxor nominatur, sed contubernalis, id est, serva, quæ se adjunxit servo, aut libero homini. Denique uxor non nominatur, vel maritus, vel dos, vel adulterium. Itaque lex Julia non pertinet ad contubernia, nec qui, quæve violat contubernium, subjicitur pœnis legis Juliæ. Fateor etiam in concubina, quoniam uxorem justam imitatur, adulterium vindicari, ut *l. si uxor, ff. eod.* quod est ex lege Atheniensium, ut testis est Lysias in Orat. *de cæde Eratosthenis*, in adulterio deprehensum adulterum vindicari, *κ̀ ἐπὶ ταῖς παλλακαῖς, etiam in concubinis*, quæ dignitate longe sunt impares uxoribus legitimis. Adulterium etiam vindicatur in uxore vulgari, id est, quæ vulgo se præbet, vel quæ, ut solebant olim, apud ædiles professa est impudicitiam, & apud eos vulgavit licentiam stupri. Nam etiam in ea maritus adulterium vindicare & persequi potest, *d.l. si uxor.* Itemque in uxore injusta, id est, quæ non secundum leges ducta sit, sed tamen habeatur uxoris animo. Finge ductam filiamfamilias dissentiente patre, injusta uxor est, in qua tamen perinde, ac in uxore justa adulterium vindicatur, *d.l. si uxor.* At in contubernali adulterium non vindicatur lege Julia, & hoc proponitur initio hujus legis, & *l. sequenti*, quæ deest in Codice Haloandri, male, & est vulgo etiam inscripta Dionysio, cum sit inscribenda Dionæ liberæ feminæ, quæ se junxerat contubernio servi contra juris formam, ut ait, quia inter servum & liberam nullum est connubium, quare lex sequens negat eam subjici adulterii pœnis, & e contrario *l. etsi libidine* 25. negat liberum hominem subjici infamiæ juris: Nam non negat quin subjiciatur notæ & suggillationi apud bonos & graves viros, quæ vulgo infamia facti dicitur. Negat ergo infamiæ juris subjici liberum hominem, quia ancillas comprehendisse convictus est. Omnes libri veteres habent (*comprehendisse*) & liber etiam Haloandri, & Græci *κατειληφέναι*, non (*compressisse*) ut etiam *l. 20. hoc tit.* supra ultionem juris, etiam in eas non exerceri, quæ per vim sunt comprehensæ, irreprehensa voluntate, inquit, quo casu illud crimen non est duorum, ut solet esse, sed unius tantum, ut & in casu *legis 18. h.t.* Unde eleganter dicebat ex veteribus Declamatoribus quidam de Lucretia vim stupri perpessa, ut refert *D. Augustinus* 1. *de Civitate Dei*: *Mirabile dictu, duo fuerunt, & unus tantum adulterium admisit.* In secunda parte hujus legis, hæc proponitur species, de corrupto, vel violato matrimonio, dimissam a priore marito, nec damnatam, vel ream factam adulterii ego uxorem duxi, post cum me potentior aliquis accusaret ex adulterio, quod dicebat me cum ea commisisse in priore matrimonio, pecunia data cum eo transegi, non ductus conscientia sceleris, qui ab eo eram immunis & innocens, sed formidine perterritus potentioris accusatoris: quo casu lex ait, mihi dari pecuniæ datæ repetitionem, videlicet per condictionem ob turpem causam, quia ego quidem turpiter non dedi pecuniam, qui dedi ne ille me vexaret, id est, calumniaretur, sed ille turpiter accepit, ut *l. 4. ff. de condict. ob turp. caus.* vel etiam per actionem in factum ex edicto de calumniatoribus, *l. penult. ff. de calumniat.* Sed si ductus conscientia sceleris admissi redemi me ab accusatore, hoc casu non repetam, quod dedi, quia turpiter dedi, *l. siquidem, sup. de contr. stipulat.* & utriusque turpitudo versatur. In pari autem causa melior est conditio possessoris, id est, ejus, qui accepit pecuniam, ut qui æque turpiter dedit, turpiter accipienti, non possit repetere ab eo, qui accepit: utriusque enim par delictum est: Et ideo accusator punitur, vel tanquam prævaricator, si se vinci patiatur post acceptam pecuniam, vel tanquam tergiversator ex Senatusconsulto Turpill. si desistat ab accusatione, & ego quoque admissum non impune feram. Utriusque igitur par delictum est, ut exposui in *l. 10. hoc tit.* Et bene ait hæc lex, *eum etiam, qui adversus SC. censuram* (sic legendum) quasi non tantum reum, sed & accusatorem dicat puniri, quoniam uterque turpiter transegit de crimine adulterii.

Ad L.XXVI. Quoniam Alexandrum, *qui in crimen vocatur, etiam præscriptionem esse pollicitum eo nomine, quod accusator uxorem post deprehensum adulterium penes se habuisse videatur, & de statu suo agere nunc velle perspeximus: ita ordo quæstionis dirimendus videtur, ut in primis quidem de statu Alexandri quæratur, ita ut si liberum eum esse adhibita audientia deprehenderis, præscriptionis ei objiciendæ facias potestatem. Sin vero eundem esse servum cognoveris, remotis præscriptionis impedimentis, in adulterum crimen protinus debebis inquirere. Ac si eum detectum in eo flagitio esse perspexeris, pœnam decernere, quam in adulterii crimen legum sanctio statuit.*

Ad L.XXVIII. Ita nobis cordi pudor est, *ut removeamus prisci juris ambages, & constituamus in adulterii quæstione, abolitis de medio ceteris præscriptionibus, præter quinquennii temporis, & lenocinii, quod marito objicitur, exceptionem illam, etiam quæ post solutum prius matrimonium ante denuntiationem nuptæ competit, fidem criminis nosci. Indignum est enim, ut ultionem pudoris præstigia versuti juris excludant. PP. Kalendas Junii Tusco, & Anulino Consulibus* 295.

LEx 26. & 28. simul explicabuntur, quoniam ambæ sunt de præscriptionibus, seu exceptionibus, quæ solent objici accusatoribus adulterii: objici, inquam, & tractari ab initio, antequam quis recipiatur inter reos: Nam qui semel receptus est inter reos, non potest ulla præscriptione uti, *l. 2. §. qui hoc dicit, & §. extraneus, l. si maritus, §. præscriptione, ff. eod. tit.* Et ita ponitur in *l. 26.* Alexandrum postulatum adulterii, ab initio marito objecisse præscriptionem lenocinii, quod deprehensam in adulterio retinuisset, qui auditur quidem hoc allegans, seu præscribens, si liber homo fuerit, non si servus fuerit, qui adulterii postuletur. Nam si servus fuerit, qui adulterii postuletur, ei non licet objicere præscriptionem lenocinii, denique nec crimen ullum deferre, nec referre, nec inscribere, nec præscribere. Itaque, si dum tractatur initio de præscriptione lenocinii, quam objecit Alexander, status ejus in dubium vocetur, tantisper dilata quæstione lenocinii & adulterii, prius tractandum est de statu ejus, cum hæc quæstio sit præjudicialis, quam de præscriptione lenocinii. Prior est quæstio status quæstione criminali, ut *l. 1. sup. de ord. cognit.* Tres autem præcipue præscriptiones in causa adulterii receptas esse ostendit *l. 28. hoc tit.* præscriptionem quinquennii, & supple, vel 6. mensium utilium, & præscriptionem lenocinii, quod marito objicitur. Et præscriptio-

ptionem hanc, quæ nuptæ competit, quæ alii nupsit post divortium, cujus formula hæc sit: *Si non alii jam nupsit mulier, antequam ei denuntiaret accusator, ne nuberet*, de qua dixi in *l.8. h. tit.* Et agitur de ea in *l.5. ff. de accus. l.14. hoc tit. l. adult. ff. eod. & l. 2. in princ. eod. tit.* Quam legem totam secundam observandum est, esse de præscriptionibus, quæ objici possunt accusanti adulterii, & proponi in ea quatuor præscriptiones. Primum hanc, qua repellitur accusator, qui ab adultera incipit, quæ jam alii ante denuntiationem nupsit, deinde præscriptionem, quæ marito accusanti jure mariti objicitur hoc modo, ut proponitur formula in *d. l. 2. si legem prodidisse dicatur ob hoc, quod aggressus accusationem adulterii destitit*: Nam ex lege Julia, qui destitit sine abolitione, postea jus accusandi non habet, *l.16. hoc tit. l.quæsitum, in fin. ff. eod. tit.* Tertia præscriptio, quæ proponitur in *d. l. 2.* est præscriptio lenocinii notissima. Quarta est præscriptio de privilegio, & jure accusandi, cum quis contendit se esse justiorem, & potiorem accusatorem, cum maritus ait, se in accusatione adulterii præferri debere patri, & alii cuilibet, de qua in *d. l.2. §. ult.* Et nonnihil etiamsi diligenter animadvertamus in *l. adulterii, inf. hoc tit.* hæ quatuor præscriptiones proponuntur in *d. l. 2.* Omittitur præscriptio quinquennii, seu sex mensium. Sicut etiam in hac *l.28.* omittitur secunda præscriptio, *l.2. si legem prodidisse dicatur, &c.* Et quarta quoque de jure accusatoris, omittitur etiam præscriptio ætatis, quæ objicitur accusatori minori, quam 25. annorum nato, de qua in *l. si maritus, §. lex, ff.eod. tit.* quæ tamen non improbantur, aut quas tamen non est verisimile hanc leg. 28. removere, licet dicat, se omnes præscriptiones removere, & abolere, exceptis tribus, quas ante exposui, quia scilicet, eæ tantum præscriptiones improbantur, ut verba legis demonstrant, quæ elusoriæ, vel moratoriæ, & captiosæ erant jure antiquo proditæ, ut præscriptio fori, qua nixus reus conatur declinare forum mariti, cujus etiam ratio non habetur in *l. 14. h. tit. & l.ult. C. Theod. eod. tit.* Et præscriptio hæc, si non præjudicium fiat filio impuberi ex eo matrimonio suscepto, in quo dicor adulterium commisisse, quæ præscriptio etiam aboletur, *l. miles, §.defuncto, ff.eod.* Item præscriptio repetendæ dotis, vel pecuniæ debitæ ex aliqua ratione, si mulier contendat prius sibi eam reddi oportere, quam fiat rea adulterii, quæ aboletur *l. adulterii, inf. hoc tit.* quia est civilis præscriptio, quæ remorari, differre, vel impedire criminalem actionem non debet. Illas præscriptiones, & iis similes, quibus jure veteri sæpe eludebatur accusatio adulterii, & evanescebat, vocat Imperator in *l.28. præstigia prisci juris, præstigia versuti juris, vafri juris*, ut Cicero dixit, *ex æquo & bono, non ex callido & versuto jure rem judicari oportere*, pro Cæcinna. Sic hoc loco ait, *præstigia versuti juris*, ubi male Græci legunt *vestigia*: *τὰ ἴχνη τοῦ διεστραμμένου νόμου*: Hæ præstigiæ, & fallaces præscriptiones tolluntur *l. 28.* Non si quæ tribus in ea enumeratis similes sint aliæ legitimæ præscriptiones, quæ pari æquitate nituntur. Et ita est accipienda hæc *l.28.*

Ad L. XXIX. Quæ adulterium commisit, *utrum domina cauponæ, an ministra fuerit, requiri debebit, & ita obsequio famulata servili, ut plerunque ipsa intemperantiæ vina præbuerit: ut si domina tabernæ fuerit, non sit a vinculis juris excepta. Si vero potantibus ministerium præbuerit, pro vilitate ejus, quæ in reatum deducitur, accusatione exclusa, liberi, qui accusantur, abscedant, cum ab his feminis pudicitiæ ratio requiratur, quæ juris nexibus detinentur, & matrisfamilias nomen obtinent. Hæ autem immunes a judiciaria severitate, & stupri, & adulterii præstentur, quas vitæ vilitas dignas legum observatione non credidit.*

LEx 29. facit differentiam inter dominam cauponæ, & ministram. Ac primum docet etiam lege Julia adulterium, vel stuprum vindicari in domina cauponæ, quæ cauponam exercet; & dicitur etiam domina tabernæ cauponiæ: licet inter cauponam, & tabernam cauponiam sit differentia ex *l. tabernæ, ff. de instr. & instrum. leg.*

A Vindicatur autem in domina cauponæ, sive vidua, seu nupta fuerit, nisi forte fuerit vulgaris quædam mulier, quæ cuilibet dextram supponat. Nam in meretrice adulterium, vel stuprum legibus non vindicatur, *l.22. hoc tit.* Præterquam a marito solo facto divortio, *l. si uxor, §. sed & in ea, ff. eod. tit.* Nam (ut est in Comœdia) *quis homo pro mœcho vidit unquam in domo meretricia deprehendi quenquam?* Et recte in *§. item lege Julia de adult. Instit.de public. judic.* stuprum committi in virginem, aut viduam honeste viventem: nam in eam, quæ se agit in divortio, in eam, quæ secus vivit, stuprum impune committitur, imo ei quoque vis infertur impune, quæ scilicet, in communi loco stat, & capturas fert. Nam *l. un. inf. de rapt. virgin. aut vid.* est tantum de honestis mulieribus. Et recte Cato de re Floria apud Gellium: *vim in corpus liberum, non* B *æquum censuere adferri, nisi palam corpore pecuniam quæreret.* At si domina cauponæ, matrisfamilias, seu matronæ existimationem, & jus stolæ habendæ retineat (quod non habent turpes mulieres, sed toga tantum vestiuntur, non stola, toga, quæ brevis erat vestis) tum in ea adulterium vel stuprum lege Julia vindicatur. Pudicitiæ ratio exigitur tantum a matronis, & stolatis mulieribus. In ministram autem cauponæ lex ait adulterium, vel stuprum non vindicari, quæ potantibus ministerium, & intemperantiæ vina præbet. Quo plane demonstratur, quid proprie sit caupona, ut in ancilla stuprum non vindicatur, & serva, *l. 25. h. tit.* ita nec in ea, quæ facit vile & servile ministerium, quale est ministerium cauponæ. Igitur in ministra cauponæ adulterium, aut stuprum non committitur, aut non vindicatur lege Julia propter vilitatem ministerii, C & vitæ, sub cujus specie identidem omnes se omnibus benigne præbent, *l.ult. sup. si mancip. ita ven. l. palam, §. si quæ cauponam, ff. de rit. nupt.* Idem omnino dicendum de qualibet famosa muliere, quæ matrisfam. nomen amisit, & honestatem, ut si fecerit lenocinium, si operas suas in scenam locaverit, nisi hoc fecerit post admissum, vel meditatum adulterium in fraudem legis Juliæ, pœnæ evitandæ gratia, in quam infames mulieres non incidunt. Nam ex Senatusconsulto hæc etiam adulterii damnari potest, *l.10.in fin. D.eod.* Ex quo etiam Senatusconsulto, si quis infamandæ uxoris suæ gratia adulterum subjecerit, ut ipsam deprehenderet, & vir & mulier adulterii crimine tenentur, *l. is cujus, §.1. eod.* Senatusconsulta illa facta puto, auctore Tiberio ad legem Juliam. Nam & Svetonius scribit Tiberium exilio affecisse feminas quasdam, D quæ ad evitandas legum pœnas, jure & dignitate matronali exolverentur, lenocinium profiteri cœperant, *ne quod refugium*, inquit, *in tali fraude cuiquam esset*. Et ait, ad evitandas legum pœnas, ut *d.l.10.* Evitandæ adulterii pœnæ causa: Et Cornel. Tacitus 2. Annal. auctore Tiberio gravibus senatus decretis coercitam libidinem feminarum, & cautum inter cetera, ne quæstum facerent corpore, cui pater, vel avus, vel maritus eques Romanus fuisset; & damnatam fuisse adulterii Vestiliam prætoriam quandam mulierem, quæ stupri licentiam apud ædiles vulgaverat, quia id fecerat pœnæ evitandæ gratia, & quia adversus impudicas veteres satis existimabant esse pœnarum in ipsa professione flagitii, quæ fiebat apud ædiles, quare & loca illa communia, & prostibula, dicuntur ædilem metuere apud Senecam. Professio illa sola faciebat E infames, & exuebat honore matronæ & stolæ. Ovid.

Solaque famosam culpa professa facit.

Invenio lege Atheniens. apud Demosthenem in Neæram, idem fuisse cautum de propola, id est, quæ quid palam vendit in foro, in eo toto die consistens, veluti poma, olera, detrita vestimenta, truncullos, & si qua alia: idem in ea esse, ut ait, quod in illa, quæ in ergasterio stat. Quo loco, & oratione tota, vocat ergasterium cellam meretricis, in quo *ἐργάζεται τῷ σώματι*, superposito cellæ titulo, ut Seneca ostendit *2. controvers.* Unde illud Juvenalis:

. . . . . *Titulum mentita Lycisca.*

Ad

Ad L.XXX. *Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur: tamen, ne volentibus temere liceat fœdare connubia, proximis, necessariisque personis solummodo placet deferri copiam accusandi, hoc est, patri, fratri, nec non patruo, & avunculo, quos verus dolor ad accusationem impellit. Sed etiam his personis legem imponimus, ut crimen abolitione si voluerint compescant. In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet: cui quidem & ex suspicione ream conjugem facere licet, vel eam, si tantum suspicatur, penes se retinere non prohibetur, nec inscriptionis vinculo contineri, cum jure mariti accusaret, veteres retro principes annuerunt: extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus: nam etsi omne genus accusationis necessitas inscriptionis adstringat, nonnulli tamen proterve id faciunt, & falsis contumeliis matrimonia deformant. Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet.*

EX lege Julia judicium adulterii publicum est, & accusatio adulterii publica est, id est, patet omnibus, accusare volentibus propinquis, affinibus, extraneis quibuscumque, si modo jus accusandi habent. Ex hac autem constitutione accusatio adulterii non patet omnibus, sed tantum certis personis, ut patri mulieris, non socero, & fratri, & patruo, & avunculo, & iis personis etiam licet per hanc constitutionem facile impetrare a judice abolitionem, si velint desistere ab accusatione, quia propinquos in accusationem deduxerunt. Accusanti propinquum licet impune pœnitere, & desistere petita venia a judice, quam omnimodo impetrabit, *l.2. inf. de abolit.* alioquin abolitio privata accusatori non datur temere, nec sine causæ cognitione, ut ait *d.l.2.* præcipue autem marito patet accusandi facultas jure mariti infra 60. dies utiles, vel ex sola suspicione, ut ait, etiam sine vinculo inscriptionis, nec tamen reus ipse, vel rea etiam ex suspicione sola damnabitur, *l. absentem, ff. de pœn.* Apulejus 10. Metamorphos. *Veritatem, fidemque criminum probationibus certis instrui, nec suspectionibus tantum conjecturam permitti placet.* Non est etiam dubium, quin maritus facillime possit a judice impetrare abolitionem, id est, veniam omittendæ accusationis institutæ adversus conjugem, nec tamen necesse est, ut eam impetret, nisi evidens ejus calumnia fuerit, ut docui in interpretatione legis 16. quoniam qui calumniæ non tenetur, nec teneri potest Senatusconsulto Turpil. si desistat sine abolitione. Ut autem maritus, vel ex suspicione sola uxorem ream facere potest, quod matronam non tantum culpa, sed & suspicione vacare oportet, ut dicebat Julius Cæsar: ita si velit, poterit impune retinere suspectam adulterii, nec tamen deprehensam, aut damnatam, quod dictum est ante in *l. 2.* exceptis his quinque personis: marito, cui primæ partes tribuuntur, & patre, fratre, patruo, avunculo: alii propinqui, vel affines, vel extranei ad accusationem adulterii, nec si subscribant in crimen, ut oportet, admittuntur ex hac constitutione, quia sunt plerique maligni, quos inscriptionis vinculum non deterret a calumniosa, aut proterve, & temere suscepta accusatione, qui contemnunt vinculum inscriptionis & talionis. Et æquum est (quo etiam jure hodie utimur) ne cuilibet liceat temere infamare aliena matrimonia, puta adulterio accusato constante matrimonio, quod olim permittebatur extraneis, *l. vim, §. 1. ff. eod.* De pœna adulterii, quod est in fine hujus l. satis exposui *sup. in l.9.*

Ad L.pen. Si mulier repudii oblatione *sine ulla legitima causa a se dati discesserit: ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito jure deferimus.*

LEx penultima loquitur de muliere, quæ sine causa legitima divortit a marito: aliquandiu etiam inter Christianos sunt tolerata divortia ex certis & legitimis A causis. Ne autem sine causa quæ divortat, ei legibus varia fræna injiciuntur, puta, ut quæ divorterit sine causa, amittat dotem totam, & donationem propter nuptias, & ut quinquennium in viduitate perseveret, *l. consensu, sup. de repud.* Itemque, ut si interim peccaverit, possit ab eo, a quo temere divortit, stupri accusari jure præcipuo, quæ est sententia hujus legis valde singularis. Et ratio hæc est, quia quæ intra quinquennium non colit temperantiam, sed peccat (id enim est proprie peccare Latine) non tam videtur divortisse odio, vel exsecratione sui mariti, quam appetitione alieni, ut animo tenus jam in ipso matrimonio videatur peccasse, ac plane possit ab eo, a quo divortit, perinde ac si maritus esset, adulterii accusari jure præcipuo.

B Ad L. ult. Libertatem *servorum, qui ad dominium pertinent uxoris, vel mariti, vel parentum eorum: repudio misso, propter suspicionem criminis adulterii, legum conditores intra duorum mensium spatium, post missionem repudii numerandum, suspendi definiunt, propter tormentorum quæstionem (si opus exegerit) eis imponendam. Sin vero uxor matrimonio sub præfato modo dissoluto, rebus humanis exempta fuerit: nihil de tempore, quousque servos eos propter memoratam causam permanere deceat, adjiciunt. Nobis vero necessarium esse videtur, certum tempus etiam in hoc casu statuere propter dotis quæstionem, utrum in lucro marito cedat, an heredibus mulieris restituetur. Sancimus itaque duos menses post mortem mulieris servari, ut intra eos ante dicti servi permaneant, & facultatem maritus habeat pro-* C *bationes adulterii per eos præstare. Transacto vero memorato tempore, licentiam habere heredem mulieris libertatem eis imponere: nisi per culpam ejus maritus prohibitus fuerit causam adulterii, tempore videlicet imminente, exercere.*

SCiendum est, ex lege Julia post divortium, si mulier fiat rea adulterii, servos ejus mulieris, & mariti, & parentum eorum manumitti non posse intra sexaginta dies utiles, ut scilicet serventur quæstioni, cui subducerentur manumissione, & interim forte data eis libertas, ut suspendatur, quemadmodum ait hæc *lex ult. & l. cum filius, §. servus, ff. de legat. 2.* hoc est, ut interim sint statuliberi, ut ait *l. quod si intra, ff. qui & a quibus manum.* Quid vero fiet, si interim, id est, intra sexaginta dies ma- D ritus, aut pater moriatur, quorum servorum libertas est in suspenso, an servi mariti, vel patris mortui testamento manumissi ad libertatem interim pervenire possunt? minime, quia nondum est finita accusatio, & exstinctum crimen, quia non exstinguitur morte mariti accusatoris, cum pater superest, qui eam potest resumere, *l. sed si maritus, eod.* Nec item morte patris, quia superest maritus, qui accusationem instituit. Quid vero, si uxor moriatur intra sexaginta dies a divortio facto, an servi ejus manumitti possunt, an manumissi testamento uxoris libertatem obtinere possunt? Quod videtur, quia morte mulieris omnimodo crimen exstinguitur, morte accusatoris, non omnimodo: quia alius accusare potest. At morte reæ mulieris omnimodo crimina occidunt cum personis, ut ait *l. 1. C. Theod. de liber.* E *causa.* Sed quia exstincto crimine superest quæstio civilis de dotis repetitione, utrum dos ob adulterium uxoris, lucro mariti cedere debeat, an restitui heredibus mulieris? quæ quæstio non potest definiri, nisi per quæstionem servorum excussa veritate criminis, ideo placet, eorum servorum libertatem suspendi intra illos sexaginta dies: Nam si adulterii fuerit convicta, dotem amittit: olim portionem tantum certam dotis, ut patet ex *l. cum mulier, ff. sol. matrim. & l. miles, §. socer, ff. ad leg. Jul. de adulter.* Hodie mulier adulterii convicta dotem totam amittit, & donationem propter nuptias, *l. consensu, §. virum, sup. de repud.* Quod & hæc lex ult. confirmat, & *caput plerunque, de donat. inter vir. & uxor.*

AD TITULUM X.

SI QUIS EAM, CUJUS TUTOR FUERIT, CORRUPERIT.

POST titulum generalem *de adulterio, & stupro*, datur hic titulus, qui est specialis, *de stupro*, quod tutor infert pupillæ suæ, quia id constitutio hujus tituli gravius punit, quam quod quis alius infert aliis. lex Julia, quæ infligit tantum relegationem, vel publicationem bonorum partis dimidiæ, ut est in *Instit. de publ. jud.* Hæc autem constitutio infligit deportationem bonorum omnium, quæ semper, vel tacite sequitur deportationem, & publicationem, *l. ult. §. ult. inf. de sent. pass.* Et hanc quoque pœnam constitutio ait citeriorem esse, quam flagitium. Debuisset enim in tam nefandi stupri raptorem infligi pœna legis Juliæ de vi, quæ in raptorem est ultimum supplicium, quia insidiæ, quæ fiunt huic ætati, persuasiones, & blanditiæ vi comparantur, imo secundum legem Solonis, majorem pœnam meretur vis, quæ fit verbis, & illecebris, quam quæ fit manu & viribus, quod hæc corpus tantum, illa etiam animum corrumpat, apud Plutarchum in Quæst. & in Solone, & Lysiam de Eratosthenis cæde. Debuisset igitur tutori infligi raptoris pœna, sed Imperator est contentus pœna deportationis, id est, mediocri pœna, quæ neque est pœna legis Juliæ de stupro, neque pœna legis Juliæ de raptu, aut vi publica. Turpius est stuprum in tutore, cujus fidei sunt commissi mores pupilli. Nec ineleganter Quintilianus *Declamat.* 284. duci proditori comparat tutorem violatorem pupillæ? Nam & hic quid aliud est, quam proditor pupillæ? Turpius, inquam, est stuprum in tutore, maxime si non per matrimonium qualecumque contractum fit: Nam si tutor pupillam uxorem duxerit, puta paulo post, quam adoleverit; nam & sic intelligimus (*corruperit*) sufficit pœna legis Juliæ de stupro, *l. 7. ff. ad leg. Jul. de adult. l. libertum, de rit. nupt.* Sed si eam corruperit citra matrimonium, huic constitutioni locus est, quæ proprie huic sceleri infligit deportationem, & ademptionem omnium bonorum. Dico jam ademptionem omnium bonorum, non publicationem, respiciens ad Novell. Leonis Philosophi 34. quæ bona tutoris addicit pupillæ, quam vitiavit, non fisco.

AD TITULUM XI.

DE MULIERIBUS, QUÆ SE SERVIS PROPRIIS JUNXERUNT.

SPECIALITER etiam in hoc titulo agitur de alio stupro, quod mulier libera committit cum servo proprio, quod longe turpius & gravius esse, quam superius, genus pœnæ, quod hæc constitutio infligit, satis demonstrat, nimirum capitis amputatio in muliere, & concrematio in servo, quem vocat verberonem, ut veteres etiam triverberonem, & flagrionem. Superius, stuprum non vindicatur in utroque, sed tantum in tutore, & deportatione, non morte: Hoc vero stuprum vindicatur morte in utroque. Et præterea illud servi deferentes non audiuntur secundum jus commune, quo servi non sunt justi delatores, aut accusatores: hoc autem servi deferentes ex hac constitutione audiuntur, & pro præmio delationis, si reos peregerint, convicerint, condemnaverint, libertatem consequuntur: Utrumque tamen stuprum, & id, de quo hoc titulo agitur, & de quo superiore, est crimen publicum. Nam *l. 30. sup. ad l. Jul. de adult.* adulterium tantum eximit numero publicorum judiciorum permittendo accusationem adulterii quinque tantum personis, nec loquitur de stupro. Ergo etiam hodie omne stuprum est A crimen publicum, & excepti adulterii, quod longe tamen est gravius; ratio est in *d. l. 30.* ne temere deformentur aliena matrimonia. Itemque tam hoc, quam illud stuprum mitius punitur, si per matrimonium contractum sit, puta in hac specie servo manumisso, ac dein optato in matrimonium, quod quidem coercetur, sed non pœna hujus legis, sed mitiore, quia contractum est sub honore, sub specie honesta matrimonii, *l. 3. sup. de nupt.* & in Novella Leonis & Anthemii *de mulieribus, quæ se servis propriis junxerunt*, & apud Paulum *2. Sent. tit. de nupt.* Quod autem ait hæc constitutio (*filii etiam, quos ex hac conjunctione habuerunt, &c.*) hoc minus vulgo intelligitur, & omnino ejus partis interpretatio sumenda est ex *C. Theod.* in quo hæc constitutio extat plenior, alioquin secum ipsa pugnare videbitur: Nam B prima parte & mulierem & servum ultimo supplicio afficit; secunda parte bona mulieris & servi addicit legitimis heredibus mulieris. Hæc sunt contraria: Nam numquam accidit, ut qui morte damnatur, non etiam publicetur, imo morte damnatum tacite sequitur publicatio, sive confiscatio omnium bonorum, sicut deportatione damnatum. Verum ex illo Codice patet, hanc partem tantum esse sumendam de ea, quæ (ut ita dicam) nupsit illicite servo proprio ante hanc constitutionem, quæ capite non punit, sed distracto eo contubernio interdicitur ei patria & provincia, servus autem relegatur in insulam, & filii ex eo contubernio procreati, liberi quidem sunt, quia matris conditionem sequuntur: qui ex servo & libera nascitur, liber nascitur, ut Institutiones docent, *tit. de ingen.* Sed sunt infames, & in- C capaces hereditatis maternæ ex hac constitutione: quoniam non ad eos intestatæ matris pertinet hereditas, sed ad filios legitimos, si quos haberet, vel proximos cognatos simul cum bonis servi, tanquam mulieri quæsitis, & cum bonis etiam eorum filiorum, qui nati sunt ex eodem contubernio. Et ex eodem Codice etiam legendum est in fine hujus legis (*id autem, quod ille, qui quondam amatus est*) non *condemnatus est*. Nam in constitutione integra ter fit mentio amati, & intelligitur is, cujus domina amore exarsit. Verum post hanc constitutionem, si mulier libera junxerit se servo proprio, uterque ultimo supplicio afficitur, nec alium heredem habent, quam fiscum. Hoc enim consequens est capitali pœnæ.

D

AD TITULUM XII.

AD LEGEM JULIAM DE VI PUBLICA, SEU PRIVATA.

SUPERIORES tituli sunt de stupro contracto sine vi, quod vindicatur lege Julia de adulteriis, & stupro. Stuprum autem, quod vi contrahitur, non pertinet ad eam legem, sed ad legem Juliam de vi, *l. vim, in princ. ff. ad leg. Jul. de adult.* de qua lege Julia de vi dicere instituit, ut exposita ejus potestate, & pœnis, deinde in titulo sequenti dicat de stupro vi commisso. Alia autem est lex Julia de vi privata, cujus pœna est publicatio tertiæ partis bonorum, & relegatio, *l. 2. & 6. hoc tit.* videlicet si vis sine cæde fuerit illata: Nam si cæ- E des intervenerit, etiamsi eam cædem non fecerit, qui vim suscepit contra aliquem, ut puta, qui vi tentavit occupare possessionem alienam, tamen ultimo supplicio afficitur tanquam homicida, quia mortis causam præbuit, nec auditur appellans, si vim fecisse convictus fuerit, quæ est sententia admodum singularis *l. 6. hoc tit.* Et notandum etiam ex hac lege Julia de vi privata etiam servos puniri, ut in *l. 4. & l. servos, hoc tit.* si vim privatam fecerint, quod nullo modo pugnat cum *l. hos accusare, §. omnibus ff. de accusat.* Quæ tamen negat, servos teneri lege Julia de vi privata, hac ratione, quod in eos non cadat pœna ejus legis, quæ est publicatio tertiæ partis bonorum, & servi non habent bona. Sed dicimus non teneri quidem servos proprie ipsa lege Julia de vi

privata

privata ob eam rationem, sed exemplo ejus legis, ex constitutionibus servos, qui vim privatam admiserunt puniri supplicio ultimo extra ordinem præfinitum lege Julia. Alia est lex Julia de vi publica, cujus pœna est deportatio, vel mors: deportatio plerunque: mors duobus, aut tribus casibus, si quis homo occisus sit, ut *l. 6. hoc tit.* vel si servus vim publicam fecerit, ut *l. servos, hoc tit.* & accusetur criminaliter ex constitutionibus factis ad legem Juliam de vi publica, quo casu dominus eum tantum debet exhibere. Defendere potest, non autem pro eo conveniri, ut in *l. 4. sup. de noxal. act. l. 2. sup. de accusat.* Et tertius casus est, si liber homo raptus sit: Nam & hoc casu pœna legis Juliæ de vi publica est mors, *l. 5. §. ult. ff. ad leg. Jul. de vi publ.* Quæ autem sit vis publica, & quæ privata, non facile est definire: Nam harum appellationum significatio sæpius est mutata. Olim vis publica erat vis immoderata & iniqua publicarum personarum, ut in specie *l. 1. hoc tit.* recte dices, apparitorem magistratus (*quæ est persona publica*) qui ob debitum mariti ex causa judicati capit pignori res uxoris, vel qui ob munus civile datum marito (quod qui detrectat, pignoribus captis coërcetur, *l. si quis magistratus, ff. de muner. & honor. l. nominatori, sup. de pign.*) Qui igitur ob munus civile, quod detrectat maritus, pignori capit res uxoris, vim contrahere videtur, videlicet publicam, quod & Græci addunt ad *l. 1.* sane vis publica ea est, quam infert publica persona contra jus, fasque pium, & privata, quam privatus infert. Et hanc fuisse veterem definitionem vis privatæ, & publicæ demonstrat Paul. 5. *Sentent. eod. tit.* & Isidorus 5. *Etymolog.* At longe aliam postea nobis juris auctores, minusque firmam, aut perpetuam definitionem tradiderunt vis privatæ, & vis publicæ, in Institutionibus nimirum, ubi vis privata definitur, quæ fit sine armis: Publica, quæ cum armis, quæ definitiones periculosæ sunt, quia non sunt semper veræ, sed plerunque tantum, quia vis armata plerunque est vis publica, propterea quod omni armorum motu offenditur, & perturbatur publica securitas, & vis privata fere nunquam est armata vis, sed inermis, nisi quis malit leviore judicio confligere, & vim publicam persequi, atque ulcisci, ut privatam mitiore judicio electa lege Julia de vi privata, missa lege Julia de vi publica. Non esse perpetuas has definitiones apparet, quod vis publica nonnunquam fit etiam sine armis, ut *l. mariti, §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* si quis per vim stuprum intulerit, vim publicam committit, etiamsi hoc fecerit sine armis, nec enim arma exigit. Itemque, ut *in l. 3. hoc tit.* quam & Græci recte accipiunt de vi publica, si quis rapuerit, aut incluserit liberum hominem, etiam sine armis, vis est publica, quia scilicet libertatis tutela est publica, quæ læditur vi allata libero corpori. Eademque ratio est, si quis convocatis hominibus non armatis vim fecerit, quo liber homo verberaretur, vis est publica, *l. qui dolo, §. pen. ff. ad l. Jul. de vi publ.* Vis publica dici hoc casu potest, quia minuit libertatem civium, cujus publica est tutela. Idem etiam evenit in specie *l. ult. ff. eod.* si quis nova vectigalia exigat sine auctoritate publica, quia vectigalium ratio pertinet ad Rempublicam, & qui sine auctoritate publica ea exigit, vim Reipublicæ inferre videtur, cujus res est. Item in specie *l. 5. eod.* si quis per vim aliquem sibi obligaverit. Quam obligationem lex Julia de vi publica ipso jure rescindit, nec addit, si arma adhibuerit: sed si per vim qualemcunque aliquem sibi obligavit, vim esse publicam, quia obligatio est juris vinculum, quod non vi, sed jure publico contrahitur, & nil est magis contrarium juri, quam vis. Et ita rectius statues, & tutius, vim publicam esse eam, quæ contraria est rei, jurique publico principaliter, vel per consequentias: qua ratione & vim privatam quamcunque potes arguere ut publicam, quod per consequentias sit contraria juri publico: sicut etiam tibi licet vim publicam, si velis mitiore judicio agere, arguere tantum ut privatam, spectans tuum privatum damnum, non publicam utilitatem, ut in specie *l. qui dolo, §. pen. ff. ad leg. Jul. de vi publ.* juncta *l. 2. ff. de vi privata.* In-
A venio etiam *in l. 3. ff. ad leg. Jul. de vi publ.* vim publicam esse, si quis ex incendio aliquid rapuerit præter materiam, inquit: Nam materia, quæ scilicet est parata ad ædificandum, vel fulciendum, ex incendio rapimus impune, quia auferimus materiam incendii, modo id fiat non lucri faciendi animo. Et ita ex incendio quilibet rapit impune materiam, sed si quid aliud rapiat, est vis publica, nec dicitur, si rapiat cum telo, cum armis, sed simpliciter si rapiat. Cur est vis publica? quia maxime interest Reipublicæ, ut in illa trepidatione incendii, quæ publica est, fides servetur inter cives. Et si quid quis ex incendio rapuerit, ut publicæ utilitatis causa id vindicetur, denique ut vindicetur, ita respub. ut ait *l. 1. §. merito, ff. depos.* Concludamus igitur, vim publicam esse, quæ contraria est rei, jurive publico, privatam, quæ est con-
B traria rei, jurive privato.

Ad L. VII. Si quis ad se fundum, *vel quodcunque aliud asserit pertinere, ac restitutionem sibi competere possessionis putat: aut civiliter super possidendo agat, aut impleta solemnitate juris, crimen violentiæ imponat: non ignarus eam se sententiam subiturum, si crimen objectum non potuerit comprobare, quam reus debet excipere. Quod si omissa interpellatione vim possidenti intulerit, ante omnia violentiæ causam examinari præcipimus, & in ea requiri quis, ad quem pervenerit possidentem: ut ei, quem constiterit expulsum, amissæ possessionis jura reparentur: eademque protinus restituta, si criminalis quæstio agitetur, violentus pœnæ non immerito destinatus in totius litis terminum differatur: ut agitato negotio principali, si contra eum fuerit ju-*
C *dicatum, in insulam deportetur, bonis omnibus abrogatis.*

CErtum est, eum, qui possessionem fundi, vel ædium, quam alius possidet, ad se pretinere putat, de ea recuperanda, aut civiliter experiri generali interdicto restitutorio momentariæ possessionis, vel interdicto unde vi, aut criminaliter agere ex l. Jul. de vi privata, vel publica, vel ex constitutionibus, subscribendo in crimen, ac proinde adeundo periculum calumniæ. Et hoc vel illo modo illi agere licet, qui possessionem ad se pertinere putat, quam alius tenet, etiamsi creditor sit, qui eam possessionem per vim occupaverit sui crediti servandi causa, *l. 5. h. tit. l. ult. ff. ad leg. Jul. de vi priv.* Loquor de creditore chirographario (*qui n' a nul gages*) Nam pigneratitius creditor, qui ex lege conventionis sine ju-
D dicis auctoritate ingreditur per vim possessionem fundi sibi pignerati, vim facere non videtur, id est, non tenetur l. Julia, *l. 3. sup. de pign.* Et ita Paul. 5. *Sent.* ait, creditorem chirographarium, si sine jussu judicis per vim debitoris res occupaverit, in legem Juliam de vi privata committere: Pigneratitium autem creditorem, etiam sine judicis auctoritate pignora persequi, & vindicare posse. Nec huic sententiæ obstat *l. 3. inf. de vi bon. rapt.* quæ ait, crimen creditorem committere, id est, vim, qui res sibi obligatas occupat, quique eas rapit sine judice, quoniam respondeo, eam legem non loqui de pignoribus, sed de rebus obligatis, id est, de hypothecis. Pignora traditione constituuntur, & semel tradita, si forte creditor amittat, & sine judicis auctoritate vi auferat, debitori, ad quem pervenere, vim non facit, quia hoc facit ex
E lege conventionis, quæ talis est, ut ea pignora teneat. Hypothecæ autem constituuntur nuda obligatione, nuda pactione sine traditione. Has si creditor debitori per vim auferat, vim facit, quia non id convenit inter eum & creditorem, ut eas haberet & teneret, sed ut ei tantum jure hypothecæ nexæ & obligatæ essent, quas nec posset persequi, nec vindicare, nisi per judicem actione hypothecaria. Et hæc obiter de creditore dicta sint. Redeamus modo ad id quod initio proposuimus, eum, qui possessionem, quam alius tenet, ad se pertinere putat, de ea agere, vel civiliter, vel criminaliter posse, & debere. Quæro quid fiat, si neque de ea agat civiliter, neque criminaliter, sed sibi ipse jus dicat vi expellendo possessorem, & ut aperte ostendit *hac l. 7.* Primo ante

omnia, inquit, expulso est restituenda possessio sine mora, momenti beneficio. Spoliatus ante omnia, ut dicitur, est restituendus, dein quærendum est, uter sit dominus ejus rei, & si probetur non fuisse dominus, qui vim intulit possidenti, tum criminaliter cum eo agi potest, ut ex hac constitutione subjiciatur pœnæ legis Juliæ de vi publica, id est, deportationi. Unde apparet de vi criminaliter non agi, antequam actum sit civiliter de possessione, & proprietate, quod congruit cum decreto Severi, *l.1. sup. de appellat.* quæ aperte ait, prius esse quærendum de possessione, quam de crimine. Congruit etiam idem cum alia constitutione Constantini, ut integra relata est apud Julium Frontinum *de limitibus agrorum*, & partes ejus legis sunt *l. 3. sup. fin. regund. & l. 5. sup. unde vi*. Ergo ex illo decreto Severi, & ex duabus constitutionibus Constantini, id est, *h. l. 7.* & illa, quæ est apud Frontinum, prius agitur civiliter de possessione, & proprietate rei, quam de crimine vis, aut vi ereptæ possessionis. Sed tamen hoc pugnat cum decreto quodam, seu rescripto Adriani, sive D. Pii, quod refertur, non etiam (ut opinio mea fert) probatur in *l. qui cœtu, §. si de vi, ff. ad leg. Jul. de vi publ. & l. si de vi, ff. de jud.* ubi aperte ait, prius esse quærendum de vi. Quod quid aliud est, quam prius agi de crimine, quam de possessione, vel proprietate? Nam vulgo stulte interpretantur de vi civiliter; quasi alia sit quæstio de vi civilis, alia de possessione, quæ una eademque est: Ergo ut & plenius docet quinta Observat. *cap.* 15. illis locis proponitur ex decreto Adriani, qui & Pius dictus est, esse prius de crimine quærendum, quam de possessione, vel proprietate. Et hoc etiam congruit cum regula veteris juris, ut prius de re majori quæratur, prius de criminali, quam de civili quæstione, *l. adulterii, sup. ad leg. Jul. de adult. l. ult. sup. de ord. judic.* Sed illa lex ult. (quod notandum) ait, ita sæpe fieri, ut criminalis causa præferatur civili. Regulæ juris constituuntur ex iis, quæ sæpe fiunt: Nec enim ullæ sunt regulæ perpetuæ, quæ nunquam nos fallant. Ergo caute ait lex illa ultima, ita sæpe fieri, non semper: Nam in causa vi ereptæ possessionis, quamvis ex illo decreto Adriani ita fiat, hodie tamen non ita fit ex posterioribus constitutionibus, puta ex decreto Severi & Constantini legibus ex hac *l. 7.* quæ aperte vult, differri criminis causam, antequam actum sit de possessione & dominio. Et harum constitutionum posteriorum recte Græci hoc loco notant, hanc esse rationem, quod forte is, qui prius egit civiliter de possessione interdicto unde vi, satis habebit possessionem sibi restitui, nec ea restituta sibi volet inscribere in crimen de vi, & subire aleam judicii, periculumque talionis, & sic fieri potest, ut causa civili perducta ad finem, restituta possessione, omittatur causa criminalis. At contra, si prius ageretur criminaliter, finis hujus judicii criminalis non adferret finem civili, quia qui vim passus est, nondum rem suam recepit, etiamsi reum peregerit criminaliter. Fit autem hujus legis 7. simul ac 6. hujus tituli, vel *l. 1. 2. & 3. Theod. eod. tit.* mentio in *l. 14. C. Theod. quorum appellat. non recip.* quæ plane declarat, has leges sic esse interpretandas, ut nos sumus interpretati, maxime dum nominatim ait, hanc legem Constantini velle vigorem vindictæ differri post totius negotii exitum, id est, criminale judicium postponi civili, totum negotium est de possessione & proprietate, & principale negotium de proprietate, sic vocatur in hac lege 7. ut principalis quæstio, id est, de proprietate, *l. nulla, sup. de jud.* Totum ergo negotium civile prius finiri debet, quam veniatur ad judicium criminale de vi, ut inquit, si procacem vesaniam, id est, audaciam ejus, qui vim intulit, principalis negotii discussio publicasset, convictum affligat, aut medietatis amissio, aut sors deportationis. Et quod ait (medietatis amissio) respicit ad id quod in Codice Theodos. additur in extremo hujus *l. 7.* videlicet *l. 3. C. Theod. eod. tit.* Quid vero additur? ut si in judicio proprietatis, in judicio principali probetur fuisse dominus is qui vim intulit possidenti, deinde in judicio crimi-

A nali, quod sequi debet, mitius puniatur, id est, ut non plectatur deportatione, sicut cum probatur, eum non esse dominum, sed ut plectatur tantum publicatione dimidiæ partis rei suæ, quam per vim abstulit, altera autem dimidia pars, ut in suo dominio permaneat. Sed cur noluit addere Tribonianus ad hanc legem, quod est amplius in *C. Theod.* unde hanc legem sumpsit? Optima ratione, quia post Constantinum aliis Imperat. placuit, hoc etiam casu, cum dominus rem suam vi abstulit possidenti, publicari totam eam rem, non dimidiam partem, sed assem, *l. si quis in tantam, sup. unde vi*. Illo loco *dominium ejus rei amittat*. Non dicit, cui cedat dominium, aut in quem ab illo transeat, sed proculdubio intelligere debes, cedere, & transferri in fiscum dominium totius rei, ut sicut olim dimidia pars publicabatur, & ita hodie

B totum publicetur. Et ita hæc sunt explicanda.

AD TITULUM XIII.

DE RAPTU VIRGINUM, VEL VIDUARUM, VEL SANCTIMONIALIUM.

STUPRUM, vel adulterium vi commissum vindicatur lege Julia de vi publica, *l. mariti, §. ult. l. vim, ff. ad leg. Jul. de adult.* Item vindicatur constitutionibus, & severius multo. Leges Juliæ mitiores sunt constitutionibus. Nam & qua alia vi allata, *lex servos tit. prox.* ostendit majorem esse pœnam constitutionum, quam legis Juliæ, cum dominos, qui per servos

C suos vim fecerunt, si sint honestiores, subjiciat pœnæ legis Juliæ, si viles & infames, pœnæ constitutionum, tanquam majori, ut in *l. capitalium, §. ult. ff. de pœn. Majores in omni supplicio semper severius punivisse infames, quam integræ famæ homines.* Est autem proprie hic titulus de stupro commisso in virginem, aut viduam, aut sanctimonialem, quæ & devota virgo dicitur iis, qui purius loquuti sunt, Ausonio & Ambrosio, & ut dicatur etiam Nonna vetustissimum est, & legitur non tantum apud Hieronymum *de custodia virginitatis, castæ vocantur, & Nonnæ*, sed quod mirum est, etiam apud Dionem, vel Xiphilinum in Domitiano: Νόννας ϗ γυναῖκας συνέβαλλε. Ubi (*Nonnas*) accipit pro virginibus. Constitutio etiam hujus tituli est de stupro commisso in Diaconissam, quæ servit ecclesiæ, quod patet ex *l. raptores, sup. de*

D *episcop. & cleric.* Venit etiam in hunc titulum adulterium vi commissum, quo casu jus est marito occidendi quemlibet deprehensum in ipso facinore sine ulla exceptione, cum tamen ex lege Julia, si sit adulterium sine vi, quemlibet deprehensum in ipso actu, in ipsa turpitudine marito non liceret occidere. Sed hoc casu dicendum est, quoniam duplex est crimen, adulterium, & vis, deprehensum a marito quemlibet impune necari sine distinctione, sicut etiam raptorem virginis, aut viduæ deprehensum vult hæc constitutio impune necari a parentibus, vel fratribus, vel tutoribus, curatoribus, patronis, dominis. Item sive adulterium, sive stuprum sit vi commissum, est publicum crimen. Et *l. 30. sup. ad leg. Jul. de adult.* quæ adulterium non vult esse publicum crimen, est accipienda de simplici adulterio, non de eo

E quod vi junctum est. Hoc enim est publicum, & ejus pœna est ultimum supplicium, & ademptio omnium bonorum, ut cedant raptis mulieribus, si ingenuæ fuerint, vel ut cedant monasterio, si devotæ virgines fuerint, vel ut cedant ecclesiæ, si diaconissæ fuerint, quales habuit multas prima Ecclesia, & vero in iis definivit Apostolus ætatem sexaginta annorum. Sed quia juniores diaconissæ quandoque admittebantur, ut Hermias ostendit in historia Ecclesiastica, dum reddit causam ferendæ *leg. nulla, sup. de episc. & cleric.* quæ reducto præcepto Apostoli, jubet non admitti in ecclesia, nisi sexagenariam Diaconissam. Admittebantur igitur errore quodam etiam juniores, quibus poterat vis inferri. Bona ergo auferuntur raptori ingenuarum, vel Deo dicatarum virginum,

num, aut viduarum: at raptori ancillarum, vel libertinarum irrogatur quidem ex hac constitutione ultimum supplicium, sed bona ei non auferuntur, quod est maxime dissentaneum ultimo supplicio. Ac similiter consciis, & ministris hujus criminis ultimum supplicium irrogatur, bona non auferuntur ex hac constitutione. Et ita Tribonianus voluisse videtur interpolata constitutione de mulieribus, quæ se servis propriis junxerunt, ut heri ostendi, ut stuprum commissum cum servo proprio puniretur quidem morte utriusque, sed bona legitimæ successioni reserventur, atque ita, ut capitale supplicium non sequatur publicatio bonorum, quod etiam vult hæc constitutio raptis ancillis, aut libertinis omnimodò, & raptis ingenuis, vel Deò dicatis, ut etiam capitale supplicium publicatio bonorum non sequatur, sed cadant bona in dominium raptæ, vel ecclesiæ, vel monasterii. Item ex hac causa rei postulati non audiuntur opponentes præscriptionem fori: quilibet judex de raptu est competens judex, ut statuere possit. Item non audiuntur appellantes, quod ait Justinianus in hac constitutione se retinere ex lege Constantini, & intelligit *l.* 1. *C. Theod. eod. tit.* cujus pars est in *l. pen. sup. quib. ex caus. servi pro præmio libert.* Postremo interdicitur hac constitutione strictè nuptiis raptoris, *ut Novel.* 143. & 150. & mirum in modum damnatur matrimonium raptus scelere contractum, dum ait, nullo modo, nulloque tempore licere consentire, vel principi, vel parentibus, ei, qui hostili more matrimonium studet sibi conjungere, & oportere ut quicunque vult ducere uxorem, eam petat a parentibus, vel aliis, quos decet. Unde sumitur hodie, quod est in usu, ut qui clam parentibus, aut cognatis duxit puellam, pro raptore habeatur, etiamsi volentem duxerit: quia nec velle videtur puella, quæ (ut est in *d. l.* 1. *C. Theod. eod.*) etiam propter vitium levitatis, & sexus mobilitatem, & consilii, prohibetur a postulationibus, & testimoniis, omnibusque rebus judiciariis. Atque etiam illæ insidiæ, seu blanditiæ, & illecebræ, ut heri dicebam, *picta tectoria linguæ*, hamati sermones pro vi habentur, & quæ circumventa, seducta, sollicitata est, noluisse videtur, *l.* 3. §. *si quis volentem, ff. de lib. hom. exhib.* Merito igitur, qui seductam duxit, clam iis, a quibus ut decebat petenda erat, pro raptore habetur, & tenetur pœna hujus constitutionis.

AD TITULUM XIV.

DE EMENDATIONE SERVORUM.

VIM, & raptum sæpe comitantur homicidia, ut etiam *l.* 6. *tit.* 12. notavit, & constitutio tituli superioris. Ideoque post legem Juliam, & constitutiones de vi, & raptu, consequenter dicturus de homicidiis, quæ lege Cornelia vindicantur, & constitutionibus factis ad eam legem, prius vult dato hoc tit. ab ejus legis tractatione semovere homicidia servorum, commissa a dominis, quæ lege Cornelia non vindicantur, imo per eam dominis in servos jus est vitæ, necisque. At ex constitutione hujus tituli, dominus reus est homicidii, qui servum occidit dolo malo, & animo occidendi, non etiam si servus forte a domino fustibus, aut flagellis castigatus, aut vinctus mox, aut paulo post interierit: hic enim casus domino non imputatur, nec, ut ait constitutio, in eo distinctio dierum observatur, quibus scilicet servus supervixerit post emendationem, aut vincula, quod rectè Azo animadvertit respicere ad legem Dei pro tempore datam Judæis *Exod.* 21. quæ facit dierum distinctionem. His autem verbis constitutionis, (*ictu fustis*) neque flagellorum castigatio, nec fustium admonitio significatur (ex qua etiam præsumit, dominum habuisse animum emendandi potius, quam occidendi, docet constitutio initio dum ait, *loris, aut virgis*, id est, *flagellis, aut fustibus*) sed significatur pondus clavæ, vel alterius ligni crassioris. Et ita his verbis (*ictu lapidis*) A pondus saxi: Nec enim quilibet jactus lapidis est idoneum argumentum animi comparati ad cædem.

AD TITULUM XV.

DE EMENDATIONE PROPINQUORUM.

UT tituli superioris constitutio dominis in servorum emendatione, permittit moderatam tantum castigationem, non immoderatam, non extremam pœnam: ita hæc constitutio permittit tantum senioribus propinquis moderatam castigationem in juniores, si mediocre sit delictum, quod admiserint, quod possit intra privatos parietes de communi B sententia propinquorum etiam mediocriter coerceri: Nam si res graviorem animadversionem desideret, offerendi sunt judicibus, ut *l.* 4. *sup. de patr. potest.* Ut servi quoque a dominis, si gravius sit delictum, *l. circumcidere, ff. ad leg. Corne'. de sicar.* Quo exemplo, id est, collata castigatione, data dominis in servos, cum ea, quæ datur senioribus propinquis in juniores, dicam etiam hodie more majorum non licere propinquis mulierem adulteram, cui publicus accusator deest, coercere, quem morem retulit Svetonius *in Tiberio.* Et hoc dicam hodie ita esse post rescriptum Divi Marci, quo etiam domino non licet statuere in servum suum non deprehensum, quem dicit cum uxore sua adulterium commisisse, *l. servos, ff. de accusat.* Idemque etiam hoc argumento probatur: Propinquis senioribus hæc constitutio hoc tantum C dat, ut stultos juvenes, quos, ut ait, ad vitæ decora domesticæ laudis exempla non provocant, patrio jure corrigant. Atqui pater in filium forte infamem in novercam adulterii, nil statuere potest, sed eum debet offerre judicibus puniendum, *l.* 2. *ff. ad leg. Cornel. de sic.* quam ita esse accipiendam, inscriptio arguit, quæ est de adulteriis: non potest etiam statuere in filiam adulteram, nisi simul cum adultero deprehensam in flagranti crimine ex lege Julia, ut loquitur constitutio tituli 13. & Demosthenes παρ' αὐτὰ τὰ ἀδικήματα. Ergò ex hac causa etiam propinquis senioribus in minores natu nil statuere licet.

AD TITULUM XVI.

AD LEGEM CORN. DE SICARIIS.

D HÆC lex homicidia capitali pœna coercet, & ait generaliter, qui hominem occiderit, & ideo cujuslibet conditionis hominem comprehendit. Non dicit, ut lex Numæ, *qui hominem liberum dolo malo sciens morti duit*, sed qui hominem occiderit: proinde cujuscunque conditionis hominem, comprehendit etiam servum, & peregrinum, qui fuerit occisus, *l.* 1. §. & *qui hominem, ff. eod. tit. l. inde Neratius*, §. *si dolo, ff. ad leg. Aquil.* Imo, & cujuscunque ætatis infantem, seu imperfectum hominem, *l. pen. h. tit.* & generaliter quoque quemcunque hominem, qui occiderit, modo fuerit pubes, aut impubes doli capax, *l.* 6. *h. tit. l.* 7. *in fin. de pœn.* ut alio cap. ejusdem legis, *qui venenum malum fecerit*, M. Tullius pro Cluentio ait, *Omnes* E *viros, mulieres, liberos, servos in judicium vocari.* Et non eum tantum lex Cornelia coercet, qui occiderit, sed etiam eum, qui in publico cum telo ambulaverit occidendi hominis causa, *l.* 7. *h. tit.* Lege Julia de vi publica tenetur (quod notandum) qui cum telo in publico ambulavit sine distinctione, quoquo animo id fecerit, *l.* 3. §. 1. *ad leg. Jul. de vi publ.* Juxta legem veterem, μὴ ξιφοφορεῖν. Lege autem Cornelia tenetur, qui cum telo in publico ambulavit, cum hac adjectione, hominis occidendi causa. Hæ duæ leges, vere sunt fundamenta omnium rerum publicarum. His legibus stat omnis Respublica, omne corpus, omne collegium: his stetit hæc schola diu. In lege Cornel. additur adhuc, qui hominem occiderit dolo

dolo malo: Nam si dolus, & animus absit occidendi, fortuito casu, vel improviso, non dolo malo, homicidium factum intelligitur *l. 1. & 5. h. tit.* Dolum autem abesse qui dicit, id est, qui se non animo occidendi occidisse dicit, probare utique debet, se non occidisse animo occidendi; ut ait *l. 1. h. tit.* Sicut qui dicit, se non injuriæ faciendæ causa aliquid fecisse, id etiam debet probari, *l. 5. inf. de injur.* Fecisse eum constat, occidisse constat: ejus est, quem constat occidisse, purgare suam innocentiam, & probare dolum malum abesse, id est, non occidisse animo occidendi. Dices ergo negantis est probatio: ergo negatio probari potest, quod omnes notant in *leg. 1.* Pessima est collectio, quia hæc negatio non est simplex negatio, sed tacita adseveratio, se fecisse casu, ut ait *l. 5. h. t.* Simplex negatio, veluti, non occidi, probari nullo modo potest, hoc non fert rerum natura, ut probetur negatio simplex, *l. actor, sup. de probat.* At negatio, quæ in se continet affirmationem, puta non occidi animo occidendi, quod est vi ipsa, occidi casu, non animo, probari potest, puta, ex genere ictus, ut in specie *l. 5.* si ictus calcis forte præbuerit mortis occasionem: ex genere etiam ferri, quo percussit, ut in *l. 1. §. pen. D. eod. tit.* si clavi tantum percussit, vel, ut ait, si cucuma percussit, quod latinum nomen retinemus in nostro idiotismo (*un conquemar*) quod vel etiam probari potest ex aliis circumstantiis: vel si probet se mortuo semper summo necessitudinis, & amicitiæ vinculo fuisse junctum, nec ullam fuisse causam inimicitiarum. Non coercetur etiam lege Cornelia homicidium, quod quis fecit, ne ipse occideretur, ut *l. 2. 3. & 4. h. tit.* Quo tamen casu etiam occisori, & hoc jure utimur, opus est venia principis, quæ habeat adnotationem ipsius principis, id est, subscriptionem ipsius principis, ut cavetur in *Novel. Valentiniani, de homicidio casu facto.* Venia igitur indiget, alioqui punitur, & qui casu, non voluntate necavit, & qui necavit vitæ suæ tuendæ causa. Et quod in illa Novella cavetur, ut homicidii pœna non remittatur ei, qui casu hominem necavit, vel sui defendendi causa sine venia principis, sine adnotatione, sine indulgentia: dico, sine adnotatione, quia non sufficit simplex indulgentia, quæ non habet adnotationem principis, sed indulgentias oportet principem manu sua subscribere, alioquin est inefficax indulgentia. Hoc idem quod cavetur ea Novella, aperte demonstratur *l. 5. h. tit.* etiam olim obtinuisse, dum ait, *eum, qui calcis ictu mortis occasionem præbuit, si hoc ita esse liquido probaverit, absolvi debere secundum id, quod adnotatione nostra comprehensum est.* Ubi miror Accursium non intelligere, quid sit adnotatio. Adnotatio est indulgentia admissi criminis subscripta manu principis. Et observandum ex inscriptione hujus legis, quæ in fragmentis Cod. Gregoriani talis est, & taliter etiam restituenda, *Habe*, id est, *Salve*: Nam & dicebant tenuiter, & aspirate: & est frequentissimum in C. Theod. *Habe Agatho carissime nobis*, qua salutatione princeps non utitur, nisi cum scribit ad præsides provinciarum. Et ideo ex inscriptione apparet, hanc legem fuisse scriptam ad Agathonem præsidem provinciæ, quoniam hanc salutationem præmittit. *Habe Ag. car. nob.* quo de genere inscriptionis est legenda Observatio 1. *c.* 15. Nam & sic in *l. dominus sup. de appell. Habe Eraclida carissime nobis*, & in *l. si quis, sup. de accusat. Habe Crispine carissime nobis*, & apud Eusebium in Historia sacra, *χαῖρε Ανηλινε τιμιώτατε ἡμῖν*. Porro Imperatores in hac *l. 5.* Agathoni præsidi provinciæ præcipiunt, si ei probaverit, is qui hominem occiderit, se ictu calcis mortis occasionem præbuisse, id est casu, non voluntate, ut eum absolvat: secundum quod, inquit, adnotatione nostra comprehensum est, id est, indulgentia, quam ei concessimus, sine qua, ut & Novella illa Valentiniani definit, homicidium casu factum non relinquitur impunitum. Homicidium autem factum dolo malo, ex ead. Nov. nec adnotatione principis remitti potest. Plures vero in hoc libro sunt ad eundem Agathonem leges eorundem Imperatorum, quarum inscriptiones eodem modo sunt restituendæ, quantum vestigia extant manuscriptorum. Ex his est *l. 15. inf. de pœn. l. 22. sup. de probat. l. 31. sup. de evict. l. 3. sup. si ignor. rem minor.* Verum ad hæc posset quis dicere: *lex 5.* ait, ictum calcis mortis præbuisse occasionem, at is, qui mortis causam præbet, perinde ac homicida punitur, *l. nil interest, ff. eod. l. 6. sup. ad leg. Jul. de vi public.* Ergo & hic puniendus videtur, non absolvendus. Dico differentiam esse inter occasionem, & causam, ut Philosophi docent. Occasio est accessio causæ. Et ut hæc commonstrem exemplis ex jure nostro petitis, causa adquirendi legati est voluntas testatoris, quæ pro lege habetur, *l. 12. tab.* occasio, mors ejus, *l. 31. D. de mort. causa don.* Causa dominii adquirendi per usucapionem est *lex* 12. tabularum, ut ait Cicero *pro Cæcinna*, occasio, contractus, seu conventio bona fide facta, ex qua res aliena mihi tradita est *l. 33. eod.* sic in homicidio voluntario causa est fraus occisoris, & malitia mala, occasio, ictus gladii. In non voluntario, causa est fatum, occasio est ictus calcis, vel clavis, vel percussio levis, vel quis alius casus.

AD TITULUM XVII.

DE HIS, QUI PARENTES, VEL LIBEROS OCCIDERUNT.

IN quibusdam libris additur, ad legem Pompejam, *ut in Digestis*, nec male: Nam etsi alia fuerit lex Cornelia de parricidiis, *l. 2. §. capta, ff. de orig. jur. l. ult. C. Th. ad leg. Cornel. de falsis*, tamen lex Pompeja magis fuit recepta tanquam novissima, quæ pro parricidio etiam habet cædem cognatorum ex transverso, & affinium, & patronorum, & conjugis uxoris, seu mariti. Proprie enim parricidium tantum committitur inter parentes & liberos, inter ascendentes & descendentes, de quo solo etiam agit constitutio hujus tituli, quæ id quoque vult, puniri more majorum, primitus virgis sanguineis cæso parricida, ut ait *l. pen. ff. eod. tit.* quales esse virgas lictorum apud Plinium legi, ex fruticibus scilicet sanguineis, qui arboribus infelicibus adnumerantur a Macrobio 3. *cap. ult.* ut quemadmodum alii criminosi more majorum arbori infelici suspenduntur, ita parricidæ cædantur fustibus ex arbore infelici decerptis: deinde (ut hæc constitutio declarat) insuantur culeo. *Juvenal.* Corio bovis. Cedrinus, *δέρματι βοείῳ νεοδάρτῳ, qui soit freschement escorchè*, cum impiis animalibus impii homines, ut legimus in sententiis Adriani Imperatoris, quæ habentur inter glossas veteres, & referunt etiam (quod nusquam alibi memini me legere) parricidam insutum culeo cum illis impiis animalibus plaustro juncto nigris bobus, more majorum deportari in mare, & abjici in profundum: Nova hæc pœna esse dicitur in Instit. quæ tamen est vetustissima, quia scilicet non erat in usu ante hanc constitutionem, non erat solemnis pœna: hodie igitur est nova. At valde est notandum, quod Sveton. scribit in *Augusto cap.* 33. hoc acerbissimo supplicio more majorum nec convictum, & manifesti parricidii reum puniri, nisi ultro confiteretur, nec confessionem extorqueri tormentis. Ideoque ut det argumentum lenitatis Augusti, refert eum manifesti parricidii reum, quod eum culeo insuere non liceret, nisi confiteretur, interrogasse hoc modo, quasi suggerens, ne confiteretur: *Quid*, inquit, *patrem tuum non occidisti?* hoc est valde singulare, ut hæc pœna gravissima non exerceatur in convictum, sed in confessum tantum sua sponte.

AD TITULUM XVIII.

DE MALEFICIS, ET MATHEMATICIS, ET CETERIS SIMILIBUS.

LEX Cornelia fuit conjunctim de sicariis, & veneficis. Unde solet quæri, quia scriptum est in *l. 2. §. capta D. de Orig. jur.* Cornelium Syllam quæstiones publicas constituisse, id est accusationes

ſationes publicas, veluti de falſo, de parricidio, de ſicariis, & prætores quatuor adjeciſſe, qui ſcilicet de iis criminibus quærerent ex ſuis legibus, omiſſa quæſtione quarta, quoniam tantum tres quæſtiones recenſentur de falſo parricidio, & de ſicariis: quænam ſit illa quarta quæſtio, quæ eſt omiſſa? & proculdubio non eſt de veneficiis, quæ ſub nomine de ſicariis ſatis intelligitur, cum in lege Cornelia jungantur ſicarii, & venefici, quia non in ſolo ferro eſt homicidium, ſed in veneno, vel etiam in vi carminis, ut Lucanus ait:

Mens hauſti nulla ſanie polluta veneni
Incantata perit . . . . .

Et verius eſt, omiſſam quæſtionem illo loco eſſe de injuriis, quoniam lege Cornelia etiam de injuriis publicum judicium fuit conſtitutum, *l. hos accuſare*, *§. ult. ff. de accuſ.* ſed forte eſt omiſſa publica quæſtio de injuriis, quia abierat in deſuetudinem. Et jam, ut ait *l. 7. inf. de injur.* injuriarum quæſtio non publici, ſed privati erat judicii. De ſicariis autem ſatis dictum eſt ſupra. Hic titul. eſt de veneficis. Nam maleficorum appellatione etiam venefici, aut venenarii continentur, qui veneficiis, votis, diris devotionibus defigunt alios, qui fingunt cereas imagines hominis necandi cauſa, aut cruciandi, quod gloſſa notavit in *l. 6.* hujus tituli. Et ita Ovid. in Epiſtola Hypſipiles:

Devovet abſentes, ſimulacraque cerea fingit.

Et Horatius, *Atque movere cereas imagines, ut ipſe noſti curioſus*; ubi curioſus, pro malefico, ſeu mago accipitur. Denique hic titulus eſt de venefic. unde ſtatim in *l. 1. hujus tit.* admonemur, plus eſſe veneno neci dare, quam gladio occidere. Nec igitur eſſe mirum, ſi venenarius eadem, qua ſicarius, aut majore pœna plectatur. Maleficorum nomen latiſſime patet. Nam complectitur etiam Mathematicos: non qui Geometriam, Arithmeticam, Muſicam, Aſtronomiam exercent, quæ artes ſunt liberaliſſimæ, ſed Chaldæi, ut vocabantur, & Genethliaci impoſtores quidam Mathematicorum nomine adumbrantes ſuas ineptias, qui profitentur ſe fata cujuſque noſſe, & Natalitias ſyderum obſervationes; qui omnes, & his ſimiles, arioli, vaticinatores, Magi, pleriſque Senatuſconſultis ſubjiciuntur pœnis legis Corneliæ *de ſicariis, & venef. l. ex Senatuſconſ. D. ad leg. Corn. de ſicar.* Et apud Ulpianum in Fragment. librorum de officio Proconſ. & apud Cornel. Tacitum multis in locis fit eorum Senatuſconſultorum mentio, & coercentur tam diſcipuli, quam magiſtri, *l. pen. hujus tit.* Tertullianus *lib. de idolat.* De his impoſtoribus ſcribens, *eadem pœna eſt*, inquit, *diſcipulis, & magiſtris, & libri eorum comburuntur*, *l. cetera*, *§. 1. famil. erciſc.* Ubi vocantur hi libri improbatæ lectionis, juxta elegans illud præceptum Phocylidis: φαρμακα μὴ τεύχε κ̀ μαγικῶν βιβλίων ἀπέχεσθαι. Quod autem permittitur in *l. 4. hoc tit.* ut iis malis artibus uti liceret ſalutis ferendæ cauſa, frugum a calamitate ſervandarum cauſa, quod plerique faciunt, quos Seneca vocat χαλαζοφύλακας, *quaſi obſervatores grandinum*, hoc recepit Paganiſmus, ut liceat improbatis artibus ſalutis ferendæ cauſa uti, & merito etiam hujus legis pars eſt abrogata *Novella Leonis Philoſophi 65.*

AD TITULUM XIX.
DE SEPULCHRO VIOLATO.

SUPERIORIBUS proximi ſunt ſepulchrorum violatores, quia & magicis artibus dediti plerunque acciendis manibus conſueverunt adire ſepulchra, oſſa legere, quod ſemel mihi videre contigit, mulierem ſclilicet legentem oſſa, attrectantem reliquias, ac deinde præhenſam, & a judice interrogatam cujus rei cauſa ſepulchra violaret, & defunctos inquietaret: reſpondiſſe, ſe maleficii cauſa hoc feciſſe: ut plane dicam, recte maleficis eſſe proximos, aut maleficos reſipere eos, qui ſepulchra violant, qui lædunt religionem, qui ſunt rei læſarum religionum, *l. 1.* ut Tacitus, *communi crimine læſarum religionum*, hoc eſt, violatorum ſepulchrorum, in quos pœnæ ſtatuuntur hoc titulo, & ſunt conſtitutæ graviſſimæ in clericos, *Novell. Theod. de ſepulchr.* quia clerici potiſſimum (*ut ait Novella*) erant infames hujus criminis, & ideo gravius puniuntur. Ratio additur in ea Novella, quod vehementius ſit puniendus, quem peccaſſe mireris. Notabo tantum, quæ ſunt præcipua in conſtitutionibus hujus tituli. Noto primum ex *l. 1.* relegationis fuiſſe pœnam convenientem ſervis, quoniam in ea ſervus, qui inſciente domino ſepulchrum violavit, in metallum datur: qui ſciente domino, aut jubente tantum relegatur. Ergo cadit in ſervum relegatio, quod etiam oſtendit *lex 2. ff. qui & a quibus manum.* Et *l. 1. C. Theod. de mulierib. quæ ſe propriis ſervis junx.* Unde apparet, quemadmodum ſit ſine cunctatione ulla accipiendum, quod ait *l. hos accuſare*, *§. omnibus*, *ff. de accuſat.* pœnam capitis, aut pecuniariam non cadere in ſervum, ſicut relegationem. Quid hoc eſt, ſicut relegationem? Utrum ſicut relegatio etiam non cadit, an ſicut relegatio cadit? Et hoc eſt verius: Nam & ita loqui ſolent noſtri auctores, *l. & non tantum*, *§. ult. ff. de pet. her. l. 3. ff. pro ſolu.* Noto præterea in *l. 3. hujus tit.* ut apparet non tantum ex C. *Theod.* ſed ex libris manuſcriptis, deeſſe verbum unum, ſcilicet, *nota*, quo loco ait (*judicem, qui non vindicat hoc crimen, non minus quam viginti librarum auri pœna*) quoniam legendum, *non minus nota*, id eſt, infamia, quam viginti librarum auri pœna puniri, perinde ac violatorem ipſum ſepulchrorum, qui eadem pœna pecuniaria punitur. Unde apparet etiam in *l. 3.* pœnam ſepulchri violati, verti in pecuniariam pœnam, inferendam fiſco ſcilicet, aut largitionibus, ut ait *l. 3.* puta privatis. Nam comiti largitionum privatarum, Caſſiodorus in formula ejus Comitivæ ſcribit fuiſſe commiſſam quietem defunctorum. Ea vero pœna pecuniaria, ut dixi, eſt 20. librarum auri: Nam & in *l. 4.* hujus tituli, Baſilica habent viginti pondo, non decem pondo, alioquin confligeret *l. 4.* cum tertia. Itemque eadem *l. 4.* de ſepulchro violato judicium publicum facit, dum ait, ſive quis propria ſepulchra defenderit, ſive quis alius accuſaverit, hoc eſt, ſive is, ad quem res pertinet, ſive extraneus accuſaverit: & ſequitur, *vel officium nuntiaverit*. Nam & ſic habent Baſilica, & Codex Theodoſ. non *officio*, ut in *l. 1. tit. 11.* ſit omnibus facultas arguendi, ſit officio copia nuntiandi. Recte ibi, *officio*. Sed in hac *l. 1.* ut ſit idem ſenſus legendum eſt, *ſive quicunque alius accuſaverit, vel officium nuntiaverit*. Nam quæ in aliis eſt accuſatio cum inſcriptione: in officiis, id eſt, officialibus eſt nuntiatio ſine inſcriptione, *l. ea quæ, ſup. de accuſ.* & crimen publicum dicitur id, cujus accuſatio ſolemnis patet omnibus, & nuntiatio officio ſine ſolemnibus accuſationis. Et præterea *l. 4.* ait, ſe hanc pœnam accedere velle publici judicii, & publicæ vindictæ de ſepulchro violato, antiquo ſupplicio, priſcæ ſeveritati, ut ſcilicet demonſtret, ſe non tollere actionem popularem de ſepulchro violato, quæ priſco jure competit cuilibet, ceſſante eo, ad quem res pertinet ex edicto prætoris, quod proponitur in *ff. eod. De lege ult. hujus tit.* ſatis diximus in *Novella 60.*

AD TITULUM XX.
AD LEGEM FABIAM DE PLAGIARIIS.

ALIA fuit lex Cornelia de plagiariis, quod aperte indicat hic locus Apuleii *libro 8. Crimen*, inquit, *legis Corneliæ incurram, ſi civem Romanum pro ſervo vendidero*: Nam venditio civis Romani plagium eſt, *l. 12. ſup. de ingen. manum. leg. 2. ubi de crimine agi oport.* ſed in legis Corneliæ locum ſucceſſit lex Fabia, ſicut in ejuſdem legis de parricidio ſucceſſit lex Pompeja. Et ut lex Pompeja magis placuit, ita lex Fabia, qua plagiarii, qui & laverniæ, & fraganæ dicun-

dicuntur in veteribus glossis, publico judicio lenius coercentur, nimirum pecuniaria pœna fisco inferenda, ut ait *l.6.* Sed hodie ex constitutionibus adficiuntur longe graviori, *l. ult. ff. eod. tit. l. ult. hujus tit.* Quæ lex, & dominum Alciatum, & omnes plurimum torsit, quoniam in statuenda pœna plagii secum pugnare videbatur, cum in ea legebatur in prima parte (*teneantur*) Sed rem expedivit Codex Theod. in quo legitur (*tenebantur*) quo verbo significatur id quod est proditum in *l.ult. ff.eod.* quod plagiarii damnabantur in metallum. Sed secunda pars hujus legis ultimæ, infligit pœnam graviorem metallo. Alciatus perfide multa scripsit, id est, multos auctores adducit falso, & scripsit in Codice Theod. legi in hac *l. ult. ante cognitionem teneantur*, imo, ante cognitis suppliciis tenebantur, id est, metalli pœna. Plagiarii autem sunt, qui sine vi dolo malo scientes abducunt liberos homines, atque supprimunt, aut distrahunt. Item qui servos alienos sine vi & furto abducunt, vel qui fugam eis persuadent. Et est in hoc tractatu nobilis quæstio, quæ sit ratio, ob quam non liceat fugitivum servum vendere, aut donare, ut in *l.6. hoc tit.* Sed hæc ratio nuper fuit profligata in *Observat.* 17.

AD TITULUM XXI.

AD LEGEM VISELLIAM.

TUETUR lex Fabia ingenuos homines, quos plagiarii celant, & distrahunt. Lex Visellia etiam tuetur dignitatem, & privilegia ingenuorum, dum punit libertinos, qui honores solis ingenuis deferendos, veluti decurionatum, usurpant & administrant, vel si qui se gerunt pro ingenuis, cum sint libertini. Hanc injuriam lex Visellia ulciscitur, *l.1. sup. quando civil. actio crim.* ni scilicet, ut ait constitutio hujus tituli, jus aureorum annulorum libertini impetrarint, quoniam hoc jure imagine quadam ingenuitatis utuntur, & adnumerantur in ordinem equestrem, cujus erat insigne aureus annulus. Ideoque etiam ita addi potest, & formari hæc exceptio, nisi libertini ab equite Romano adoptati fuerint, ut apud Svetonium in Claudio cap. 24. quoniam & adoptati ab equite Romano, perinde atque donati jure aurei annuli pro equitibus Romanis habentur, & pro ingenuis, & ingenuis debitos honores possunt gerere. Itemque multo magis est, si libertini natalibus fuerint restituti, quoniam ii non imaginem tantum ingenuitatis habent, sed sunt vere ingenui. Et ita proditum est in *l. 1. inf. si servus, vel libert. ad decur. &c. lib.* 10. Fuit aliud caput legis Viselliæ, de quo Ulpianus *lib. regul. tit. de Latinis*, ut libertus Latinus fiat civis Romanus, si sex annis inter vigiles militaverit.

AD TITULUM XXII.

AD LEGEM CORNELIAM DE FALSIS.

HABUIMUS legem Corneliam de sicariis, & de veneficis, qua etiam hodie utimur; habuimus etiam legem Corneliam de parricid. sed versam in legem Pompejam: & legem Corneliam de plagiar. sed versam in legem Fabiam: Sequitur lex Cornelia de falsis, quam nulla alia lex commutavit, vel in se convertit, sicut nec legem Corneliam de sicariis, & veneficis. Hæc lex Cornelia de falsis dicta est testamentaria, quia fuit de falsis testamentis, & per consequentiam de falsis codicillis, ut in plerisque legibus hujus tituli. Et fuit etiam de veris testamentis, quæ quis suppressit, vel subripuit dolo malo, qui perinde tenetur ac is qui falsa testamenta scribit, *l. 14. hujus tit.* Tam est falsarius, qui falsum testamentum scribit, quam qui verum, ut non ap-

A pareat, celat, supprimit, vel amovet, subripit. Fuit etiam lex Cornelia de testamentis confirmandis, quæ vera quidem sunt, sed irrita facta testatore capto ab hostibus, si ibi decesserit, quia fingit lex eum decessisse in civitate, conjuncto tempore captivitatis, ac si mortuus fuisset in ipso articulo, quo captus est ab hostibus. Et de hoc capite legis Corneliæ est frequens mentio in tractatu de testamentis, & in titulo de captivis. In hoc autem tractatu publicorum judiciorum de illo tantum capite legis Corneliæ agitur, quo publicum judicium leges constituunt in eum, qui sciens dolo malo testamentum supprimit, vel subripit, ut verum non appareat, ut veritas occultetur, vel qui interlevit verum testamentum, aut resignavit vivi testamentum, vel qui falsum testamentum scripsit, signavit, signarive curavit, aut recitavit, *l.2. ff. eod.* Item in eum,
B qui signum adulterinum fecit, sculpsit, quo obsignatione adulterini annuli vitiaretur verum testamentum, *l.30. ff. eod.* quoniam tota ea lex fuit de testamentis, & constituit publicum judicium, publicam accusationem, & ut opinor, constituit pœnam capitalem, id est, mortis pœnam. Nam ita est propositum & proditum apertissime in *l. 1. & 5. hoc tit.* crimen falsi esse capitale: quod cum dicimus, significamus id puniri ultima pœna. Et sane etiam falsum crimen dicitur esse ex gravioribus, *l. 3. §. 1. ff. de decurion.* Sed post legem Corneliam pœna falsi posterioribus constitutionibus facta est non capitalis, cum hac exceptione, nisi capitalem infligi aliquando forte magnitudo commissi exegerit: alioquin pœna falsi non est mors, sed deportatio. Et ita est proditum in *l.20. hoc tit.* Ut non male in *l. transigere, sup. de transact.* falsi crimen ponatur inter ea
C crimina, quæ non irrogant pœnam sanguinis, id est, quæ non sunt capitalia. At lege Cornelia dico fuisse pœnam capitalem: Nam quod est in *Institutionibus* leg. Corneliæ testamentariæ pœnam esse deportationem, id tam est falsum, quam quod est in eisdem Instit. *de publ. judic.* lege Julia adulteros puniri gladio. Falsum est utrumque, si ad ipsas leges solas publicorum judiciorum, si ad nudas leges (ut sunt initio conditæ) respicias, non etiam ad Senatusconsulta, & constitutiones factas ad eas leges, quibus quæ pœna cauta est & subrogata, eam ipsis legibus publicis Justinianus accommodat & tribuit. Nam & illud etiam, quod est in Institutionibus, *l. Cornelia testamentaria eum puniri, qui aliud quodcunque instrumentum falsum conscripsit*, non est ex ipsa lege Cornelia, quæ tantum fuit de testament. sed ex Senatusconsulto. Varia facta sunt Senatusconsulta,
D quæ ampliarunt potestatem legis Corneliæ testamentariæ. Primum Senatusc. factum est Statilio Tauro, & Libone consulibus, ut Ulpianus scribit *l. 4. §. 1. de offic. proconf.* quod Senatusc. in nostris libris dicitur Senatusconsultum Libonianum, quod sit factum Libone Consule, & Statilio Tauro. Eo Senatusconsulto redigitur ad pœnam legis Corneliæ testamentariæ is, qui alienum testamentum scripsit, id est, qui est adhibitus scribendo alieno testamento, qui & testamentarius, & Ennomius dicitur, & in eo sibi adscripsit partem hereditatis, vel legati aliquam, qua de re in titulo sequenti. Sed eodem Senatusconsulto etiam pœna legis Corneliæ testamentariæ irrogatur ei, qui aliud quam falsum testamentum sciens dolo malo scripsit, signavit, non addo subripuit, sed qui aliud instrumentum, quam testamentum scripsit, signavit. Unde in Instit. dum
E ait, *aliudve instrumentum*, notandum, hoc esse ex Senatusconsulto Liboniano, non igitur id tantum est *de iis qui sibi adscribunt*, de quib. tit. seq. sed etiam de eo, qui aliud quodcunque instrumentum falsum scripsit, signavit, ut perinde puniatur, ac si damnatus esset lege Cornelia testamentaria. Dein aliud est factum Senatusconsultum Licinio & Tauro consulibus, ut idem Ulpianus ait eodem loco, quo legis Corneliæ pœna irrogatur ei, qui ob falsas testationes faciendas, testimoniave falsa invicem dicenda, id est, mutua testimonia, sicut Græci dicebant, *da mihi mutuum testimonium, aut ad testimonia falsa consignanda* (testimonium, vel dicitur, vel in tabella scribitur & obsignatur) qui, inquam, hæc dolo malo curavit, de quibus nil erat cautum l. Cornelia testamentaria, nil

nil de falsis testimoniis, sed de falsis testamentis. Tertium item Senatusconsultum, & omnia hæc Senatusconsulta sub Tiberio, ut Consules monstrant, factum fuit Cotta & Messala Coss. ut idem Ulpianus scribit, quo eadem pœna irrogatur ei, qui pecuniam acceperit ob instruendam advocationem, testimoniave, id est, ut lis instrueretur advocatis & testibus, *l.* 20. *D. eod. tit.* qui, inquam, ob instruendam advocationem, & testimonia pecuniam acceperit, pactusve fuerit, societatem coierit, aut aliquam obligationem interposuerit, sic legendum apud Ulpianum ex *d. l.* 20. Quartum & ultimum Senatusconsultum factum fuit sub eodem Tiberio duobus Geminis Coss. ut idem Ulpianus scribit, quibus Consulibus Dominus noster Jesus Christus cruci est affixus. Et eo Senatusconsult. facto duobus Geminis consulibus redigitur ad pœnam legis Corneliæ testamentariæ, qui coierit ad accusationem innocentium dolo malo: ego erro. Nam hoc etiam, quod dixi, est tribuendum Senatusconsulto tertio, si quis coierit ad accusationem innnocentium dolo malo: nam Senatusconsultum, quod fuit factum duobus Geminis Coss. pœna legis Corneliæ afficit, auctore eodem Ulpiano, eum, qui ob denuntiandum, vel non denuntiandum, remittendumve testimonium pecuniam accepit. Ulpiano debemus cognitionem temporum, quibus ea Senatusconsulta facta sunt, quibus Consulibus, quo imperante. Ceterum jam erat proditum *in Digestis*, superiora omnia etiam comprehendi Senatusconsultis lege Cornelia testamentaria ad ea porrecta, *l.* 1. *ff. eod. l.* 2. *de concuss. & in d. l.* 1. ut *l.* 20. ostendit. Et quod ante retuli ex Ulpiano, est legendum, ob instruendam advocationem testimoniave pecuniam accepit, obligationem, pactionemve fecerit, societatem coierit ad accusationem innocentium, ut *l.* 2. *ff. de concuss.* Et ex his omnibus causis etiam Senatusconsultis constitutum est publ. jud. & publ. crimen, *d. l.* 2. *ff. de concuss.* Ergo recte dicam de quolibet instrumento falso esse publicum crimen, quod ita est cautum Senatusc. ut & publico crimine tanquam ex l. Cornelia test. teneatur; qui aliud instrumentum falsum scripsit, vel obsignavit: at non etiam dicam, quod sicut de testamento subrepto est publicum judicium ex lege Cornelia: Ita dicam esse judicium publicum de instrumento subrepto, ut verum non appareret, quoniam id non fuit expressum Senatusconsulto. Sed Senatusconsultum Libonianum loquitur tantum de eo, qui falsum testamentum scripsit, vel signavit, non de eo, qui verum amovit, vel celavit, qui potest accusari ea de re non a quolibet, sed ab iis tantum, ad quos ea res pertinet, *l.* 16. *ff. eod.* Denique de subrepto, vel suppresso vero testamento est publicum crimen ex l. Cornelia: de suppresso, vel subrepto alio instrumento non est publicum crimen. Etiam notandum est, crimen suppositi partus non esse publicum crimen, licet ad hunc quoque casum constitutiones porrexerint pœnam legis Corneliæ testamentariæ, quod & falsum committit, quæ supponit partum. Et eleganter Græci *ad l.* 1. *hoc tit.* δοκεῖ γὰρ τὴν φύσιν αὐτὴν πλαστογραφεῖν, id est, *videtur naturam ipsam fallere, quæ subjicit partum.* Et ideo ex constitutionibus tenetur pœna legis Corneliæ, ac si falsum testamentum scripsisset, sed non est publica accusatio, quoniam constitutiones, quæ hunc casum subjecerunt legi Corneliæ, hanc tantum accusationem permiserunt iis, quorum interest, *l.* 30. §. 1. *D. eod.* Verum; ut de falso testamento accusatio, vel de quolibet falso instrumento, aut testimonio, aut corruptela ex Senatusconsultis est perpetua, id est, durat usque ad 20. ann. Crimen omne finitur vicennio, id est, nisi quis instituat accusationem intra viginti annos, post id tempus non admittitur. Et hoc jure utimur. Ita etiam accusatio suppositi partus est perpetua, nullis clausa præscriptionibus temporariis, *l.* 12. *h. tit. l.* 19. *ff. eod. d. l.* 2. *C. Teod. eod.* Illo loco, *accusatio nullis clausa præscriptionibus temporariis,* scilicet, *brevioris temporis*, ut accusatio adulterii clauditur præscriptione 5. annorum, ut etiam peculatus: iis præscriptionibus brevioris temporis, nec clauditur accusatio suppositi partus, nec ulla accusatio falsi, sed longo

A tantum spatio, id est, viginti annorum. Et in *d. l.* 19. *ff. eod.* notatur accusationis adulterii, quod cum adulterio solet conferri suppositio partus. Sed est differentia hæc inter ea crimina, quod adulterii accusatio est temporaria 5. annorum, suppositi partus perpetua, id est, 20. annorum. Commune tamen hoc inter se habent adulterium & suppositio, quod ob pupillarem ætatem, ob infantiam filii, accusatio adulterii non differtur, *l. miles*, §. *defuncto*, *ad leg. Jul. de adult. l. Titia*, *ff. de Carbon. edicto*. Quod tamen posset tentari, differendam esse accusationem adulterii in mulierem ob filium infantem, quem ex matrimonio procreavit, ne fiat præjudicium infanti. Sed hoc non est verum, quia potest mulier esse adultera, & infans revera procreatus ex eo matrimonio. Ergo, quod dicitur mater adultera non præjudicat infanti, hoc B est statui infantis, quia potest defunctum patrem habuisse infans, & mater ejus fuisse adultera, Dico defunctum patrem matrimonio soluto morte patris, quæ quæstio status pueri vivo patre non differtur in pubertatem, sed tantum mortuo patre, si moveatur post mortem patris ex edicto Carboniano. Ita vero ob infantiam filii non differtur accusatio partus suppositi post mortem patris adversus matrem ex hac causa instituta accusatione. Et hæc est sententia *l.* 2. *hujus tit.* Cur non differatur accusatio suppositi partus ob pueritiam filii, non eadem est ratio, quæ reddita est de accusatione adulterii non differenda, quod non faciat præjudicium puero: Nam hæc accusatio suppositi partus, sane facit præjudicium puero, quia si appareret mulierem supposuisse, si convicta & damnata fuerit suppositi partus, plane pro supposito C haberetur, nec admitteretur ad bona patris, contra quam hic Accursius tentare conetur, *l.* 1. §. *ult. ff. de Carbon. edicto*. Sed alia est ratio quædam propria cur etiam differatur accusatio suppositi partus in tempus pubertatis filii infantis. Et ratio hujus rei proponitur in hac *l.* 1. *hoc tit.* quia est verisimile, matrem accusatam suppositi partus ex fide causam suam acturam, quia capitis pœnam subit, & vitæ periculum adit: quæ ratio non potuit reddi de adulterio similiter, quia non fuit capitale crimen. Et congruit cum hac ratione legis primæ hujus tituli *d. l.* 1. §. *ult.* quia utique, inquit, mater integra fide, & majore constantia causam est defensura recenti partus tempore. Et ideo non est necesse differri accusationem in gratiam pueri, quia nullus subest metus, quin strenue se defendat mater. At si forte damnata D fuerit, ea sane res præjudicium afferet partui, & eum excludet bonis paternis. In *hac l.* 1. ratio dubitandi erat, quia cum quæritur post mortem patris de statu pupilli, & bonis paternis, vel de statu tantum pupilli, quæstio differtur in tempus pubertatis, ut puta, si dicatur suppositus, quia metus potest esse, ne pupillus minus idonee defendatur. Sed hæc ita procedunt, si principaliter agatur de statu pupilli: sed si principaliter matri objiciatur crimen adulterii, vel suppositi partus, non est differenda accusatio in tempus pubertatis, sed repræsentanda. Nec obstat *lex si ventris*, *ff. de ventre in possess. mitt.* quæ ait, *differendam esse accusationem adulterii*, *ne*, inquit, *ventri fiat præjudicium*, *si mulier ventris nomine in possessionem sit missa*, *& ipsa accusetur*, *scilicet concepisse ex adulterio*: accusatio plane tangit ventrem, atque adeo ei facit præ- E judicium, cum, quæ missa est ventris nomine in possessionem bonorum paternorum, arguitur uterum gestare ex adulterio, non ex matrimonio. Sed apparet in specie *legis si ventris*, esse quæstionem principaliter de bonis paternis, in quæ missa fuit mulier ventris nomine, quo genere palam fit præjudicium utero, & ideo differtur accusatio adulterii. Sed si de adulterio quæratur tantum publico judicio, nulla mora pupillo, aut ventri quæstione bonorum paternorum, non differtur accusatio adulterii. Quæstio est de supposito partu: in hac *l.* 1. *hoc tit.* recte dicitur venire in judicium, pœnamque legis Corneliæ, quia & suppositio partus, falsitas est, & fraus facta naturæ, & cadit in generalem definitionem falsi. Quid est falsum? Paul. 5. Sent. *Quidquid in veritate non est*, *sed pro*

A *vero adseveratur*. Et August. in Soliloq. *Quidquid ad similitudinem alicujus est accommodatum, nec id tamen est, cujus simile apparet*. In has definitiones cadit suppositio partus, & omne genus falsi. Nam quæ proponitur definitio falsi in *l. quid sit falsum, ff. eod.* ὡς ἐν τύπῳ proponitur, neque comprehendit hoc genus falsi, dum ait lex, *falsum esse imitari alienum chirographum, vel libellum*, aut *rationes alienas intercidere*, aut *describere*. Quod Jurisconsultus proponit, non quasi ea tantum veniant in crimen falsi, sed ut excludat a crimine falsi, sicuti subjicit mendacium, quod quis inserit scripturæ propriæ, ac si diceret falsum est imitari alienam scripturam, non in propria scriptura mentiri, ut puta si quis in computatione, vel in ratione mentiatur dolo malo, si pro 10. ponat 12. Non omne mendacium falsum est: aliquod mendacium est B falsum, ut falsum testimonium, quia adserit pro vero, quod non est verum. Verum exponere pergamus de partu supposito, quæ resident adhuc. L. 1. ait, mortuo patre relicto filio impubere, propter ætatem filii impuberis, ne scilicet ei præjudicium fiat, accusationem suppositi partus, quæ in matrem intenditur, non differri in tempus pubertatis pueri, hac ratione, quia non est quod metuamus, inquit, ne puero fiat præjudicium, si interim agitetur crimen suppositi partus, quia est verisimile matrem hanc causam defensuram ex omni fide, cum subeat periculum capitis. Quam rationem etiam expressit, sed aliis verbis Ulpianus in *l. 1. §. ult. ff. de Carb. edic.* Sed verba Ulpiani sunt valde vitiata ab interpunctionibus, & possunt, ut fit sæpe, vel solæ interpunctiones malæ lectorem perducere in errorem. Itaque ea verba Ulpiani ita distinguenda sunt: C Cum vero mater rea postulatur, utique integra fide & majore constantia causam defensura, deinde lege uno spiritu, recenti tempore dubium non est cognitionem fieri oportere. Et ita perspicua ratio & sententia Ulpiani erit, & nimirum sensus est: cum mater suppositi partus rea postulatur, quia certe est causam suam defensura integra & majore constantia, quam pupillus, si de statu cum eo principalis esset quæstio, non cum matre de partu supposito. Quia igitur certe mater causam suam ex fide defensura est, & totis viribus, cum agatur de ejus capite (est enim capitale crimen suppositi partus) ideo absque ullo metu præjudicii futuri in perniciem pupilli recenti tempore, id est, præsenti tempore, ut ait *l. 2. ejusdem tit. de Carb. edict.* in recenti, ut ait *l. si diuturno, ff. de pœnis, l. si creditores, ff. de reb. auctor. jud. poss.* Denique recenti tem- D pore, id est, in præsenti, id est, re non dilata in tempus pubertatis, de crimine suppositi partus cognoscendum esse. Ergo *recenti tempore* dubium non est cognitionem fieri oportere, id est, cognitionem suppositi partus statim repræsentari oportere. Quod autem subjicit in eo §. post eventum cognitionis, si suppositum partum apparuerit, si damnata mater fuerit, pupillum excludi bonis defuncti, quem mulier asserebat esse patrem pueri falso, quia est convicta & condemnata. Hoc, inquam, quod ait ille §. pugnat cum regula juris, ut res inter alios judicata aliis non noceat. Nam rem judicatam contra matrem, ait, nocere filio, cum quo lis non fuit, ut nec admittatur ad bona defuncti tanquam filius. Et illa regula efficit, ut contenderit Accurs. in hac *l. 1.* damnationem matris non nocere filio, contra sententiam manifestam E *d. l. 1. §. ult.* Sed movere illum non debuit illa regula juris, nec enim semper locum habet, sed distinctiones quasdam admittit, ut ait *l. sæpe, ff. de re judic.* Certe hoc casu fallit hac ratione, quia & si lis judiciumque cum matre fuerit, non cum filio, tamen palam est judicatum, defunctum patrem ejus non fuisse, suppositium illum fuisse, quod non potest non præjudicium afferre postea volenti agere de bonis defuncti, tanquam patris, quia manifestum est præjudicium: quæ sunt manifesta, non possumus effugere, quæ in nos pronuntiata diserte & evidenter sunt. Et hæc de supposito partu. Nunc ad *l. pen. & ult. hujus tit.*

A

AD L. pen. & ult. Sciendum est, de falso agi posse non tantum criminaliter publico judicio, sed etiam civiliter privato judicio, & altero judicio alterum non consumi, utroque licere experiri, ut definit *l. 1. inf. quando civil. act. præjud. crim.* Et statuit idem etiam esse in omnibus criminibus, ut de eis & civiliter & criminaliter agi possit, ut civiliter, hoc postulat utilitas privatorum: ut criminaliter, hoc postulat vigor publicæ disciplinæ, *l. locatio, §. quod illicite, D. de public. & vectig. & comm.* Et ita de vi agitur criminaliter ex lege Julia, & civiliter interdicto unde vi, vel actione vi bonor. rapt. De homicidio etiam est actio civilis internecini, sic appellata *l. 14. C. Th. de accusat.* & criminalis ex lege Cornelia. Item de sepulchro violato est actio civilis ex edicto prætoris, & cri- B minalis publici judicii, *l. 4. sup. de sepul. viol.* De adulterio quoque est criminale judicium ex lege Julia, & civile, quo agitur de repetenda dote, aut lucrifacienda, *l. ult. sup. ad leg. Jul. de adult.* Fuit etiam olim de adulterio ante Justinianum, qui eam sustulit, actio civilis de moribus, de qua in *l. 5. D. de pact. dotal.* Sed in ea hoc erat singulare, quod maritus, qui elegerat actionem civilem de moribus, postea non poterat accusare mulierem adulterii lege Julia, *l. 1. C. Theod. Victum civiliter, criminaliter agere posse*; ubi excipit actionem de moribus. Et videtur etiam hodie nos debere excipere actionem furti civilem in duplum, vel quadruplum, ut qui eam elegerit, & duplum, vel quadruplum fuerit consequutus, non possit postea furti criminaliter agere: Nam e contrario si elegerit criminalem persecutionem in furem, & simplum conse- C quutus fuerit, id est, rem subreptam, sane postea non potest agere civiliter in duplum, vel quadruplum, *l. interdum, §. qui furem, D. de furt.* Cur hodie non utimur actione furti civili? quia eligimus criminalem, & extraordinariam criminis persequutionem. Alias vero civilis actio non consumit criminalem, & vice versa criminalis, si electa sit, non consumit civilem. Nam ut & aliis exemplis commonstremus hoc, est de plagio actio civilis servi corrupti, vel furti, si quid servus, cui fugam suasi, subripuerit, quod ego receperim, *l. 2. & 12. sup. ad leg. Fab. de plag.* Est etiam interdictum de libero homine exhib. civile judicium, *l. 3. ff. de lib. hom. exhib.* Et prætera criminale ex lege Fab. *de plag.* Item quod libertinus se egerit pro ingenuo, est civilis actio, de debitis operis patrono ex stipulatu, vel jurejurando, & criminalis accusatio ex lege D Visellia, *l. 1. sup. tit.* quæ fuit lata tempore Tiberii, Cornelio Cethego & Visellio Varrone Consul. Et similiter de suppresso testamento est interdictum *de tab. exhib.* civile judicium, & criminale ex lege Cornelia testamentaria, *l. 3. §. si quis dolo, ff. de tabul. exhib.* nec altero alterum consumitur, sed utroque judicio experiri licet. Item de alio quolibet falso & civiliter & criminaliter potest agi, ut initio dixi, & probant multæ leges hujus tit. & maxime *l. pen. & ult.* Exstincto vel finito civili (exstinguitur indulgentia principis, *par grace, par pardon,* finitur sententia judicis) exstincto, inquam, aut finito criminali judicio falsi, superest civile, *l. 9. h. tit.* Itemque cessante judicio criminali, superest civile, ut in *l. 5.* filius matrem non potest accusare falsi, aut patrem criminaliter, filius non potest accusare matrem suppositi partus E criminaliter: ceterum civiliter de ea re potest cum ea agere leviore judicio, quale est omne civile judicium, *d. l. 5. l. si tamen, §. 1. ff. de accus.* contra finito judicio civili falsi, superest criminale, *l. 16. & l. pen. hujus tit.* Denique altero alterum non tollitur, & sive agatur de falso civiliter, sive criminaliter, *l. ult. h. tit.* ostendit, probationes exigi tam ab actore, quam ab reo, probationes exigi ab eo, qui profert instrumentum, ut doceat esse verum, & ab eo, qui id arguit esse falsum. Et sumpta est illa lex ultima ex *l. 2. C. Theod. de testament.* & congruit cum ea *l. 4. C. Theod. de fide & testibus, & l. ult. sup. de fide instrum.* Nec hoc est novum, ut judex probationes exigat ab utraque parte, cum etsi sit controversia de genere, de gente, probationes exigantur ab utraque parte, *Novel. 35.* Hactenus

osten-

ostendi de eodem crimine agi posse civiliter & criminaliter, nec uno judicio tolli aliud. Nunc quæramus, quid sit dicendum, si actioni civili de alia re institutæ, quam de fide instrumenti, vel falsitate, puta de credita pecunia, vel de legato, vel de proprietate rei, incidat quæstio falsi criminalis, ut puta, si agenti ex testamento civiliter, vel ex chirographo, vel rem vindicanti, & proferenti instrumentum auctoritatis, instrumentum emptionis, objiciatur falsum esse testamentum, falsum instrumentum, & falsum chirographum: quæro qua de re sit prius disceptandum, de crimine falsi, an de civili causa? Et hac in re servatur regula juris, ut prius agatur de majori re, de crimine, quam de causa civili, *l. adulterii, sup. ad leg. Juliam de adult. l. ult. sup. de ordine judic. l. 5. §. si de vi, ff. ad leg. Jul. de vi publ.* Ideoque si judex datus cœperit cognoscere de causa civili, si judex pedaneus, qui judicat pedes, non ex suggestu, vel tribunali sit datus specialiter, ut sit in causa civili creditæ pecuniæ, agente creditore ex chirographo, ei objiciatur crimen falsi chirographi, hæc objectio criminis moratur cognitionem judicis pedanei (*il ne peut passer outre*) Quod ex contrario demonstrat *lex 20. h. tit.* dum ait, *judicem datum posse cognoscere de causa civili, cui judex est addictus.* Etiamsi objiciatur exemplum precum, seu libelli supplicis, quo utitur adversarius in ea causa, non per omnia congruere cum originali: denique aliqua ex parte esse falsum: Hæc objectio non impedit cognitionem judicis pedanei, si modo constet id contigisse per errorem scriptoris, ut alius esset tenor exempli, quam authentici, quia quod fit per errorem, cum vacet dolo, non deputatur crimini falsi, ut *l. D. Pius, ff. eod. t.* refert D. Marcum pro sua humanitate remisisse pœnam falsi ei, qui per errorem in judicio protulerat instrumentum falsum. Et similiter Svetonius in Augusto, ut arguat lenitatem Augusti, ait, eum ignovisse iis, quos constiterat errore inductos ad falsum testamentum signandum. Ex contrario igitur, si falsi crimen commissi dolo malo incidat in judicium civile, quod est cœptum apud pedaneum judicem, judex temperare debet eo casu a cognitione civili, ut criminale judicium præferat civili, & de criminali prius statuat judex competens, judex major (Nam judex pedaneus de criminali causa cognoscere non potest) Et tamen si cœpta actione civili apud pedaneum judicem, puta de pecunia credita, incidat quæstio falsi, quæ intendatur civiliter, non debet temperare a cognitione, sed exequi eam debet. Et ita respondisse Paul. ait l. 11. *h. t.* & hic locus est singularis. Denique sic dicamus: Judex datus in causa civili, puta pecuniæ creditæ, etiam cognoscere potest de falso, quod civiliter objicitur, non si objiciatur criminaliter, sed abstinere debet a cognitione, & transferre causam criminalem ad magistratum. Et hoc olim ita obtinuisse, ut criminalis accusatio falsi anteponeretur civili actioni institutæ alia de re, quam de falso, hoc, inquam, obtinuisse secundum regulam juris testatur *l. 2. C. Theod. eod. tit.* Sed addenda est una tantum exceptio, nisi constet judici debitorem conventum ex chirographo, morandæ tantum solutionis causa per calumniam objicere crimen falsi chirographi, quæ est sententia *l. 2. h. tit.* At *d. l. 2. C. Theod.* contra jus vetus, & regulam illam juris in proposita specie vult, prius peragi civilem causam, quam accusationem falsi, quæ incurrit, & incidit. Sed hoc Justinianus non probavit, & perstitit in veteri regula juris. Et hoc non probasse Justinianum, argumentum præstat, quod ex *d. l. 2. C. Theod. eod.* Justinianus id tantum retinuit, quod est in *l. ubi, h. tit.* in qua hoc non proponitur, ut civilis præferatur criminali, sed hoc tantum, ut cum de falso agitur criminaliter, in eam rem diligenter inquiratur argumentis, inquit, testibus, & collatione scripturarum, sive de fide instrumenti quæratur, & aliis vestigiis veritatis, & ut probationes requirantur ex utraque parte a judice, ut in *l. ult.* & judex inter utramque partem sedeat medius, & taciturnus, nec interfando suos sensus aperiat, qua de re Gellius scripsit *lib. 14. cap. 2.* utrum judex aliquid interloqui debeat, quod

A promat sensus animi sui, an tacere semper. Sed lex vult, ut nihil interloquatur, quod possit animi sui sensus aperire, sed ut judicet ad imitationem relationis, quæ solum audiendi mandat officium, id est, cum causæ cognoscuntur per relationem, puta delegato judice, ut sæpe fit rescriptis, ut causam audiat, dein referat ad principem. Judex igitur sic judicet de crimine falsi, ac si tantum audiendi facultatem habeat, non pronuntiandi, qui tamen & pronuntiandi habet. Sed his verbis indicit silentium lex *ubi*. Et postremo ostendit litem criminalem falsi esse finiendam a tempore litis contestatæ intra annum, ut erat in *Cod. Theod.* Quoniam ante Justinianum causa criminalis erat finienda intra annum, *l. reus, ff. de munerib. & honoribus, & in Cod. Theodos. ut intra annum criminalis, &c.* Sed Justinianus annum mutavit in bienB nium, ut infra demonstrabitur. Et postea *l. ubi* addit pœnam falsi, nempe deportationem, nisi magnitudo commissi exigat pœnam mortis, quæ verba sunt obscura. Et ideo ea est interpretatus Leo *Novell. 77.* ut crimen falsi non sit capitale, nisi cum quis falsum instrumentum fecit, quo adversarius periret & plecteretur morte. Qui hoc egit falsarius sustinebit mortem, alioquin tantum deportationem. Ergo concludamus ex mente Justiniani, si in actionem civilem incidat falsi criminalis, subsistere debere actionem civilem, quoad criminalis sit finita secundum regulam juris, a qua tamen discedebat illa *l. 2. Cod. Theod. eod.* Sicut & ea regula in plerisque aliis causis fallit, ut cum agitur de possessione vi erepta, *l. si quis, inf. ad leg. Jul. de vi, & l. 1. de appellat. sup.* quod ibi exposui. Vel cum in crimen plagii incidit quæC stio proprietatis, prius est de proprietate, quam de plagio judicandum, *l. 8. sup. ad leg. Fab. de plagiar.* Et cum in criminalem causam incidit quæstio status, *l. quoniam, sup. ad leg. Jul. de adult.* Uno verbo ab ea regula excipiuntur causæ civiles, quæ præjudiciales sunt, sine quibus criminales non possunt expediri.

AD TITULUM XIII.

DE IIS, QUI SIBI ADSCRIBUNT IN TESTAMENTO.

EX Senatusconsultis, quæ facta sunt ad legem Corneliam testamentariam, unum est, quod diD citur Libonianum, de quo in hoc titulo agitur. Factum id est Statilio Tauro & Libone Coss. auctore Tiberio, ut Ulpianus indicat *sup. de offic. procons.* Et sententia ejus Senatusconsulti hæc est, ut pœna legis Cornel. testament. afficiatur is, qui cum adhibitus esset & avocatus ad scribendum alienum testamentum, in eo sibi adscripsit hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum, vel libertatem, vel aliud quodcumq; emolumentum, dictante & jubente testatore, ut in *l. 1. 3. 5. 6. hujus tit.* Quid ergo? delinquitne testamentarius, id est, scriptor alieni testamenti, qui sibi adscribit aliquid volente ipso testatore? ita est, quia debuit alium poscere scriptorem, qui hoc adscriberet, non ipse sibi adscribere: Nam ex hac causa valebit testamentum, etiamsi alia atque alia manu scriptum sit: una pars manu Titii, alteE ra pars manu Sempronii, qua quid relinquitur scriptori prioris partis, *l. D. Claudius, §. ult. ff. eod.* Ergo ex Senatusconsulto Liboniano in pœnam legis Corneliæ incidit testamentarius, qui dictante, nuncupante, volente, jubente testatore, sibi aliquid adscribit: nam si hoc faceret invito, vel ignorante testatore, plane & directo locus esset legi Corneliæ testamentariæ, non Senatusconsulto Liboniano, *l. impuberem adimendo, ff. eod.* Aliud est falsum, aliud quasi falsum, ut in *l. 1. §. ult. ff. eod. Pœna*, inquit, *falsi, vel quasi falsi*, falsi, ex lege Cornelia testament. quasi falsi, ex Senatusconsulto Liboniano. Nam falsum committit testamentarius, qui invito vel ignorante testatore sibi adscribit legatum: nihil est certius, quam eum sibi falso adscribere legatum, quod adscri-

adscribit invito vel ignorante testatore: at qui id sibi adscribit volente testatore, sane falsum non committit, sed quasi falsum, quia hoc facientem, & audentem Senatusconsultum Libonianum redigit ad pœnam falsi: proinde non tantum falsum punitur, sed etiam quasi falsum ex hoc Senatusconsulto, tametsi id, quod sibi adscripsit, pro non scripto habeatur, *l. 1. de iis, quæ pro non script. hab.* Delicta puniuntur, etiamsi delinquenti nullum commodum afferant. Ergo verum est, pro non scripto haberi id, quod sibi testamentarius dictante & volente testatore adscribit, & legatum quidem, quod sibi adscribit, remanere apud heredem, vel fideicommissum: Hereditatem autem, quam sibi adscribit volente testatore, pertinere ad substitutum, vel ad coheredem, vel iis deficientibus, ad legitimum heredem, quoniam Senatusconf. Liboniano fiscus non vocatur. Ergo licet cadat relicto testamentarius, non ideo tamen minus punitur. At notandum est hujus pœnæ gratiam facere aliquando Senatum, vel Principem deprecantibus testamentariis variis ex causis, ut puta, si dicant, se jus ignorasse, id est, Senatusconsultum Libonianum, vel si ultro dicant, se paratos esse discedere ab eo, quod sibi adscripserunt. Raro quidem eis veniam dari ait *l. 3. hoc tit.* ob supradictas causas: Sic enim vulgo est scriptum, *raro veniam dederunt*, & similiter in Basilicis *σπανίως*. Et ideo *raro*, quia regulariter juris ignorantia non excusat, & quia ultro abstinere relicto, parum relevat scriptorem, cum neque id, si velit, capere possit, excusat tamen juris ignorantia hac in re minorem 25. annis, *l. 5. ff. eod.* & mulierem, *l. D. Claudius, §. pen. eod.* & militem etiam juris error excusat, *l. 5. hoc tit.* Quæ lex est exemplum veniæ, seu indulgentiæ principis, siquidem in ea legatur, ut in Basilicis, hoc modo, *sequutus tenorem indulgentiæ meæ, pœnam legis Cornel. tibi remitto*, ut etiam legit Haloander, *ἀκολουθήσας τῇ δυνάμει τῆς ἐμῆς φιλοτιμίας, τὴν τιμωρίαν τοῦ νόμου Κορνηλίου συγχωρῶ*. Et ut ait in hac *l. 5.* malitia tantum punitur Senatusconsulto, non error, in *l. 20. tit. prox. sup. & l. D. Pius, ff. eod.* Posset & interdictum excusare quemlibet apud principem illa spontanea professio, & abstentio relicti. Poterit etiam dari venia, si petatur, marito, qui sibi adscripsit uxore dictante, ut ei obsequeretur, ut *in l. 4. h. tit.* Datur etiam plane venia filiofam. qui sibi aliquid adscripsit in testamento patris, nuncupante, & dictante patre, & imperante, quia ei necesse fuit parere patri, *l. 5. ff. eod.* Ac ita dabitur venia servo, qui sibi adscripsit directam, vel fideicommissariam libertatem domino imperante, ut *in l. ult. hujus tit. l. Divus Claudius, §. & quatenus, ff. eod.* Nam leve est hoc delictum, & in levioribus delictis excusantur omnino, qui obtemperant imperio patris, vel domini. In gravioribus autem delictis non omnino excusantur, quia debent potius sufferre mortem, quam obtemperare patri, vel domino facinora atrociora imperanti. Ceterum si imperaverint, mitius puniuntur, *l. servos, sup. ad leg. Jul. de vi, l. 2. de sepulcr. viol.* Datur etiam venia extraneo, qui sibi adscripsit in testamento, si codicillis testator generaliter scripserit se dictasse testamentum, uti est scriptum. Ob eam rem testamentarius facile veniam impetrabit a principe, sed non capiet legatum, *l. 2. h. tit. d. l. D. Claudius, §. plane.* Denique plerisque casib. vel causis testamentario potest remitti beneficio principis, aut senatus pœna legis Corneliæ, at nullo casu id, quod sibi adscripsit, capere permittitur. Proinde, quibus casibus testamentario venia opus est, iis omnibus, etiamsi eam impetret, relicto excluditur. Exposui, quibus ex causis detur venia testamentario, ne afficiatur pœna leg. Cornel. Exponam nunc casus, vel causas, ex quib. etiamsi quis sibi adscripserit in alieno testamento, cessat Senatusconsultum Libonianum, & ipso jure securus est, qui sibi adscripsit, ut puta, si id, quod sibi quis adscripsit, testator sua manu in codicillis nominatim scripserit, *se ei reliquisse*, non generaliter se dictasse testamentum, sed se L. Titio dictasse & reliquisse, quod ille sibi adscripsit, *l. 2. hoc tit.* vel etiamsi ita specialiter subscribat testamento. *Quod L. Titio dictavi, legi, & recognovi*: hoc casu cessat Senatusconsultum Libonianum, scilicet si L. Titius extraneus fuerit: in extraneo testamentario est necessaria, ut cesset Senatusconsultum, specialis subscriptio, *quod L. Titio dictavi & recognovi*. At si testamentarius fuerit in potestate testatoris, sufficit generalis subscriptio, L. Titius hoc testamentum dictavit, non expresso cui dictavit. Et ita est explicanda *l. 1. §. inter, ff. eod.* Est etiam alius casus *in l. 1. hoc tit.* quo omnimodo cessat Senatusc. Libonianum, & testamentarius, qui sibi adscripsit, jure relictum capit, nec incidit in pœnam legis Corneliæ. Casus hic est, si filius emancipatus, & ita extraneus, dictante patre sibi totam hereditatem patris adscripserit, id est, si se ex asse heredem scripserit, scilicet cum erat solus, qui patri poterat succedere ab intestato, quia hoc casu frustra haberemus hanc institutionem pro non scripta, cum etsi habeatur pro non scripta, ad eum filium emancipatum mox tota hereditas sit reditura ab intestato, tanquam honorarium successorem patris ex *cap. unde liberi*. Et hæc est sententia *l. 1.* cui nil adversatur, quod eadem lex ait, fuisse interpretatos jurisperitos, nimirum *in l. filius, initio, & §. maritus, ff. eod. tit.* Nam ea interpretatio jurisperitorum non pertinet ad hunc casum, quo filius, qui solus erat venturus ad bona patris ab intestato, se in testamento patris volente patre, ex asse heredem scripsit: Sed illi interpretationi tunc est locus, cum filius emancipatus adjecto coherede adscripsit sibi portionem hereditatis. Hoc enim casu, quia cessat causa intestati, propterea quod coheres sustinet testamentum, locus est Senatusconsulto Liboniano, & pars filii adcrescit coheredi: & præterea filius punitur pœna legis Corneliæ testam. nisi veniam impetraverit a principe. Sed priore casu, cum erat solus ex asse heres futurus patri, hoc, vel illo jure, si non ex hoc testamento, statim ab intestato lex ait perinde esse, ac si sua manu pater eum heredem scripsisset. *Functus*, inquit, *dulci officio*, id est, *mortuus*, ut in Glossis Isidori, *functus officio*, inquit, *qui officium vitæ implevit*. Igitur dulce officium, dulceve munus vita dicitur. Seneca in Hippolyto: *Cur dulce munus redditæ lucis fugis?* Ergo ait, *est perinde ac si pater, qui jam est mortuus & functus vita, eum sua manu heredem scripsisset*. Postremo notandum ad hunc titulum hac de re, qua de primum factum est Senatusconsultum Libonianum auctore Tiberio, etiam postea fuisse factum aliud Senatusconsultum ex edicto D. Claudii, ut ait *l. 3. hujus tit. & d. l. D. Claudius*, quod dicitur Senatusconf. Claudianum. Sunt igitur duo Senatusconsulta hac de re, Libonianum, & Claudianum, & quod probat inscriptio libri singularis Pauli ad Senatusconsultum Libonianum, seu Claudianum in indice præposito ff. Et quod etiam *l. 10. ff. eod.* Senatusconsultis hoc cautum fuisse ait, quod ante exposui, non Senatusconsulto. Et ita, quod sub Tiberio legimus apud Cornel. Tacitum *lib. 2. Annalium*, factum fuisse Senatusconsultum de Mathematicis & Magis Italia pellendis. Idem apud eundem auctorem legimus sub D. Claudio alio Senatusconsulto repetitum, vel reductum fuisse. Quod autem ait hæc l. edicto D. Claudii, ex quo plane constat errasse Svetonium, qui hanc juris constitutionem tribuit Claudio Neroni, qui nunquam Divus factus est aut nuncupatus. Neque hoc genus erroris est Svetonio insolens: Nam & idem Senatusconsultum Macedon. de pecuniis creditis filiofamilias, & Senatuconsultum Claudianum de liberis mulieribus, quæ se servis alienis commiscent, tribuit Vespasiano, quæ rectius Tacitus D. Claudio. Nec illud est omittendum, male Accursium passim Senatusconsultis factis ad legem Corneliam testamentariam adjungere Senatusconsultum Volusianum, de quo *in l. ex Senatusconsulto, ff. ad leg. Jul. de vi priv.* quoniam, ut ea ipsa lex demonstrat, pertinet Volusianum ad legem Juliam de vi, non ad legem Corneliam testamentariam, in eos scilicet, qui facta veluti conspiratione coeunt in alienam litem, ea lege & conditione suppetias laturi litiganti adversus alterum,

terum, & omnem suam opem, ut finita lite secundum eum, cui ferunt suppetias, id quod in rem ejus fuerit redactum, inter eos communicet. Hoc accedit ad vim, non ad falsum: ergo deleantur hæ glossæ.

AD TITULUM XXIV.

DE FALSA MONETA.

ALIA est lex Cornelia testamentaria, de qua ante dictum est, alia lex Cornelia Nummaria, de qua in hoc titulo agitur. Marcus Tullius in prætura urbana: *Cornelia Testamentaria, nummaria*, inquit, *cetera complures, in quibus jus aliquod novum populo non constituitur, sed quod semper malum facinus servatur, ut ejus quæstio ad prætorem pertineat*. Hæc lex est de falsa moneta, id est, de falsis nummis, & adulterinis. Monetæ nomen est ἀμφίβολον, & multiplex; Nam vel eo nummi significatur, vel locus, in quo formantur, *ut l. 2. h. tit.* Et apud Macrob. 1. in Som. Scip. *Semen locari intra formandi hominis monetam*. Vel etiam monetæ nomine significatur, quod dicitur εἰκόνιον, ut in historia Antonini Florentini, imo apud Sveton. in Caligula, *aureum iconium* (quo formantur nummi) unde proculdubio nos traximus, quod in Idiotismo dicimus, *Le coin*, id est, *Iconium*, quo formantur nummi. Et recte Harmenopulus 6. Epitomarum, *Monetam esse* ἀρχέτυπον σφραγιστήριον, ἢ βυλλωτήριον. Nam & iconium vocabant bullam, aut bullulam. Ideo ait iconium esse ἀρχέτυπον σφραγιστήριον, ἢ βυλλωτήριον. Hac lege Cornelia nummaria tenetur, qui argento publice, privatimve æs admiscuit, quæ pecunia dicitur ærosa, *l. creditor, ff. de solut.* ut Cyprus insula ærosa apud Festum, quod in ea plurimum æris nascitur. Nam ære tantum est nobilis, & in glossis, πολύχαλκος, ærosus. Item tenetur eadem lege, qui similiter auro miscuit argentum, vel æri plumbum, quo pejus id fiat, quo vitietur, & corrumpatur, quod Tacito Imperatori fuit capitale, cum bonorum proscriptione, ut Vospicus ait in Tacito. Et qui hoc admittit in publico metallo, id est, qui id vitiat immixto deteriore metallo, etiam tenetur lege Julia peculatus, *l. 1. ff. ad l. Jul. pecul.* quia vitiat pecuniam publicam. Nec novum est, ut ob idem crimen quis pluribus legibus teneatur publicis, licet non omnibus, cum eo possit agi, *l. senatus, ff. de accusat.* Ergo & qui vitiavit metallum publicum, conveniri potest l. Cornelia nummaria, & lege Julia peculatus, id est, alterutra. Utraque lege tenetur, sed non utraque etiam convenitur. Tenetur etiam lege Cornelia nummaria, ut est in *l. 8. ff. eod.* qui aureos nummos partim raserit, partim tinxerit, quod satis intelligitur, sed sequitur, vel *qui finxerit*, quod sane est figuraverit adulterina imitatione, ut *l. 1. C. Theod. de collat. æris, & l. 1. C. Theod. si quis solidi circulum exteriorem circumciderit*. Item, ut ostenditur in *l. 9. & 19. ff. eod. tit.* qui nummos stagneos (nam stagnum dicebant, non stannum) vel plumbeos in merce habuerit dolo malo, & generaliter quicunque falsam monetam flaverit, percusserit. Item, qui cum hæc posset prohibere ne fierent, non prohibuit, qui domum, vel agrum præbuit conflandæ falsæ monetæ, *d. l. 9. & l. 1. hoc tit.* Item, qui monetam publicam quoquo modo deminuit, vel etiam excindit penitus, cum & reprobos nummos forte creditor sibi solutos reddere debeat debitori, non excindere, quod maxime notandum, *l. eleganter, §. qui reprobos, ff. de pignerat. act.* quia domino ad aliquid possunt esse utiles, & in merce haberi, emi, vendi palam tanquam reprobi, suo qualicunque pretio. Igitur domino sunt reddendi, non excindendi. In cautionibus solet plerunque addi, ut probi nummi solvantur, qui non subærati, & in quibus nulla sit lacuna, nulla deminutio justi ponderis, ut *l. lecta, ff. de reb. cred.* probam pecuniam reddi, *l. Titius Sejo, ff. de constit. pec.* Et in formula fœderis Antiochi Regis apud Livium 38.

A *Argenti probi Attica talenta 12. millia dato*. Et sæpe apud Demosthenem in syngraphis, ἀποδοῦναι τὸ ἀργύριον δόκιμον. Seneca 19. Epistol. *Nec voles, quod spero, nisi in aspero, & probo nummo accipere*. Aspero, id est, recenter cuso. Plus addebatur in manumissione sacrorum causa, auctore Festo, *Puri, probi, profani, sui, ut scilicet, penderetur pecunia pura, proba, profana, sua, quia nec solutio impura, vel reprobæ, vel sacræ, vel alinæ liberat debitorem*. Invenio etiam in C. *Theod. supradi. tit. si quis solidi circulum exter. circumcid.* cujus auctoritate fuit, non ab hinc multos annos Lutetiæ, usus summus præses, cum hac de re recitaret hoc Senatusconsultum de falsa moneta. Nam in libris nostris, de hac re nulla est lex specialis, sed tantum in Cod. Theodos. ut crimine falsi, sive legis Corneliæ de falsis teneatur, circumcidit pu- B blicam monetam, quod proprio vocabulo istius artis, sive cupiditatis, est arrodere nummos, ut ait *l. 2. Cod. Theod. de ponderat.* & hoc proprium esse verbum hujus cupiditatis, *rogner*, quo etiam utitur in supradicto titulo, *si quis solidi circulum, &c. l. 1. si quis arroserit*, inquit. Et hos, qui hoc faciunt, recte dicas σπαλίδα, ut Alexandrum quendam λογοθέταν, quod perquamscite nosset nummos aureos in orbem attondere, & arrodere, & leviores facere, quantum habuisset, Procopius 3. de Bello Gothico scribit, Byzantios notæ causa eum appellasse, Alexandrum σπαλίδιον, id est forciculam, *Alexandre des cizeaux*. Eodem etiam crimine tenetur, qui monetam vultu principis signatam, præter adulterinam, reprobaverit, vel in solutum accipere noluerit, forte causatus formæ parvitatem, & quod vultus principis in C nummo sit formatus minore habitu, quamobrem nummus probus justi ponderis non est reprobandus, ut ait *d. l. 1. C. Th. si quis solidi circulum, &c.* Et Paulus etiam noster 5. *Sentent. tit. ad leg. Cornel. test.* in quo nummariam confundit cum testamentaria. Et loquitur illa *l. 1.* de aurea moneta, ut etiam *l. 1. & 3. inf. de veteris numis. potest. libr. 11.* quoniam loquitur de solidis, & solidi, vel aurei, solidus & aureus idem est. Unde quæ fuit religio Persarum legibus, & aliorum Barbarorum, ne vultus suos auro imprimerent, sed tantum argento, uti Procopius scribit *eodem libro*, apparet eandem non fuisse religionem apud Romanos, & Romanos principes in auro vultus suos impressisse: nec fuit etiam illa religio in Francorum regibus, nec Gothorum, qui Italiam tenuerunt. Theodoricus Rex apud Cassiodorum 7. variar. D *Monetæ debet integritas quæri, ubi & noster vultus imprimitur. Quidnam erit tutum, si in nostra peccatur effigie, sit mundum, quod ad formam nostram inseritur, claritas regia nil admittit infectum*. Nam si vultus cujuslibet sincero colore depingitur, multo magis metallorum puritate princeps depingendus est. Etiam valde est notandum ex *l. 3. hujus tit.* puniri eum quoque, qui in privatis ædibus, vel castellis, aut prætoriis, etiamsi nitatur rescripto, vel adnotatione principis, probam, & justi ponderis monetam percusserit. Nam ea sane est sententia legis 3. *hujus tit.* quam & Asconius Pedianus in prætura urbana tribuit ipsi legi Corneliæ nummariæ his verbis, *lex Cornelia nummaria, quæ de moneta: ne quis privatus pecuniam faceret*. Nam ut in publicis fabricis tantum arma fabricare licet fabricensib. quæ sunt publicæ E personæ selectæ & sepositæ & probatæ armorum fabricandorum gratia, in *Novella de armis, & tit. de fabricens. lib. 11.* ita monetam tantum monetariis (quæ etiam publicæ erant personæ certi numeri) publicis, & fiscalibus cudere licet. Et de privatis hominibus, qui hoc audent, velim accipi, quod Paulus scribit dicto superiori loco, eum teneri lege Cornelia, qui aureos, argenteos adulteraverit, & qui flaverit (sic lego) non qui laverit, quia nec privatis licet flare & ferire probos: sed tum monetariis, quæ sunt publicæ personæ probatæ, cui rei olim præerant triumviri Monetales, æri, auro, argento, flando, feriendo, in *l. 2. ff. de orig. jur.* Et addit Paulus, qui conflaverit. *Qui flaverit*, inquit, *& conflaverit publicam monetam*. Flare est cudere, conflare, recudere,

cudere,

cudere, & dissolvere, *fondre*, *l. si duo*, *D. depos. l. 1. C. Theod. qui bon. cedere poss.* Lampridius in Sever., *quartenarios nummos constari jussit, & tremisses tantum, solidosque formari, ut princeps nuper quosdam conflari jussit, & certos quosdam tantum formari*. Notandum etiam est, quod est in *l. 1. hujus tit.* pro præmio delatori, seu accusatori, qui reum falsæ monetæ in judicium detulit, dari libertatem, si servus fuerit; Nam & hoc crimen deferentes servi audiuntur, qui alias non audiuntur, & pro præmio, si reum convicerint, ferunt libertatem, fisco pretium eorum reddente dominis, ut in *l. 2. sup. quibus ex causis servi pro præmio*, quæ est pars *legis 1. hujus tit.* Ingenuo autem accusatori dari immunitatem, quod quid sit hæsitat Accursius. Sed quid est evidentius, ingenuo dari immunitatem, id est, vacationem onerum patrimonialium & publicorum, quæ censui nostro, seu patrimonio indicuntur, ut *l. 1. inf. de desertoribus, lib. 12.* Ei, qui prodiderit desertorem, si sit ingenuus pro præmio datur immunitas. Fateor tamen addi posse, vel ei dari si conscius facti fuerit, impunitatem, ut apud Sallustium in conjurat. *Catilinæ*. Servis datur libertas, & sestertia centum, ingenuis rei impunitas, & sestertia ducenta. Addi item potest, vel etiam damnatis ex hac causâ dari restitutionem in integrum, sicut lege Julia de amb. cautum est, eum, qui est damnatus ambitus, si alium fecerit reum ambitus, & convicerit, restitui famæ, quoniam rei ambitus plectuntur pœna pecuniaria cum infamia. At si post ejusdem criminis reum convicerint, restituuntur quidem famæ, sed mulctam pecuniariam non recipiunt. Ægre reddit fiscus, quod semel recepit, *l. 1. D. ad l. Jul. de ambitu*, & apud Ciceronem hoc etiam caput legis Juliæ notatur in Cluentiana, & Dionem *lib. 40.*

AD TITULUM XXV.

DE MUTATIONE NOMINIS.

AD pœnam legis Corneliæ de falsis etiam rediguntur, qui sibi mutant nomen, qui novum sibi nomen imponunt dolo malo, quo quid alienum intercipiant, vel possideant, ut ait Paulus 5. *Senteni. tit. ad leg. Cornel.* Et ita *l. falsi, ff. eod.* falsi nominis adseverationem, susceptam scilicet dolo malo, falsi pœna coerceri, si quis dolo malo nomen, prænomen, vel cognomen mutaverit. Nam, ut docet constitutio hujus tituli, si fraus absit, unicuique est liberum, sibi quodcunque nomen imponere libero homini, non servo, nam servorum nomina sunt in potestate dominorum. Qua de causa liberis hominibus redactis in servitutem domini mutant nomina, ut Danieli Prophetæ contigit: nomina non sunt in potestate servorum, sed sunt in potestate liberorum hominum, modo fraus omnis absit. Nam ex eo solo, quod quis sibi novum nomen imposuerit, non tenetur, sed quod novo sibi imposito nomine alii fraudem fecerit, ut argumento est *l. ult. ff. quod falso tu. auct.* ex eo, quod quis interrogatus an tutor esset, falso respondit se tutorem esse, ex eo solo simpliciter nulla actione, & nullo crimine tenetur, sed si falso responso suo adolescentem in fraudem induxerit, tenetur utili actione tutelæ in id quod interest.

AD TITULUM XXVI.

AD LEGEM JULIAM DE AMBITU.

EXPOSITIS legibus Corneliis, redit ad legem Juliam publicorum judiciorum, & proponit hoc titulo legem Juliam de ambitu, quæ olim obtinuit in urbe tantum, cum populi suffragiis deferebantur honores, & magistratus, non ut hodie nutu principis, *l. 1. ff. eod. l. quidam, ff. de re judic.* Nam petitores honorum, id est, candidati sæpe clanculum ingentem pecuniam in populum erogabant, corrumpendorum suffragiorum causa, quæ corruptela, & effusio nimia candidatorum dicitur ambitus, & hac lege judicio publico coercetur, non abs re. Nam sæpe hujus rei gratia nil candidati habebant in rebus soli, sed omne suum patrimonium divendebant, ut ex eo pecunias redigerent, quibus corrumperent suffragia, ut non viderentur urbem habere pro patria, sed pro hospitio, aut stabulo quasi peregrinantes. Nam certe non sunt cives proprie, nisi qui sunt possessores quarundam rerum immobilium. Quare apud Plinium *6.* Epistol. legimus Trajanum Imperatorem, eos candidatorum sumptus fœdos, & infames ambitus lege restrinxisse, & eosdem candidatos tertiam partem patrimonii jussisse conferre in ea quæ solo continentur, ut similiter Senatusconsulto fœneratores jubentur, qui plerunque omnia habent in numerato, duas partes patrimonii in solo collocare: & confiscantur, qui partem dimidiam rei familiaris habent in pecunia apud Sveton. in August. *cap.* 48. *&* 49. quo Senatusc. nihil aliud agebatur, quam ut cohibere tur avaritia fœneratorum. Verum quod ad legem Juliam de ambitu attinet, ea ut dixi; hodie cessat, quia in urbe regia princeps solus, non populus magistratus creat, nec ulla fit effusio in principem, qui nec posse corrumpi præsumitur. Verum ad instar legis Juliæ de ambitu ex Senatusconsulto ambitus coercetur in municipiis, vel aliis civitatibus, ubi magistratus municipales, id est, duumviri creantur suffragio populi, vel decurionum, itemque sacerdotes provinciarum, profani, ut ait *lex 1. D. eod.* Diu etiam pertinuit ad populi Christiani favorem creatio Episcoporum & Presbiterorum, ut ait *l. 49. C. Th. de decurion.* Et D. Hieronymus 1. adversus Jovinianum: *Nonnunquam*, inquit, *errare plebis vulgique judicium, & in sacerdotibus creandis unumquemque suos sequi mores, & even re aliquoties, ut mariti, quæ pars major in populo est, maritis quasi sibi applaudant*, sed hic etiam ambitus valde coercetur, *l. si quenquam, sup. de Episcop. & cler.* & punitur non tantum is, qui dederit pecuniam, sed etiam, qui accepit sacerdotii obtinendi gratia, ut, inquam, quos par crimen coinquinat, eos etiam teneat pœna similis, quo modo etiam D. Cyprianus primo Epistolarum, *qui junguntur in culpa, non separantur in pœna*. Ex constitutione hujus legis ad instar legis Juliæ crimine falsi tenetur, qui ante redditas rationes, sic est intelligenda hæc lex, sive administrationes repetit, id est, continuat officium principis inter apparitores proconsulum. Nam scripta est constitutio hæc ad proconsulem Africæ: qui, inquam, ante redditas rationes repetit & continuat inter apparitoris officium principis, id est, primatis apparitiones, qui erat summus gradus in officio, vel qui continuat officium commentariensis, aut numerarii, vel quodcunque aliud officium, quod sit pro gradu quodam militiæ, & beneficio: Nam quos promotos vocat in hac constitutione, & *lege 1. sup. de fals. monet.* ii dicuntur beneficiarii, qui pro beneficio obtinuerunt præfecturas, municipatus, præturas, centurionatus: & opponuntur iis, qui dicuntur munifices (*qui portent toute le charge*) ut in *l. 18, ff. de verb. signific. l. 2. C. Theod. de cursu publico*. Ergo iidem sunt in gradu promoti, & beneficiarii, & iis adversi sunt munifices. Et ita Ascon. Pedianus in 3. Verr. *Accensum esse nomen ordinis, & promotionis in militia, ut nunc principem, vel commentariensem, vel cornicularium*. Hæc enim nomina sunt de legionaria militia sumpta, & sunt translata in civilem militiam; pœna autem hujus constitutionis est deportatio, si princeps officii, vel alius beneficiarius, qui ex hac administratione fisco remansit obligatus, repetierit & continuarit idem officium ante redditas rationes, quam interpretationem confirmant verba legis, ad solutionem debiti prius urgeatur, quam continuet officium, *& l. si aliquid, inf. de susceptor. & arcar. libro* 11. quæ est cum illa conjungenda, & vetat, ne quis iterum gerat officium, in quo ante decoxit. Et in hac sola specie pœna ambitus est deportatio. Alias est tan-

tantum mulcta pecuniaria centum aureorum cum infamia, *l. 1. eod.* ficut legis Viselliæ pœna erat damnum, id est, mulcta pecuniaria cum infamia, ut *l. 1. sup. ad leg. Viselliam*, quæ quodammodo ambitum coercet eadem pœna, qua lex Julia de ambitu, dum coercet & punit libertinos, qui se venditant pro ingenuis, atque ita in honores irrepunt debitos solis ingenuis.

AD TITULUM XXVII.

AD LEGEM JULIAM REPETUNDARUM.

POST legem Juliam de ambitu, datur lex Julia repetundarum, certissimum argumentum summæ avaritiæ Romanorum, ut ait D. Hieronymus in *Esaiam, capite* 13. Superior lex coercet ambitionem, quæ in eis etiam fuit incredibilis, hæc vero lex coercet avaritiam, utraque publ. judic. quod ex hac lege constituitur in eos, qui dum in magistratu, potestate, curatione, legatione, vel quo alio officio publico captis, coactis, conciliatis, aversis pecuniis, quo judicio & suum & suorum factum præstant, apparitorum, puta, & ministrorum, & militum a manipulario, id est, gregario milite, qui infimus usque ad domesticum protectorem, sive satellitem, & corporis custodem, qui summus est militiæ gradus, ut in *l. 1. h. tit.* & accusantur publice, ut Verres, & alii plerique nomine totius provinciæ, vel civitatis per actorem, quem ipsa provincia, vel civitas delegerit, ut Cicero ait in Divinat. Quo loco etiam ostendit hanc legem tantum fuisse nationum exterarum, sociorum provincialium: in urbe autem captarum pecuniarum a magistratibus civilem fere fuisse actionem, inquit, & privatum judicium, seu recuperatorium. Unde hic exsistit differentia inter legem Juliam de ambitu, & legem Juliam de repet. quod illa primum in urbe tantum locum habuit, contra hæc in provinciis tantum. Existit etiam altera differentia, quod ambitus crimen exerceri potest non tantum post depositum honorem, & administrationem honoris suscepti, sed etiam ante susceptam administrationem, ut apud M. Tullium legimus, sæpe plerosque accusatos ambitus in toga candida, cum adhuc petebant honores, aut cum tantum erant designati. Repetundarum autem crimen exercetur post depositam tantum administrationem, excepto casu *legis 4. hujus tit.* quo potest exerceri etiam in ipsa administratione, dum magistratum habet, vel Imperium. Et casus hic est singularis, si Præsides provinciarum in judiciis & litibus improbe, vel sordide se gerant, velut litium mercatores, ut ait *l. 3. ut mercatores provinciarum*, Marcus Tullius in Orat. post reditum, quam habuit ad Quirites, & in ea etiam, quam habuit ad Senatum, & in Consilio illo incerti auctoris, dato Imperatori etiam incerto, quod est in fine notitiæ Imperii Romani *de judicum pravitate*: *Despecta*, inquit, *reverentia dignitatis, velut mercatores in provincias esse missos, existimant*. Illo quoque casu *d. l. 3.* ostendit, etiam judices pedaneos, qui nundinantur in litibus exercendis, aut dijudicandis, teneri iisdem legibus & pœnis: damnatos autem lege Julia repetundarum interdum sequebatur exilium, ut constat ex historiis, frequentius sequebatur mulcta pecuniaria in quadruplum, nimirum ablatis pecuniis repetitis in quadruplum. Unde nomen judicio repetundarum, quod tribui solet etiam cuilibet repetitioni civili, ut repetitioni dotis, & condictioni indebiti, vel ob rem dati, sunt actiones repetundarum civiles. Et eadem forma etiam dixit D. Hieronymus in *princip. quæst. in Genes.* Ciceronem a Græcis accusari repetundarum, quod multa sumpserit a Græcis, & sua fecerit. Hoc igitur judicio infligitur mulcta in quadruplum, ut *l. 1. & ult. hujus tit.* cum infamia, ut *l. judices, inf. de dignitat.* ut plane possis dicere unam fuisse pœnam legis Viselliæ, & leg. Juliarum de ambitu, & de repetundis, nempe damnum rei familiaris, seu mulctam cum infamia. Et *l. ult. hujus tit.* est communis utrique legi *de ambitu, & repet.* nam & quadrupli pœnam irrogat Præsidi, si quid dederit honoris ambitu, vel si quid sordide acceperit in ipso gerendo honore, præter salaria publica & annonas. Utrumque autem judicium, ambitus scilicet, & repetundarum non finitur, nisi spatio viginti annorum, ut cetera fere omnia crimina, excepto adulterio, & peculatu, *l. querela, sup. ad leg. Cornel. de fals.* Uno tamen casu crimen repetundarum finitur anno, quo etiam simpli tantum est repetitio, non quadrupli, qui casus est in *l. pen. hujus tit.* & proprie pertinet ad specialem quendam Comitem domorum principis, quæ erant in Cappadocia. Altero etiam casu judicium repetundarum ex hac lege finitur, anno scilicet in heredem rei, quo etiam est quadrupli repetitio, etiamsi reus sit defunctus ante litem contestatam, & damnationem sequutam. Est speciale in hoc crimine, ut ejus pœna, quæ est pecuniaria sequatur intra annum tantum heredem, non post annum, quia qui ab herede repetit quadruplum non auditur post annum, *l. 2. h. tit. l. 2. ff. eod. l. ult. ff. ad leg. Jul. pecul. l. ex judiciorum, ff. de accusat.* Plinius 3. Epistol. *Bætica provincia*, inquit, *in defuncti rei repetundarum accusatione perstabat: provisum hoc legibus* (ut scilicet non extinguatur morte) *intermissum tamen, & post longam intercapedinem tunc reductum, & placuit senatui bona defuncti, quæ habuisset ante provinciam, a reliquis separari: illa filiæ, hæc spoliatis relinqui. Et additum quoque, ut pecuniæ, quæ erant solutæ creditoribus, revocarentur*: quod congruit cum *dict. l. ex judiciorum*, quæ in hac re comparat crimen majestatis cum crimine repetundarum.

AD TITULUM XXVIII.

DE CRIMINE PECULATUS.

RESTANT 4. tituli de publicis judiciis explicandi. Crimen autem repetundarum, & peculatus est crimen captarum pecuniarum. Sed repetundarum, quod captæ sint pecuniæ privatorum: peculatus, quod captæ sunt pecuniæ publicæ, nec delatæ in ærarium: utrumque crimen est ex legibus Juliis judiciorum publicorum. Et hoc etiam crimen peculatus in magistratus provinciales post depositam administrationem, & in magistratibus quidem longe gravius, quam in ceteris: Nam ex constitutione hujus tituli magistratus, qui sunt depeculati pecuniam reipubl. & fisci, afficiuntur pœna capitis & vitæ, ut *l. 5. C. Theod. ad leg. Jul. repetund.* quæ pœna extenditur etiam ad socios, & ministros, & eos, qui summotas, subtractas ab eis pecunias publicas receperunt, quia (ut est in *l. pen. sup. ad leg. Jul. de vi*) non est dissimile crimen, rapere, & ea quæ quis rapuerit, servare: quæ lex est ducta ex *l. 2. C. Theod. de crimine pecul.* ante constitutionem hujus tituli etiam in judices, sive magistratus provinciales non erat pœna capitis, sed tantum pœna legis Juliæ peculatus, quæ initio fuit eadem, quæ legis Juliæ de ambitu, & de repetundis, & legis Viselliæ, id est, mulcta cum infamia, *l. 1. C. Theod. eod.* Et reducitur etiam hæc mitior pœna in *Novella Leonis* 105.

AD TITULUM XXIX.

DE CRIMINE SACRILEGII.

EADEM lege Julia coercetur furtum pecuniæ publicæ, quod dicitur peculatus, & furtum pecuniæ sacræ, quod sacrilegium dicitur, & sacrilegium certe gravius, quam peculatus. Huic crimini sacrilegii constitutiones hujus tituli adjungunt, quæ sunt proxima crimina, & affinia, principale crimen prætermittunt. Non adjungunt quidem majestatis crimen omne, vel maximum crimen majestatis,

tis, quod de eo sit ante dictum, quod proximum dicitur sacrilegio, *l.* 1. *ff. ad leg. Jul. majestat.* imo & sacrilegium, *l.* 1. *Cod. Theodos. si quis pecun. constituerit*, *&c.* & in Basil. in *l.* 1. *sup. de privat. carcerib. inhib.* pro majestatis est ἱεροσυλίας, id est, *sacrilegii*. Sed adjungunt constitutiones hujus tituli crimina, quæ ipso sacrilegio videbantur esse inferiora, puta contemnere, & violare constitutiones sacras principum, *l. ult. inf. de privileg. eorum, qui in palat. milit. l.* 1. *inf. ut dignit. ordo serv. l.* 13. *inf. de erogat. milit. an. l. pen. C. Th. de relat.* quod dicitur etiam majestatis crimen, contemnere & violare sacras leges in *l.* 1. *sup. ut omnes judices*, *&c. C. Th. de Judæis*. Item adjungunt, quod est nefandissimum crimen, confundere, corrumpere, offendere legem Dei omnipotentis, de quo majores nostri acceperunt *legem* 1. *hujus tit.* utpote cum eam posuerunt in *Cod. Theod. sub tit. de Episcop. & Cleric.* Et in Basilicis quoque ita verba ejus legis, *quæ divinæ legis sanctitatem, aut nesciendo confundunt*, ita transtulerunt, ὅσοι τὴν τῆς θείας πίστεως ἁγιωσύνην ἢ ἐν τῷ ἀγνοεῖν συγχέουσιν, &c. Ex quo patet etiam Basilica legisse, ut est in *C. Theod. aut nesciendo confundunt*, συγχέουσιν, non *omittunt*: veteres etiam libri male, *committunt*. Additur in hoc titulo, etiam instar esse sacrilegii disputare, an is sit idoneus judex, quem princeps elegit, & creavit, ut *l.* 5. *sup. de divers. rescript.* Itemque petere ejus provinciæ administrationem, ex qua originem ducimus, qua de re est titulus in *libro* 1. *nulli patriæ suæ administrationem*, *&c.* Sed hæc hodie ne in minimo quidem vitio ponuntur.

AD TITULUM XXX.

DE SEDITIOSIS, ET DE IIS, QUI CONTRA REMPUBLICAM AUDENT PLEBEM COLLIGERE.

SACRILEGII criminis reos recte dixeris agi posse seditionis, vel tumultus auctores, cum & superioribus legibus tenentur læsæ majestatis, & de vi, & propria lege de sodalitiis, maxime ii, qui coacta multitudine magna vociferatione quid a populo petunt in foro, vel in spectaculis. Qua de re est *l.* 2. *h. tit.* quæ recte vocabitur lex de sodalitiis. Pacata seditione parcitur multitudini, & unde est orta culpa, ibi pœna consistit, ut est apud Livium *lib.* 28.

AD TITULUM XXXI.

QUANDO CIVILIS ACTIO CRIMINALI PRÆJUDICET, AN UTRAQUE AB EODEM EXERCERI POSSIT.

HIC titulus concludit tractatum de publicis judiciis, proposita regula communi omnibus, ut scilicet cum publicis, & criminalibus judiciis concurrant privata, & civilia judicia ob idem factum, & utrisque experiri liceat, nec alterum altero consumatur. Publica judicia, ut differentia intelligatur, continent vigorem publicæ disciplinæ: privata autem utilitatem privatorum, & rem familiarem cujusque, ut in hac constitutione, & in *l.* 4. *D. de publ. judic.* dicitur, in privatis judiciis, & civilibus agi de re familiari, id est, de damno pecuniario: quod dicitur, ut excludatur actio injuriarum, in qua non agitur de re familiari, quia nihil abest injuriam passo, sed agitur tantum de læso honore vindicando. Ideoque regula hujus constitutionis non habet locum in privata actione injuriarum, hæc non concurrit cum alia actione criminali ex eodem facto, *l. prætor*, §. 1. *ff. de injur.* At si prius sit actum de re familiari privato judicio, præjudicium fit publico judicio, ut ait *d. l.* 4. Quod ita est interpretandum, nam verba sunt ambigua, id est, prius est agendum de civili actione, quam de criminali. Privatum judicium præjudicium facit publico, id est, disceptatur prius, quam publicum si prius moveatur, & hoc *d. l.* 4. ostendit exemplis, si prius, inquit, actum sit lege Aquilia, quæ est civilis, & privata, & furti, & vi bonorum raptorum, interdicto unde vi, & interdicto de tabul. testamenti exhibend. Recte. Nam actio legis Aquiliæ præjudicium facit, si servus occisus esse dicatur judicio publico ex l. Corn. de sicariis. Ita est. Nec nos turbare debet, quod ait *l. inde Nerat.* §. *si dolo*, *ad l. Aquil.* actionem l. Aquil. non facere præjudicium l. Corn. quia est ambigua oratio, & sententia, utraque vera, si distinguantur significata ejusdem orationis. Unde ita dicamus, actionem leg. Aquil. præjudicium facere legi Cornel. id est, si prius de ea agatur, prius de ea disceptandum: contra actionem l. Aquil. non præjudicare l. Corn. id est, etiamsi de homine occiso sit judicatum judicio l. Aquil. & forte absolutus reus: tamen retractari (ut ait constitutio h. t.) judicium potest ex l. publ. de sic. Præterea actio vi bonorum raptorum (ut ait *d. l.* 4.) quæ est privata, & civilis, præjudicat publico judicio ex *l. Jul. de vi*, ut ait hæc constitutio, & *l.* 2. §. 1. *ff. de vi bon. rapt.* Idem efficit interdictum unde vi. Item interdictum de tabulis testamenti exhib. præjudicat judicio publico ex l. Cornel. testament. quod exemplum ponitur etiam in hac constitutione. Actio etiam furti, quæ est civilis in duplum, vel quadruplum, præjudicat judicio publico. Hic quæritur, cui judicio publico actio furti faciat præjudicium: Nam cum actione furti nullum concurrit judicium publicum de furto, nisi de peculatu, & sacrilegio, & de repetundis, non de omni furto: sed cum actione furti civili concurrit tantum extraordinarium, & criminale judicium, non ordinarium, & publicum, *l. ult. D. de furt.* At regula hujus tit. pertinet tantum ad publica judicia, nec obtinet in extraordinariis, ut patet ex *l. interdum*, §. *qui furem*, *D. de furt.* Nam extraordinarium furti crimen non concurrit cum actione furti civili, sed aliud alio consumitur. Quare in hac constitutione non recte Accurs. separat actionem furti a l. Fabia illo loco, *furti actio, & l. Fabiæ constitutio*. Igitur dicendum erit, nos posse experiri ex l. Fabia criminaliter, & actione furti civiliter ob idem crimen plagii. Denique actionem furti cohærere crimini leg. Fabiæ, sicut actio bonorum raptorum cohæret legi Juliæ de vi. Iterum objicies, imo non concurrit actio furti cum crimine legis Fab. quia plagium fit sine furto, *l.* 10. *sup. de furt. l. pen. ff. ad leg. Fab. de plag.* & legi Fabiæ melius jungeretur actio servi corrupti, ut *in l.* 2. *ff. ad leg. Fab.* Furtum est, cum aufero servum alienum lucrifaciendi animo. Plagium est, cum eum abduco, ut se agat pro libero, cum seduco, & sollicito eum, ne pareat domino suo, nec eum agnoscat, sed fugiat ab eo, & fugitivum celo, hoc est corrumpere servum, non furari. Denique plagium non est furtum: non ergo cum crimine plagii concurrit actio furti, ut ait hæc const. sed potius actio servi corrupti. Dicamus, rem esse ita expediendam, ut plagium plerumque concurrat, etiam cum actione servi corrupti, & actio furti, utraque civilis: quia vix unquam servi aufugiunt a dominis, quin aliquid subripiant, quod plagiarius, id est, suppressor fugitivi recipiat & celet, ut fugitivum. Quarum rerum nomine est in eum actio furti, ut *l. Nerat.* §. *quamvis*, *ff. de serv. corr. l.* 12. *ad l. Fab.* Et ita si filiusfam. sit subreptus, dabitur etiam patri actio furti, non propter personam filii, sed ob res a filio interim acquisitas, quæ interim patri acquirantur, & ab eo possunt vindicari, *l. eum qui*, §. *si filiusfam. & l. mater*, *D. de furt.* Ac similiter actio civilis de operis patrono debitis, ut *in hac l.* præjudicat crimini ex l. Visellia, & actio civilis de fide instrumenti præjudicat crimini ex l. Corn. ut diximus *in l. pen. & ult. sup. ad l. Corn. de fals.* non tamen ita præjudicat, ut finito judicio civili de fide instrumentorum, non possit eadem de re judicio criminali tractari ex l. Corn. de fals. Certum erat criminalem actionem præferri civili, id est,

prius

prius esse definiendam: contra etiam, an civilis præjudicet criminali, id est, an prius esset dirimenda, si prius ageretur civiliter, dubitabatur, quod hæc constitutio definit, ut aliud alii non præjudicet, id est, ut prius definiri possit quodcunque libuerit actori, vel civile, vel criminale. Et cum hac l. est conjungenda *l. pen. sup. de probat.* ut inscript. & subscript. demonstrant.

AD TITULUM XXXII.

DE CRIMINE EXPILATÆ HEREDITATIS.

POST judicia publica, incipit ab hoc titulo tractare de privatis judiciis, quæ ex maleficiis oriuntur, quorum alia sunt civilia & forensia, alia criminalia, & pœnalia omnia. Privata autem sunt, quia non patent omnibus, sicut publica judicia criminalia, de quibus ante dictum est, vel publica civilia, quæ popularia dicuntur, de quibus nil in hoc libro, sed privata dicuntur, quia patent iis tantum, quorum interest. Verum inter se differunt plurimum. Primum quidem, quod civilia sunt ordinaria: criminalia extraordinaria. Item quod civilia certam legem & pœnam habent, ut furti nec manifesti legem 12. tab. habet, qua furti nec manifesti constituitur pœna dupli: & furti manifesti, & vi bonorum raptorum, quæ habet edictum prætoris: & injuriarum, quæ partim habet legem Corneliam, partim edictum prætoris: & damni injuria dati, quæ habet legem Aquiliam: quibus legibus vel edictis, his privatis delictis imponitur pœna certa, quam judex diligenter observet: perinde atque publicis criminibus imponuntur pœnæ certæ legibus Juliis, & aliis legibus publicorum judiciorum. Criminalia autem privata judicia pœnam non habent certam, sed arbitrariam, id est, constitutionibus, vel Senatusconsultis relictam in arbitrio judicantium, *l. 1. ff. de effract.* quam ob rem crimina, quæ judicia illa privata criminaliter persequuntur, dicimus non esse crimina legitima, *l. 3. §. pen. ff. de crim. stellion.* nimirum quia eis non est constituta certa & legitima pœna, quia non reguntur veluti mente certa legis, sicut civilia, quæ ex maleficiis nascuntur, aut publica judicia: Item hoc inter se distant, quod civilibus judiciis exercendis adhibetur specialis, seu pedaneus judex, datus a prætore, vel præside more judiciorum ceterorum forensium: criminalia autem extra ordinem exercentur apud præfectum urbi, vel præsidem provinciæ, non apud judicem datum, *l. 3. D. expilat. heredit.* Item quod in civilibus non est necessaria inscriptio actoris: in criminalibus est necessaria, etiamsi extra ordinem intendantur, *l. ult. D. de privat. delict.* Item quod leviora sint civilia, quam criminalia, *l. pen. in fine, sup. ad leg. Cornel. de fals.* vel, ut ait Justinianus *in constitutione Græca, de veteri jure enucleand.* Civilia μετριώτερα: criminalia σφοδρότερα. Et postremo, quod quo ex maleficio est actio civilis, deficiente publica non erat olim etiam privata criminalis extra ordinem, ut subindicat *lex ult. de furt.* dum ait, de furto, de quo constat esse actionem civilem pœnalem, nunc plerunque esse criminalem, extraordinariam & privatam, tacite significans, ante non fuisse, nisi solam civilem in duplum, vel quadruplum. Quo tamen ex maleficio est actio civilis, erat etiam, imo est etiam hodie sæpenumero publica accusatio: ut de vi, lege Julia de injuriis, de damno injuria dato: de suppresso testamento, lege Cornelia: quia scilicet alia de re est publica accusatio, alia de re civilis actio: hæc enim est de re, aut vindicta privata, illa de vindicta publica, seu de ultione disciplinæ publicæ. At extraordinaria & civilis, quoniam utraque est privata, causam & rem eandem spectant, nempe privatam. Ideoque utraque non licet experiri. At publica accusatione, & civili actione pœnali ex eodem delicto, si modo ea civilis actio pertineat ad rem familiarem, id est, ad damnum pecuniarium privati hominis, non ad ultionem, sicut actio injuriarum, vel de moribus, utraque experiri licet, quia non spectant eandem rem, quod docuit supra proximus titulus. Contra vero, qua de re est

A accusatio extraordinaria, non semper est etiam actio civilis, quæ scilicet pœnam inferat reo, ut de expilata hereditate, & de stellionatu, quæ crimina extra ordinem vindicantur, nulla est prodita actio civilis, quæ pœnam persequatur, quæ omnia notanda sunt. Quamvis autem tot sint differentiæ inter judicia civilia, & extraordinaria, tamen quia omnia sunt privata, conditori Codicis placuit ea collocare alternato potius, quam distincto ordine, proposito primum in hoc titulo crimine & judicio extraordinario expilatæ hereditatis, dein civili actione bonorum raptorum, tum extraordinario crimine stellionatus, post civili actione injuriarum, & mox extraordinario crimine abigeatus: sic miscuit amaro dulce, omissis interim civilibus actionib. furti, & legis Aquiliæ, quæ omnino cadebant in hunc tractatum, quoniam de eis jam e. re nata anteverterat dicere

B *libro 3. & 6.* Primum ergo proponit crimen expilatæ hereditatis, cui locus est, si post mortem testatoris, vel intestati, ante aditam hereditatem, vel etiam post aditam, sed ante apprehensam possessionem rerum hereditariarum, res quædam hereditariæ sint subreptæ, quod proprie non est furtum. Nam furtum est interversio possessionis alienæ. Rerum igitur, quarum nulla est possessio, rerum quarum possessio vacat, id est, quæ a nemine possidentur, furtum non fit, *l. 1. §. Scævola, ff. si quis test. liber esse juss. fuerit.* Possessionis tantum furtum fit. Ubi igitur nullus est possessor rei, quæ aufertur, furtum non fit, & ideo vacante possessione rerum hereditariarum, si quid ex rebus hereditariis sit subreptum heredibus, eo nomine non competit actio furti, *l. 2. ff. eod.* sed competit extra ordinem accusatio compilatæ hereditatis, quæ privata est, non pu-

C blica. Et hoc est ex senatusconsulto, & oratione D. Marci, *l. 1. ff. eod. l. 3. ff. de extraord. crim.* Loco deficientis actionis, id est, ut ait *l. ult. hujus tit.* loco pœnalis actionis, loco actionis furti, quæ deficit in proposita specie. Quare recte dicemus hodie, hoc crimen cessare expilatæ hereditatis, quoniam heredibus sufficit semper actio furti, nunquam deficit, si quid sit subreptum ex bonis hereditariis, quoniam eo jure utimur, ut a defuncto possessio rerum ipso jure transeat, & continuetur in heredes, etiam sine apprehensione corporali. Et hoc est quod dicitur (*le mort saisit le vif*) ut plane non possit non semper interverti possessio, subreptis ab alio rebus hereditariis. Proinde est verum hodie, rei hereditariæ furtum fieri, quod etiam quidam veteres Jurisconsulti existimant, nempe Brutus & Manilius & Sextus Ælius, ut ad Trebat. scribit

D Marcus Tullius 7. Epist. ad famil. sed obtinuerat plurium sententia, scilicet rei hereditariæ nondum possessæ furtum non fieri, etiamsi heredes hereditatem adierint, quia heres adeundo hereditatem, jura tantum adquirit, id est, ea quæ sunt juris, non quæ sunt facti, hæc non adquirit, nisi suo corpore. Denique possessionem rerum hereditariarum non acquiri adeundo, ni eas apprehenderit, *l. cum heredes, ff. de adquir. possess.* antequam apprehendat, possessio vacat, possessio nullius est. Ergo interim ejus rei hereditariæ furtum non fit, sed expilatur hereditas, quæ res coercetur extraordinario judicio, quod perinde irrogat infamiam, atque actio furti, in cujus locum succedit, *l. si te, sup. ex quibus cauf. infam. irrog.* Ut actio furti est famosa, ita accusatio expilatæ hereditatis, quæ est instar actionis furti, aut quæ in locum ejus successit, quod ea non possit apte

E ad hanc speciem accommodari. Et datur hoc judicium extraordinarium, etiam privigno in vitricum, vel novercam, quibus honorem non debet, qui quæve expilavit extranei hereditatem privigno delatam, *l. 2. & 3. hujus tit.* Nam & privignus in eos recte agit furti actione, *l. 3. & 11. sup. de furt.* & vi bonorum raptorum, *l. ult. tit. seq.* At non datur actio expilatæ hereditatis privigno in novercam, quæ expilavit hereditatem mariti sui, id est, patris privigni sui, puto nec in vitricum, qui expilavit matris hereditatem, quia nec expilare videtur conjux, quod vivo conjuge societas vitæ & matrimonii fecerat in ejus potestate: Nam, ut ait *l. 4. hujus tit.* uxor socia rei humanæ & divinæ domum suscipitur, sic est legendum, & post apprehensam possessionem non daretur etiam privigno heredi de-

functi actio furti in novercam, cujus instar hæc accusatio obtinet. Eademque ratione non datur hæc accusatio heredi extraneo in maritum vel uxorem, qui quæve expilavit defuncti hereditatem, quia hoc suo jure quodam fecit, tenens post mortem conjugis, quod tenuit eo vivo societatis jure, *l. 4. hujus tit. l. pen. ff. eod. l. heres, ff. de negot. gest. l. quamvis, sup. de furt.* Eadem ratio societatis facit, ut hæc actio extraordinaria non detur coheredi in coheredem, quia re communi coheres utitur ut sua, ut socius. Et hoc est certissimum, non dari coheredi in coheredem, ex *l. 3. sup. fam. ercisc. & l. 1. hujus tit.* Et probatur etiam argumento *l. merito, ff. pro soc.* Ratio igitur cur coheres coheredi hoc judicio non teneatur, proficiscitur ex societate & communione rerum hereditariarum. Neque est ratio, quod satis sit consultum coheredi judicio familiæ erciscundæ, si quid coheres sustulerit, quia huic crimini est locus, etiamsi suppetat alia actio, non quæ pœnam, sed quæ rem persequatur, ut ad exhibendum, vel petitio hereditatis, *l. 2. & 3. ff. eod.* Ergo etsi suppetat actio famil. ercisc. quæ rem non pœnam persequitur, nec dum ait *l. 3. sup. fam. ercisc.* crimen expilatæ hereditatis frustra coheredi intendi, cum inquit, judicio famil. erciscundæ indemnitati ejus prospiciatur, non hoc significat ideo cessare crimen hoc, quod suppetat, aut sufficiat actio famil. ercisc. sed quod ablatæ res communes fuerint, tanquam inter socios, in quarum divisione, de qua agitur famil. ercisc. judicio, damni ratio haberi possit, ut *l. 19. eod.* Et ita est explicanda *d. l. 3. l.* autem 1. *h. tit.* cujus est difficilior species, explicanda hoc modo. Finge: duo sunt coheredes, & in hereditate est arca communis, quam possidet quidam extraneus: in arca autem sunt quædam res mobiles, quarum inspiciendarum copiam possessor facit coheredibus, sed claves arcæ uni tantum ex coheredibus tradidit, id est, earum rerum in unum tantum possessionem transtulit. Clavium traditio est translatio possessionis, *l. clavibus, ff. de contrah. empt. l. 2. sup. de periculo & commodo rei venditæ.* Hinc quæritur eo, cui claves arcæ sunt traditæ, arcam, & res in ea positas retinente totas, & sibi habente, an alter coheres, cui tradita non est possessio rei, possit intendere crimen expilatæ hereditatis, quod totas eas res sibi vindicet, & adserat? Lex ait, non posse, quia scilicet socius socio hoc crimen non intendit, *d. l. 3.* Verum, si eas res ab eo est vindicaturus pro sua portione judicio familiæ erciscundæ, habet in coheredem actionem ad exhibendum, ut eas res palam exhibeat. Cui si coheres possessor earum rerum, objiciat compensationem pretii, puta aliarum rerum hereditariarum, quas facile concedit coheredem, qui agit ad exhibendum: sibi ferre & habere in solidum, habita compensatione pretii earum rerum, ut fit in *l. Mævius, §. arbiter, ff. famil. ercisc. l. 3. sup. comm. divid.* Lex ait, oblata illa compensatione, non statim esse repellendum actorem, sed rebus exhibitis familiæ erciscundæ actionem exercendam esse, quam vocat directam actionem, id est, principalem. Actio ad exhibendum non est principalis actio, sed est præparatio actionis principalis, puta vindicationis, quæ ut hoc loco dicitur directa actio: sic etiam in *l. 3. §. ibidem, & l. si quis hominem, ff. ad exhibend.* Et idem dicitur pene in *d. §. ibidem*, quod in hac lege 1. actioni ad exhibendum opposita exceptione obscuriori, vel quæ habeat altiorem quæstionem, eam esse differendam in directum judicium, id est, in principale judicium, in rem, quale est familiæ erciscundæ, re interim exhiberi jussa, secundum intentionem actoris, nec habita ratione oppositæ, vel inductæ compensationis. Et ita est explicanda *lex 1. hujus tit.* Postremo illud tantum notandum est ex *lege pen. hujus tit.* libertos, quibus quid patronus testamento legavit, non repelli a petitione legatorum, prætextu compilatæ hereditatis, id est, quod dicantur compilasse hereditatem, maxime, inquit, suspensa cognitione, id est, suspenso hoc crimine. Bene, quia finita cognitione, & damnatis legatariis, repelluntur a petitione earum rerum, quas subtraxerunt, seu compilaverunt, *l. 48. ff. ad Trebell. & l. 5. sup. de legat.* Et eodem modo dicitur in *l. penult. ff. de accusat.* criminis reum, suspenso crimine, id est, suspensa cognitione, posse deferre causam fisci. Cur suspenso crimine? quia eo finito, si sit damnatus, certe non potest deferre causam fisci, *l. 18. ff. de jure fisci.* Idem fere etiam, quod ait hæc *lex pen.* proponitur in *l. 23. initio, ff. de fideicommiss. libertat.* ut non differatur præstatio fideicommissariæ libertatis, prætextu compilatæ hereditatis: Id est, quod dicatur servus compilasse hereditatem, quamdiu cognitio ejus criminis in suspenso est.

AD TITULUM XXXIII.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

IN hoc tit. proponitur actio civilis: Nam prætoria civilis dici potest, sicut jus prætorium jus civile. Actio igitur civilis vi bonorum raptorum, quæ ex edicto prætoris datur in eum, qui rem alienam rapuit, si res mobilis fuerit, ut ait *lex 1.* Nam de re immobili hæc actio non competit, puta de fundo, sed competit interdictum unde vi, vel actio in duplum, ex constitutione *legis si quis in tantam, sup. unde vi.* Hæc autem actio, quæ est de re mobili, seu animali, quæ movet seipsam, modo dicitur dari in triplum, ut in *l. locatio, §. quod illicite, ff. de publ.* modo in quadruplum, ut in constitutionib. *h. tit.* & alibi passim: modo in triplum & quadruplum, ut *l. pen. C. Th. de paganis sacrificiis, & templis.* Et varietatis istius causa est, quia hæc actio mixta est, id est, quia cum pœna tripli persequitur etiam rem vi ereptam, quæ confusio rei raptæ, cum triplo pretii efficit quadruplum. Et ita dicitur dari in triplum, si pœnam tantum spectes: in quadruplum si pœnam cum re confundas, scil. intra annum utilem. Nam post annum utilem hæc actio datur tantum in simplum, id est, ad rem, non ad pœnam. Et unoquoque casu Tribonianus eam redegit ad duplum speciali casu, quo actio vi bonorum raptorum est in duplum, cui insit res, scilicet vi erepta, & alterum tantum, quanti ea res est. Et is casus specialis est in *l. 6. sup. de pagan. sacrific.* si quid Christianus mobile eripiat Judæo, vel Pagano. Nec enim ex hac causa vult Christianum gravius coerceri, cum tamen C. Theodos. in *d. l. pen.* multo æquius etiam in Christiano statuerit quadrupli pœnam, si quid deripuerit per vim Judæis, aut Paganis. Actio igitur vi bonorum raptorum est mixta, & annalis in quadruplum. Quæro, an ideo existimabimus mitius agi cum raptore, quam cum fure, quod in raptorem sit actio mixta & annalis, & in furem sit actio tota pœnalis non mixta & perpetua, non annalis, quod est verissimum. Sed non ideo existimabimus, mitius agi cum raptore, qui vim fecit, quam cum fure, qui nullam vim fecit. Nam sive raptor sit manifestus, id est, qui invito domino extorqueat rem mobilem, vi aperta, missa actione vi bonorum raptorum, conveniri potest actione furti manifesti in quadruplum, quæ tota est pœnalis & perpetua. Rem autem persequi condictione furtiva, vel ad exhibendum. Nam & hic raptor fur est manifestus, *l. si vendidero, §. cum raptor, ff. de furt.* Sive raptor est non manifestus, ut si quid coactis hominib. rapuerit ex domo, in qua nemo erat, & nemo deprehenderit tollentem, raptor est nec manifestus, *l. si quis uxori, §. ult. ff. eod. t.* Et sane hoc casu, aut in hunc casum proprie est comparata actio vi bonorum raptorum, quia est hoc casu gravior intra annum utilem, quam actio furti nec manifesti. Et in hunc casum esse proprie comparatam significat §. 1. *Instit. eod. tit.* dum ait, huic actioni esse locum, etiamsi non comprehendatur in ipso delicto, quia scilicet hoc casu visum non est prætori sufficere actionem furti nec manifesti, quæ datur tantum in duplum: ideo dedit actionem in triplum, quæ dicitur vi bonorum raptorum, in raptorem nec manifestum proprie, qua actione, si non egerit is cujus interest, intra annum utilem, post annum non vetabitur agere furti nec manifesti in duplum, vel si prius egerit actione furti nec manifesti intra annum, nec dum annus utilis exierit, adhuc potest agere vi bonorum raptorum in id quod amplius in ea est, *l. 1. ff. eod. tit. l. si quis egerit, ff.*

de

de furt. Et obſervandum eſt maxime de illo concurſu actionis furti nec manifeſti cum actione vi bonorum raptorum ſæpe agi in jure noſtro, quoniam in hunc proprie caſum comparata eſt actio vi bonorum raptorum. Nuſquam autem agi de concurſu actionis furti manifeſti, & vi bonorum raptorum, quia ad hunc caſum proprie non pertinet, nec eſt neceſſaria actio vi bonorum raptorum. Et hoc adnotaſſe ad hunc titulum ſatis eſt.

AD TITULUM XXXIV.

DE CRIMINE STELLIONATUS.

SEQUITUR crimen extraordinarium ſtellionatus, quo nomine ſignificatur fallacia, impoſtura, & omnis diſſimulatio, & quicquid turpiter fit in fraudem alterius, quod proprio nomine demonſtrari, aut deſignari non poſſit. Denique ſtellionatus nomine ſignificatur omne crimen, quod nomen proprium non habet, omnis fraus, quæ nomine proprio vacat. Cum hoc autem crimine non quidem concurrit ulla actio civilis, quæ pœnam perſequatur, ſed quæ rem perſequantur, variæ poſſunt concurrere. Et ſi quidem famoſa ſit actio civilis rei perſequendæ cauſa, quæ concurrit, ut ſi ſit actio de dolo, vel actio depoſiti, famoſum etiam erit crimen ſtellionatus. Finge, debitorem in ſolvendo, pro auro debito ex ſtipulatu, vel ex cauſa depoſiti, ſubjeciſſe æs Corinthium, quod auri colorem habet: vel finge, eundem in ſolvendo, pro veris gemmis, vitreas ſubjeciſſe. Ex hac cauſa eſt actio de dolo, cum fuit debitor ex ſtipulatu, vel actio depoſiti, quæ ſunt famoſæ actiones. Ergo ex his etiam cauſis crimen ſtellionatus erit famoſum. Nam eſſet abſurdum ex iiſdem cauſis civilem actionem eſſe famoſam, & criminalem non eſſe famoſam. Et ad hunc caſum pertinet *l. quid ergo*, §. *ult. ff. de iis qui not. inf.* crimen ſtellionatus eſſe famoſum, quamvis non ſit publicum, inquit: Nam & crimen expilatæ hereditatis, ut heri oſtendi, eſt famoſum. Non ſolum igitur publica crimina, de quibus eſt comprehenſum, & cautum legibus publicorum judiciorum, ſunt famoſa, quæ famoſa certe ſunt omnia, ſed etiam privata quædam crimina, quæ extra ordinem vindicantur. Id vero genus ſtellionatus, quod notavi, puta, pro auro æs ſubjicere, proprie eſt id quod ait *l.3. ff. eod.* impoſturam facere: laborat Budæus illo loco quærens, quid ſit impoſturam facere, nec explicat niſi obſcure, & magis obſcure quam exigant illa verba. Rem explicat aperte Trebellius Pollio in Gallienis. *Cum quidam*, inquit, *vitreas gemmas pro veris vendidiſſet ejus uxori, atque illa, re prodita, vindicari vellet, ſubripi, quaſi ad leonem venditorem juſſit: deinde e cavea emittit caponem, non leonem, & mirantibus cunctis rem tam ridiculam, per curionem dici juſſit, impoſturam fecit, & paſſus eſt*, hoc eſt, ſubjecit vitream gemmam pro vera, & ego viciſſim caponem pro leone. Ceterum ſi in pignore dando debitor, vel ſi venditor in vendendo ſubjecit æs pro auro, vel vitream gemmam pro vero adamante, aut ſardio, *rubis*, ſi in vendendo ſubjecit ſtatuliberum pro ſervo, diſſimulata conventione ſtatutæ libertatis dolo malo, iis caſibus ſtellionatus non eſt crimen famoſum. Ad quod eſt referenda *l.2. ff. eod. tit.* dum ait, *crimen ſtellionatus non eſſe famoſum*, quia iis caſibus, nec actio pigneratitia contraria, vel ex empto, quæ cum eo crimine concurrit, eſt famoſa, *l. ſi quis in pignore, ff. de pignerat. act. l. ſtatuliberum*, §.1. *ff. de ſtatulib.* Idemque eſt, ſi quis ſciens ignoranti creditori rem alienam, vel jam alii obligatam, ſimulans rem eſſe ſuam, vel eſſe liberam, pignori obligavit, *l.1. & 2. hoc tit.* Quibus caſibus concurrit etiam civilis actio pigneratitia contraria ad rem perſequendam cum accuſatione ſtellionatus extraordinaria, *l. tutor*, §.1. *de pigner. act.* quæ actio cum non ſit famoſa, nec crimen etiam illud erit famoſum. Idem erit, ſi debitor producat aliquem creditorem, quem ſimulet in cauſa pignoris eſſe priorem, cum ſit poſterior,

A priori creditoris fraudandi gratia: Nam & hoc caſu cum cauſa ſtellionatus concurrit actio pigneratitia contraria, ut in *l.4. hoc tit.* & neutrum judicium eſt famoſum. Et hoc ita debet intelligi, ut ſit locus utrique judicio, civili & criminali, ſi id fecerit debitor, & adſtruxerit nullo prolato ſcripto, quo perſuaderet priori creditori, alterum eſſe longe priorem. Nam ſi hoc fecerit prolato falſo chirographo, quod ſit prælatus dies pignoris obligationis (id Græci προχρονισμὸν vocant, *une antidate*) tunc locus eſt crimini falſi, quia ſcripſit falſum, *l.15. ſup. ad leg. Cornel. de falſ. l. ſi a debitore, ff. eod.* Ergo ceſſat tunc crimen ſtellionatus, quia ita demum huic crimini locus eſt, ſi aliud non ſit crimen, quo deceptor poſſit argui, ſi deficiat aliud crimen. Translatum autem eſſe nomen ſtellionatus, nemo eſt, qui neſciat, ab animali ad hominem vafrum, &
B decipiendi peritum, ut apud Apulejum, Venus irata Cupidinem ſtellionem vocat, *quibus modis*, inquit, *ſtellionem illum cohibeam, un trompeur.* Gloſſis etiam antiquis ſtellionator dicitur ἐπιθέτης, id eſt, *impoſtor.* D. Cypriano implanator, ut Chriſtianis naſcente eccleſia, quod plerique pallio uterentur, qua veſte hodie frequenter utimur, adverſarii ambigua oratione objiciebant, quod eſſent Græci ἐπιθέται, veſtiti ſcilicet pallio Græcorum veſtimento, quo ſe operiebant ſolutim uno circumjectu, *un Reytre*, ut intelligi volebant, ut ipſi intelligebant Græci impoſtores, & ſtelliones apud D. Hieronymum. Pœna hujus criminis eſt arbitraria, ut omnium criminum extraordinariorum. Sed tamen additur in *l.3.* §. *pen. ff. eod.* in plebeis non debere pœnam hujus criminis egredi metallum: in ceteris eſſe remittendam relegationem, aut ab ordine motionem.
C Et *remittendam*, id eſt, *mitigandam*, inquit gloſſa ignara lat. ſermonis: nam hoc vult, *eſſe remittendam*, id eſt, permittendam, ut *l.22.* §. *ult. ad leg. Jul. de adult.* patri eſſe remiſſum omnem adulterum occidere, remittere, pro permittere, & contra ſæpe permittere, pro remittere & condonare.

AD TITULUM XXXV.

DE INJURIIS.

EXTRAORDINARIIS executionibus criminum hoc tit. interſerit civilem actionem injuriarum,
D quæ datur ex 12. tabul. vel ex edicto prætoris, vel etiam ex lege Cornelia, ut eſt in *l. conſtitutionibus, D. eodem tit.* id eſt, ex cauſis comprehenſis lege Cornelia de injuriis, puta quod quis pulſatus ſit, verberatusve, domusve ejus vi introita, & generaliter de omni atroci injuria, puta ſervili, & ſæva, & graviſſima, *l.7.* §. *poſſe, D. eod. tit.* Cujus exemplum eſt in *l.4. hujus tit.* ſi quis ſacerdoti procedenti cum infulis, & ornatu proprio injuriam fecerit. Et de leviſſima etiam injuria, ut Hortenſium oratorem legimus, cum incederet elaboratus ad ſpeciem, cujus decoris & pulcritudinis fertur fuiſſe ſtudioſiſſimus, collegæ de injuriis diem dixiſſe, quod ſibi in anguſtiis obvius occurſu fortuito ſtructuram togæ deſtruxiſſet, apud Macrob.3. *cap.13. Capitale*, inquit, *putavit, quod in ſuo humero ruga locum mutaſſet.* Hujus autem actionis pœna olim ex duodecim tabulis erat certa, hodie eſt poſita in æſtimatione judicis, & eſt famoſa, ac annalis actio, *l.5. hoc tit.* quæ ſcilicet ex omni cauſa indiſtincte, ut opinor, finitur anno continuo .i. brevio-
E ri tempore, quam actio vi bonorum raptorum, quia & hæc actio de injuriis facillime aboletur, veluti diſſimulatione, id eſt, ſi conteſtatus illico non ſit is, qui injuriam paſſus eſt, ſe eam recipere, & revocare ad animum, *l.31. ſup. de liber. cauſa*, illo loco, *habita conteſtatione*: qui ſic eſt explicandus. Aboletur etiam pacto nudo, quod regulariter non tollit actionem, ſed tollit actionem injuriarum. Aboletur jurejurando, ſi delato jurejurando juraverit quis, ſe injuriam non feciſſe, aut ſe non feciſſe injuriæ gratia, *l.5.* §.1. *l. non ſolum*, §.1. *D. eod.* At de injuriis

juriis civiliter agitur, seu directo nobis illatæ sint, sive per consequentias, ut si illatæ sint filiis, aut servis nostris, aut uxori, *l.2. & 8. hoc tit.* Et non tantum civiliter agitur, sed etiam, si quis hoc maluerit, criminaliter. Sed aliud judicium alio consumitur, nec licet experiri utroque civili & criminali, *l.6. D. eod. tit.* Quoniam utrumque est eadem de re, id est, utrumque respicit ad vindictam: nec enim actio injuriarum pertinet ad rem pecuniariam, seu familiarem, sed ad vindictam. Et ut ait Valentinianus Imperator, qui agit de injuriis, agit causam doloris sui, & imminutæ suæ libertatis, non causam rei familiaris. Et ea ratione non licet utroque judicio experiri, sed hoc, vel illo, civiliter scilicet, & criminaliter. Criminaliter, quo nomine olim erat puplica accusatio ex lege Cornelia, *l. hos accusare, §. ult. D. de accusat.* Sicut vi bonis raptis, etiam est publica accusatio ex lege Julia de vi. Et hodie etiam publica est injuriarum accusatio uno casu, *l. si quis in hoc, sup. de episc. & cler.* si facta sit injuria sacerdoti, dum sacra facit, vel clerico, dum cultui divino ministerium præbet. Videtur & de injuriis factis viris illustribus esse publica accusatio, ut hic locus Salviani indicat *libro 8. de guber. Dei. Deum ergo, O homo,* inquit, *incuriosum, & negligentem vocas? si quemlibet ingenuorum hominum hac contumelia læderes, insolentium injuriarum reus esses. Certe, si illustriorum quempiam, aut sublimiorum, etiam censuram juris publici sustineres.* Altero etiam casu publica est injuriarum accusatio, de quo dicemus titulo sequenti. Ceteris casibus accusatio injuriarum est hodie extraordinaria, pertinens ad privatam tantum causam, *l. ult. D. eod.* & cum inscriptionis vinculo, *l. ult. hoc tit.* Nam & crimina extraordinaria inscriptionem exigunt accusatoris, *l. ult. ff. de furt. l. 1. inf. de abig.* Et notandum, quod specialiter constituitur in *l. ult. hujus tit.* & firmatur *Novella 71:* ut viri illustres, sive sint honorarii, seu legitimi: Nam ut est in *l.2. Cod. Theod. ad leg. Jul. repetund.* (quæ ratio loquendi est elegans) alia est dignitas honoraria, quæ est sine re, & nil agit: alia legitima, quæ in actione consistit, & administratione reipublicæ. Ut igitur viri illustres, seu sint honorarii, seu legitimi, & seu extra ordinem criminaliter agant, seu conveniantur de injuriis, causam agere possunt per procuratorem, quod etiam datur episcopis, & presbyteris Novella Valentiniani *de episc. judic.* Regulariter causa criminaliter non potest agi per procuratorem, *l. pen. ff. de publ. jud. l.2. sup. ad leg. Fab. l.16. ad leg. Cornel. de fals. l. ult. sup. ubi senat. vel clariss. l. 1. ff. an per alium appell. &c.* Regulariter causa criminalis non potest agi per procuratorem, nisi (ut ostendi supra quodam loco) capitale crimen intendatur, quo absens damnari possit, qui sui defensionem omittit, ut est proditum in *l.3. sup. de accus.* & in *l. servum, §. publice, D. de procurat.* Quibus locis in capitalibus judiciis nominatim procuratori permittitur defensio absentis. Quo nomine significatur plena defensio, id est, totius causæ criminalis, & purgatio non tantum absentiæ, sed innocentiæ, si absens damnari potest, qui nullam habeat rationem suæ salutis: Nam & pro condemnato ultimo supplicio, si nolit appellare, quilibet potest appellare, *l. non tantum, D. de accusat.* Ergo & eum defendere, quando absens potest damnari. Quod obtinet uno tantum casu, si cum eo præsente jam lis fuerit contestata, & post litis contestationem defensionem omiserit, judicio recesserit, *l. inter, D. de public. judic. l.4. §. pen. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* At ubi absens damnari non potest, ut quia litem non est contestatus: vel ubi non est capitale crimen, tunc superiori regulæ locus est, ut causa criminalis non possit agi per procuratorem, ut *l. miles, §. ea quæ, D. ad leg. Jul. de adult.* Verum ad hæc est animadvertendum, in *l. ult. hoc tit.* viris illustribus iis conditionibus permitti causam criminalem agere per procuratorem, ut per semetipsi si accusent, subscribant in crimen, & ut in eorum persona nominatim condemnatio fiat, quæ tamen (ut Græci recte notant) argumento *legis 2. D. de obsequiis parent. præst.* nullam eis inuret infamiam, quia eorum persona, neque judicio adfuit, neque adest cum sententia fertur. Absens non erubescit, infamia suffundit sanguinem præsenti tantum. Hoc igitur casu cum vir illustris agit causam injuriarum per procuratorem criminaliter, procuratori, vel in procuratorem, cujus persona abest judicio, non est dicenda sententia, id est, non est concipienda in ejus personam, sed in personam mandatoris viri illustris. Idemque puto esse quocunque casu procuratori voluntario, vel mandatario permittitur exercitio capitalis judicii, ut non alius damnetur, quam auctor criminis. Et hoc distant criminales causæ a civibus. Nam in civibus causis sententia dicitur procuratori, vel in procuratorem, si cum eo lis fuerit contestata, ut *l. 1. sup. de sentent. & interloc.* nisi in causa matrimoniali, ut glossa ait in *l. nihil, sup. de procurat.* Dico in causis civilibus, quæ aguntur per procuratorem, sententiam concipi in personam procuratoris, si cum eo lis fuerit contestata: Nam si cum domino litis lis fuerit contestata, proculdubio in personam domini litis, sententia est concipienda, licet post litem contestatam causa sit acta per procuratorem. Et quod ait *l. nihil, sup. de procur.* nil interesse ab initio, an cœpta lite, negotium ad personam procuratoris transitum fecerit. Hoc tantum vult etiam post litem contestatam dari posse procuratorem, qui peragat causam, non etiam post litem contestatam a domino, sententiam esse dicendam procuratori, vel in procutorem in causis civilibus, quod valde notandum est.

AD TITULUM XXXVI.

DE FAMOSIS LIBELLIS.

INJURIA aut fit in corpus, aut extra corpus. In corpus, puta verberibus, aut ductu pugni: Extra corpus autem fit, vel convitiis, vel famosis libellis. Convitiis, ut puta si quem infamandi gratia vocaveris delatorem, id est, sycophantam, ut in *l.3. tit. super.* vel si homicidam, ut in *l.5. tit. super.* vel si liberum hominem per contumeliam vocaveris servum, aut vilissimum mancipium, ut *l.9. & 10. tit. super.* Famosis autem libellis fit injuria, si quid scripseris, quod pertineat ad infamiam alterius, de qua injuria est publica accusatio ex Senatusc. *l.6. D. de injur.* & pœna capitalis ex *l.1. & 2.* (quarum prima est Græca, altera Latina) *hoc tit.* non tantum in auctorem libelli famosi, sed in eum etiam, qui invenit libellum famosum, nec combussit, sed evulgavit, quia ipse præsumitur esse auctor libelli, qui eum spargit in vulgus, non prodito auctore.

AD TITULUM XXXVII.

DE ABIGEIS.

SEQUITUR in hoc titulo crimen extraordinarium abigeatus in latrones pecorum, ut ait *l.9. §. Imperator, ff. loc.* quod constitutio hujus tituli ait, modo intendi cum inscriptione, ut si grex ovium abactus, & abductus sit, si equus, si bos: modo sine inscriptione, ut si una tantum ovis, vel capra, vel sus abacta sit, qua de re tantum civiliter agitur, tanquam in furem potius, quam abigeum: Nam ob rem modicam non agitur criminaliter, *l. causas, Cod. Th. de jurisdict.* Civiliter agitur ob rem modicam, ut est in *Instit. vi bonorum rapt.* si vel minima, inquit, res sit rapta, & abacta, *§. Gallinarum, Instit. de rer. divis.* At non agitur criminaliter.

A

AD TITULUM XXXVIII.

DE NILI AGGERIBUS NON RUMPENDIS.

HUJUS tituli constitutio non intelligitur a nostris. Est etiam extraordinarium crimen in Ægypto, si quis ruperit moles, vel aggeres objectos Nilo, qui solent aquam Nili continere, coercere, dispensare, qua irrigatur Ægyptus, *l. pen. ff. de extraord. crim.* Nam & in sacris Bibliis Deuteronomii undecimo legimus, humana opera perinde, atque hortum totam terram Ægypti irrigari: qui aggeres in *d. l. pen.* vocantur Græce χώματα, & a quibusdam προχωμάτια. Certe quæ Arriano scribenti de gestis Alexandri, & de Nili miraculis sunt χώματα, Q. Curtio, qui multa sumpsit ex Arriano, sunt *moles*. Legendum autem est in constitutione hujus tituli (*valla fluenta*) Nam constitutio de iis vallis, seu aggeribus nominatim non loquitur, de quibus tamen est titulus conscriptus, sed tantum tacite. Ideoque non est legendum, *valla fluenta*, sed ut in *Cod. Theod. ulla fluenta*, hoc sensu, ut si quis ruptis, apertis, aut dissolutis aggeribus Nili, qui aquam Niloticam continent, intra duodecimum cubitum, id est, cum incrementum Nili nondum excessit duodecimum cubitum, ut Græci recte dicunt, πρό τῆς ἀναβάσεως τοῦ δωδεκαπήχεος. Ita igitur si quis ruptis aggeribus intra duodecimum cubitum, id est, antequam pervenerit ad duodecimum cubitum, *jusques a la douziesme coudeè*, quem cum non excedit, est certissima fames in Ægypto, ut Plutarchus scribit. Si ulla fluenta derivavit ad se, & prædium suum, & usurpaverit sibi, capite plectatur. Græci legunt (*valla*) qui vertunt, τὸν τάφρον. Sed hanc lectionem, neque verbum (*usurpaverit*) admittit, quia non apte diceret, si valla usurpaverit, sed si ruperit. At dicit, si ulla fluenta usurpaverit, id est, ullos rivulos, apertis aggeribus ante tempus. Et subjecta quoque vox (*fluenta*) non admittit hanc scripturam.

AD TITULUM XXXIX.

DE IIS, QUI LATRONES, VEL ALIIS CRIMINIBUS REOS OCCULTAVERINT.

EST etiam extraordinarium crimen in eos, qui latrones, vel abigeos, vel aliorum criminum reos recipiunt, & celant, qui sunt receptatores latronorum, ut *l. 1. ff. de receptat.* Quintilian. *Declamat.* 255. *Proximos existimo eos esse transfugis, a quibus transfuge recipiuntur. Hoc natura simile est, facere scelus, & probare.* Latrones dicit, non fures. Nam qui furem recipit, & celat, forte tantum civiliter tenetur, ut *l. qui vas, §. qui furem, ff. de furt.* nisi & res furtivas receperit, ut *l. si quis uxori, §. si fugitivum, ff. eod. tit. l. 12. sup. ad leg. Fab.* juxta legem Platonis lib. 12. ἐάν τις κλεμμαῖόν τι ὑποδέχεται γιγνώσκων, &c. *Si quis*, inquit, *sciens receperit qualemcunque rem furtivam, ut pœnam furis sustineat.* Et Phocylides.

φωρῶν μὴ δέξῃ κλοπίμην ἀνδρῶν παραθήκην.
ἀμφότεροι κλῶπες καὶ ὁ δεξάμενος, καὶ ὁ κλέψας.

AD TITULUM XL.

DE REQUIRENDIS REIS.

DE reis jam dixit ante, qui præsentes rei fiunt litis contestatione, post quam etiam absentes damnari possunt, ut ante dixi ad *titul. de injur.* Nunc de reis absentibus dicit, qui fiunt requirendi, qui certe damnari non possunt. Qui fiunt requirendi, ut ait *l. 1. h. tit. si factus sit requirendus*, & Græci ad *l. adulteram, sup. ad leg. Jul. de adult.* Ii sunt, cum quibus lis non est contestata, qui semper judicio abfuerunt. Fiunt autem requirendi cum annotantur B inter reos, ut ait *lex 3. hujus tit.* ut scilicet requirantur, non ad pœnam, quoniam damnari non possunt, sed ad purgandam innocentiam suam: & edictis evocantur, bonis eorum obsignatis, nondum publicatis: nec enim absentes damnari possunt, qui nunquam litem sunt contestati, nisi sint levia crimina. Non possunt igitur damnari absentes, qui nunquam litem sunt contestati, videlicet si gravia fuerint crimina, ut ait *l. 1. hujus tit.* quæ verba interpretatur *l. 1. ff. eod.* in qua citatur etiam hæc constitutio, ut sint graviora crimina, quæ inferunt mortem, vel capitis deminutionem maximam, hoc est, servitutem, & addatur *l. absentem, D. de pœn.* Requirendis autem factis datur annus, intra quem venientes se purgare possint, & bona sua recipere, quæ sunt obsignata. Et si forte venerint intra annum, & mox decesserint in C reatu, heredes eorum bona recipiunt, *l. 1. hujus tit. l. 2. sup. si pend. appellat. mors interven.* Post annum, qui non venerunt, bona eorum publicantur, & in fiscum rediguntur, *l. 2. & l. 3. hujus tit.* nec si venerint post annum, ea bona possunt recipere. Quod semel sumpsit fiscus, nunquam reddit, ut *l. 2. hujus tit. l. 1. ff. ad l. Jul. de amb.* Post annum quidem audiuntur, si velint purgare innocentiam suam: Nam quocunque tempore licet se purgare, & defendere, etiam post quintum annum, sed bona confiscata non recipiunt, nec famam. Nam post annum, & bona publicantur, & infamis fit. Et ita est accipienda *l. 3.* ut fiat infamis ipso jure post annum, nec accipe legem 3. de infamia facti, ut glossa, sed de infamia juris, ut post annum bona transferantur in fiscum, infamis fiat. Ceterum fama poterit restitui a principe: D bona autem confiscata vix restituuntur,

AD TITULUM XLI.

DE QUÆSTIONIBUS.

EXPOSITA ratione faciendorum reorum, & exhibendorum, & custodiendorum, & ad extremum etiam, ubi absunt, adnotandorum inter reos, expositisque variis judiciis, quibus varia crimina coercentur, tempus erat dicere proprio titulo de Quæstionibus, de quibus obiter ante, cum ea exponerentur facta mentio est; hæ sunt strictiores inquisitiones criminum, ut ait *lex 3. ad leg. Jul. majest.* quæ scilicet E non sunt nudæ interrogationes, sed quæ fiunt per vim, & tormenta, cruciatusque corporis reorum, vel testium, & quandoque etiam accusatorum, ut *d. l. 3.* efficacissimæ ad requirendam veritatem, ut est in edicto Augusti, quod proponitur in *l. edictum, D. eod. tit.* Duæ autem potissimum leges sunt in hoc titulo, quæ desiderant operam nostram, quæque ad se trahunt ceteras fere omnes, *l. 1. & l. pen.* Hodie tantum legem primam explicabo, quæ pertinet ad veterem illam regulam juris, sive vetus Senatusconf. ut ait Cornel. Tac. 2. *Annal.* ne de servo quæstio habeatur in dominum, ne offerente quidem domino servum quæstioni, ut *l. 7. h. t. l. 8. §. servus nec si a Domino, D. eod.* Et hujus regulæ ratio hæc est, quia indignum est audiri servum adversus dominum,

num,

mum, & dominis maxime periculosum, & dominorum
morte ipsa tristius, quoniam (ut est in proverbio) quot
servi, tot hostes. Et quia, ut pro domino servus non tor-
quetur, *l.6. & 14. h. tit. l.7. sup. de test.* ita æquum est,
ne audiatur etiam adversus dominum, imo nec adver-
sus patrem, aut matrem, aut filium, aut tutorem domini
sui, *l.2. hoc tit. l.10. §.1. ff. eod. tit.* nec adversus domi-
num pro parte, id est, adversus unum dominum ex plu-
ribus, *l.13. hujus tit. l.3. ff. eod.* Nec adversus eum, qui
quondam dominus fuit, in memoriam prioris domini,
ut in *l.11. & 17. §. servus in caput, ff. eod. tit.* Sed adden-
da est hæc exceptio, nisi dominio ejus exierit, eo de-
portato, vel dato in metallum, mancipiis, & bonis omni-
bus suis publicatis: Nam domini damnati servos con-
stat in eum torqueri posse ex nova causa, *l.1. §. item
Mummio, ff. eod.* Et hanc addit rationem illo loco:
quia desierunt esse ipsius. Et mirabilis ratio, & quæ,
quod ante posuimus evertit, ut neque torqueri possit in
eum, cujus desiit esse servus, qui quondam dominus
fuit. Sed tamen ita est scriptum Florentiæ, illo loco, *quia
desierunt esse ipsius*. Et in Basil. ἐλλελείφαντο γὰρ εἶναι αὐτῷ,
ut non sit dubitandum de castitate scripturæ. Et tamen
certum est, eam rationem, si generaliter accipiamus, esse
falsam & vitiosam. Nam si servus sit damnatus in metal-
lum, vel si ab emptore redhibitus sit venditori, vel si
venditus sit, & traditus, desinit esse ejus, & tamen in eum
torqueri non potest, *d. l.11. 17. & 18. §. servus in caput,
eod. tit.* Nec probatur fraus Augusti & Tiberii, qui quem
volebant torqueri in dominum, prius jubebant a domi-
no distrahi fisco, vel reipublicæ, apud Dionem 53. & Cor-
nel. Tacitum 2. *Annal.* quoniam nec venditus servus po-
test torqueri in venditorem in memoriam prioris dominii,
alioquin hoc genere semper eluderetur vetus illa consti-
tutio juris, domino coacto vendere a principe. Igitur
ratio illa *l.1. §. item Mummio*, est tantum accommodan-
da ad suum casum, non generaliter accipienda. Nec enim
rationes Jurisconsultorum omnes sunt admodum neces-
sariæ, pleræque sunt coloratæ, & tantum probabiles.
Hoc autem modo accommodabitur, ut servi ejus, qui
est damnatus, & damnatione capite minutus, scilicet
amissis bonis omnibus, possint in eum torqueri, quia
ejus esse desierunt propter scelus, & turpitudinem ejus,
ut plane egerit se indignum, cujus memoria coleretur a
servis, qui ejus esse desiissent eo modo, argumento *l. ult.
supra qui, & advers. quos in integ. rest. postul.* Ubi patronis
aut parentibus, si turpes sint personæ nec honos, nec me-
moria vivis, aut mortuis eadem pariter exhibetur, ac si
honestæ essent personæ. Porro ab illa veteri regula juris
lex 1. hujus tituli excipit tria crimina, in quibus servi tor-
quentur, & interrogantur in dominos. Primum est cri-
men fraudati census, quod per consequentias est etiam
crimen fraudati tributi fiscalis. Nam fraudati census in
l.1. non est (quod glossa ait) fraudatæ annonæ, sed si
quis in censum non deferat omnia, quæ habet fisci frau-
dandi causa, cui pro modo eorum, quæ possidemus, de-
bentur tributa, in quibus sunt nervi Reipublicæ, ut ait
lex 1. §. in causa, D. eod. qui est de hoc crimine fraudati
census, quia est de fraudatis tributis, in quibus, inquit,
sunt nervi reipublicæ, & licet etiam servo hoc crimen
ultro deferre adversus dominum, *l. vix, ff. de judic.* &
nisi detulerit: de salute sua periclitatur, quæ est ratio,
quæ juste compellit servum, & instruit ad professionem,
id est, ad delationem, seu judicium istius criminis. Et ita
est explicandus *d. §. in causa*, qui prima facie videbitur
obscurus. Alterum crimen est perduellionis, quod etiam
ultro servus potest & debet, si scierit, deferre adversus
dominum, ne veniat in vitæ suæ discrimen, & pericu-
lum. Ergo in eo crimine potest etiam interrogari & tor-
queri in dominum. Tertium est crimen adulterii, in
quo constat ex lege Julia servos uxoris torqueri in uxo-
rem, servos adulteri adversus adulterum, id est, qui di-
citur adulterium commisisse, *l.3. & 32. & ult. sup. ad leg.
Jul. de adult.* hac tamen conditione, ut post quæstionem
habitam de eis in reum adulterii, vel ream, in cujus sunt

A potestate, publicentur, seu redigantur in fiscum, ut sci-
licet sine ullo metu verum dicant, nec obdurent in quæ-
stione, dum timent ne redeant in potestatem reorum,
in quos torti sunt, *l. si postulaverit, §. jubet, ff. ad leg. Jul.
de adult.* Post quæstionem recte publicantur, ante quæ-
stionem non recte publicantur venditione extorta a do-
mino in fraudem illius veteris constitutionis. His tribus
criminibus alia addi oportet, veluti crimen per insi-
dias appetitæ vitæ mariti, aut uxoris, quod conjungit
adulterio, *l. ult. sup. ad leg. Cornel. de sicar.* quæ est con-
jungenda cum *d. l.32.* Unde exemplo adulterii possis
dicere, etiam in hoc crimine post quæstionem servos es-
se publicandos eadem ratione. Et notandum, hæc duo
crimina (adulterii, & insidiarum factarum vitæ uxoris,
aut mariti) servum non posse deferre ultro adversus do-
B minum, sicut potest crimen perduellionis, & crimen
fraudati census: sed tantum potest etiam in crimen adul-
terii, & insidiarum factarum vitæ conjugis, torqueri in
dominum, vel dominam: Nam (quod notandum) etsi,
ut opinor, quacunque ex causa ultro servus dominum
deferre potest, veluti fraudati census, ut dixi, vel læsæ
majestatis, & alia duo crimina addas, vel arctioris anno-
næ, quod dominus supprimat annonam, & arctet; vel
falsæ monetæ, *d. l. vix*, ex eadem causa servus etiam in
eum torqueri, & interrogari potest; quia si ultro potest
deferre, certe etiam invitus per tormenta cogetur de-
clarare veritatem. At non ita e contrario quacunque ex
causa servus torqueri, & interrogari potest in dominum,
non potest etiam ultro eum deferre, ut in crimine adul-
terii, & insidiarum. Constat etiam pro domino adversus
C dominum servum posse torqueri. Ut si duo sint domini,
& alterum dicatur occidisse, *l.13. hujus tit. l.17. §. pen. ff. de
Senatus. Syll.* Nam nec alia ratione dicitur servus in cri-
mine perduellionis posse interrogari in dominum, quam
quod interrogetur in dominum, pro domino rerum,
id est, principe, *l.2. Cod. Theod. ne præter majestatis
crimen servus dominum accuset*. Et ita licet servus non
soleat torqueri per tormenta in domini tutorem, inter-
rogabitur tamen per tormenta pro domino, puta agen-
te tutelæ in tutorem ejus, *l.2. huju. tit.* Item pro do-
mino occiso in heredem, qui dicitur eum occidisse, vel
mandasse occidi eum, *l.6. §.1. ff. de Senatusc. Syllan.*
Item pro successione domini defuncti, si sit incerta
& controversa, vel eo maxime, quod cum causa in in-
certo est successio, & incertus successor domini defun-
D cti; & plures inter se de hereditate disceptant, non-
dum habet servus ullum certum dominum. Et ideo,
sive sit quæstio de fide generis, de statu ingenuitatis,
de supposito partu, de falso testamento, servi here-
ditarii possunt interrogari, nempe pro successione do-
mini defuncti, cujus interest habere heredem certum.
Et hoc ostenditur in *l.9. & 10. & 13. h. tit. l.2. l.17. §.1.
& l.18. §. judex, ff. eodem.* Imo vero si non sit con-
troversia de hereditate domini defuncti, sed tantum
de certis corporibus, & rebus hereditariis, aut sint ex
hereditate, inter coheredes, vel inter heredes, & lega-
tarios, aut creditores servi hereditarii, qui rerum ha-
bent notitiam, interrogandi sunt per tormenta, ut fit:
Nam servo non creditur sine tormentis, non sunt in-
terrogandi de heredibus, qui sunt heredes, quia de eo
E non quæratur, nam constat inter omnes, sed tantum de
rebus hereditariis, de quibus ambigitur, *l. ult. hujus tit.
l. ult. §. licentia, sup. de jure deliber. & Novella 1. & 48.*
Sed exigit *l. ult. hujus tit.* ut qui ex hac causa servum he-
reditarium postulat in quæstionem, prius juret de ca-
lumnia, id est, purget se jurejurando, se hoc postulare
bona fide, quod existimet per servos hereditarios ex-
pediri posse, an res sint hereditariæ, de quibus ambig-
tur, ut in *l.1. sup. de jurejur. propter calum.* quæ est cor-
jungenda cum *l. ult. hujus tit.* & illius subscriptio emer-
danda est ex subscriptione legis ultimæ hujus tituli, &
de iis hactenus. Sequitur altera pars legis primæ, in qua
parte proponitur differentia una inter causas criminaes
& pecuniarias; cujus ratione videtur quodammodo re-
cti

ēti initium hujus tituli cum fine tituli ſuperioris: Nam in *l. ult. tit. ſuper.* ponitur alia differentia inter cauſas criminales, & pecuniarias, quæ lex (quod pauci animadvertunt) ducta eſt ex *l.29. Cod. Theod. de petitionib. & ultro datis*. Ut autem ſit conſtituenda, & enodanda differentia, quam dico proponi in ſecunda parte hujus legis primæ, non eſt facile expedire ob duplicem ſcripturam legis primæ: Nam vulgo, ac etiam in Baſilicis in ea legitur, *nec inopia probationum*. At Haloander legit, ut & plerique veteres Codices habent, *ex inopia probationis*. Secundum vulgatam ſcripturam differentia hæc erit, in cauſis criminalibus, ſi ſit inopia probationum, ſervum non audiri in dominum, præſcriptione refelli ſervum, qui in cauſa criminali quid dicit in dominum. Sed ſi ſit copia aliarum probationum, quibus conſtet fides veri, ea præſcriptione uti, *de ce reproche*, nihil attinere, nihilque prodeſſe domino, quo magis relevetur, ſatis convicto aliis probationibus, ut non ſit neceſſe refelli dictum ſervi, quod pro non dicto poſſis habere. In pecuniariis vero cauſis etiamſi ſit inopia aliarum probationum, ſervos in dominum interrogari non poſſe, hic eſt ſenſus hujus legis: ſi legis, *nec inopia probationum*. At hoc ſenſu nulla ponitur differentia inter cauſas criminales, & pecuniarias, ſed idem omnino in omnibus jus, ut ſcilicet per inopiam aliarum probationum non interrogetur ſervus adverſus dominum. Et tamen lex ponere voluit differentiam inter has & illas cauſas, quia poſtquam dixit de criminalib. cauſis, ſubjicit (*in pecuniariis vero*) quaſi aliud ſtatuens in pecuniariis, quam tamen differentiam deſtruit, qui legit, *nec inopia probationis*, & vinculum illud, ut ſit ſæpe, quod eſt initio hujus tit. cum extremo ſuperioris. Itaque non hanc vulgatam, ſed aliam ſcripturam magis probo, ut ſcribamus, *ex inopia probationum*, ut Haloander. Nam manifeſto inter cauſas criminales, & pecuniarias hanc differentiam ponit, quod in criminalibus, nec ſi ſit inopia probationum, audiantur ſervi in dominum: in pecuniariis ſi ſit inopia aliarum probationum, audiantur. Et *ex inopia*, id eſt, propter inopiam, ut illo Salluſtii loco, *ex divitiis, luxuria juventutem invaſit*. Et ratio differentiæ eſt evidens. Non ut quidam ait, & alios etiam dixiſſe confingit falſo, quia in pecuniariis cauſis ſervi interrogantur nuda interrogatione, non etiam torquentur, nec enim hac ratione unquam uſus ſum: & in hoc titulo (*interrogare*) eſt ſemper per tormenta, ſed ratio differentiæ hæc eſt, quia in pecuniariis cauſis ſervus, qui torquetur & interrogatur, non interrogatur in caput domini: ex SC. vetita eſt tantum interrogatio in caput domini, ut non ſit iniquum in pecuniariis cauſis, in quibus non de capite domini agitur, maxime deficientibus aliis probationibus, ſervum audiri contra dominum. Et hoc etiam confirmat *l.6. ſervi, ff. de teſtib.* dum ait, ſervi reſponſo (generaliter cujuſcumque ſervi) in cauſis pecuniariis ſcilicet, tunc eſſe credendum, cum alia probatio, ad eruendam veritatem non eſt, id eſt, ſi ſit inopia probationum. Confirmat etiam hoc *l.12. hoc tit.* cum ait, ſi de dominio ſervi quæratur, inter dominum ſcilicet, & extraneum, in ea cauſa, quæ eſt pecuniaria, ſervos ita demum cum tormentis interrogari poſſe, ſi aliis probationibus veritas illuminari non poſſit, id eſt, ex inopia probationum. Et poſtremo hoc etiam confirmat *l. Divus, ff. eod. tit.* quæ de ſervis generaliter loquitur tam propriis, quam alienis, quod indicat ea lex, dum infert licere igitur, & de ſervis alienis habere quæſtionem, ſicut de propriis, ſcilicet in pecuniariis cauſis, ſi aliter veritas inveniri non poſſit, id eſt, ex inopia probationum. Et addit, ut & D. Severus reſcripſit in *h. l.1. §. item ſervus Antigono*. Nam & hæc l.1. eſt inſcripta Antigono, ut alias admonui. Unde quoties legimus in pecuniariis cauſis ſervos non interrogari in dominum, ut in *l.2. & 6.* & a contrario ſenſu in *l.15.* hoc ſic excipi debet, ut non poſſit interrogari in pecuniariis cauſis adverſus dominum, niſi urgeat magna inopia aliarum probationum. Reſtat ut adnotemus ex hoc tit. de liberis hominibus, qui quæſtioni ſubjici

A poſſunt, vel non. Servos jam oſtendi heri ſubjici quæſtionibus & tormentis, tam alienos, quam etiam quandoque proprios, qui facti ſunt conſcii, vel auctores non tantum in criminalibus cauſis, ſed etiam in pecuniariis, ſcilicet ſi aliter veritas inveniri non poſſit, *l. Divus, ff. eod.* Ergo ſive accuſentur ſervi, ſive ad teſtimonium provocentur, ſervi alieni, aut proprii torqueri poſſunt: liberi autem homines vocati ad teſtimonium in pecuniariis cauſis, etiamſi res ſit obſcura, qua de agitur, quæ nullis ſit ſubnixa probationibus, nullis probetur argumentis, vel ſignis, torqueri non poſſunt: quia nec ſtatuliberi poſſunt torqueri in pecuniariis cauſis, qui ſpem tantum habent obtinendæ libertatis, nondum ſunt liberi, nec deportati in inſulam, qui liberi quidem ſunt jure gentium, ſed non jure Quiritum, quia deſierunt
B eſſe Quirites, *d. l. Divus, §. pen. & ult.* At ut in criminalibus cauſis ſtatuliberi vocati ad teſtimonium in caput alterius torqueri poſſunt, *l. edict. §. ult. ff. eod.* Ita etiam liberi, maxime pro vacillante teſtimonio, ut ait *l. ex libero, initio, ff. eod.* vel etiamſi infames ſint: Nam & infames quandoque ad teſtimonium, imo & ad accuſationem admittuntur, ut in cauſa læſæ majeſtatis, *l. famoſi, ff. ad l. Jul. majeſt.* & in cauſa arctioris annonæ, *l. mulierem, ff. de accuſationibus*. Unde ait *l. hoc carmen, §. ſi ejus rei, ff. de teſtib.* ſi ita ſit rei conditio, ut admittat arenarium teſtem, vel ſimilem perſonam, id eſt, famoſam perſonam, ſeu infamem, ut puta ſi ſit reus majeſtatis, vel fraudatæ annonæ. His perſonis famoſis licet ſint liberæ, non eſt credendum ſine tormentis, quod congruit cum *§.1. Novellæ de teſtibus*. Et hoc ſi
C liberi homines ad teſtimonium vocentur in cauſis alienis. At quid ſi ipſi accuſentur, quid ſi ipſi liberi homines rei poſtulentur? Et hoc quoque caſu plebejos conſtat torqueri, ut in *l.3. hoc tit.* libera mulier, quæ veneno maritum necavit (ſic enim ad eam legem ponunt ſpeciem tum Latini, tum Græci) Ea, inquam, mulier veneficii poſtulata torquetur: ſed primum interrogantur ſervi alieni, qui facti conſcii ſunt, vel eſſe præſumuntur, nedum proprii ſervi, quod ad eam *l.3.* Baſil. addunt ea *l. ult. ſup. ad Corn. de ſicar.* Denique torquetur mulier poſtulata de veneno porrecto marito, quo maritum extinxit, videlicet ut ait lex, ſi opprimatur argumentis quibuſdam: Nam quæſtio non habetur de quo quam niſi extrinſecus impleatur accuſatio quibuſdam argumentis. Itaque *l.3.* recte ait, dixiſſe Imperatorem Antoninum
D *cognitionaliter*, id eſt, utraque parte præſente, vel συστάδην, cui opponitur μονομερῶς, dixiſſe, inquam, mulierem in ea ſpecie non torqueri, niſi opprimatur quibuſdam argumentis veriſimilibus, aut probabilibus, quibus veluti certis indiciis moveatur judex, ut ait *l.8. hujus tit.* Ex qua in *l.17. ſup. ad leg. Cornel. de falſis*, pro (*ceteris judiciis*) velim reponi (*certis indiciis*) quoniam idem ait, quod *l.8. hujus tit.* ut ſi prius judex fuerit commotus certis indiciis, tum jubeat reos exhiberi, ut de eis quæſtio habeatur, hæc de plebeis. Conſtat etiam eos, quos a plebe ſecernit dignitas, aut ſplendor generis, aut militia, aut emerita militia, torqueri, ſi objiciatur crimen perduellionis, *l.3. & 4. ſup. ad leg. Jul. majeſtat. l.16. hujus tit.* Vel etiam quod perduellioni, ſive læſæ majeſtati proximum eſt, ſi eis objiciatur crimen malefica-
E rum artium, ut in *l.7. ſup. de malefic. & mathemat.* crimen ſcilicet maleficarum artium, quas dicantur non exercuiſſe paſſim, ſed in comitatu Auguſti, vel principis, quoniam qui has artes exercent in comitatu principis, propemodum pulſant, & appetunt ipſum principem, *ipſam majeſtatem*, & ideo crimen eſt proximum læſæ majeſtati, & in eo nulla dignitas excuſat a tormentis: *Cum*, inquit, *has artes exercuerit in comitatu noſtro, vel Cæſaris*, ut ait *l.7.* plane ſeparans Cæſarem ab Auguſto; quam ſeparationem Trajani ætate primum fuiſſe introductam didici ex Aurelio Victore, non mutilo quidem illo & decurtato, qui formis eſt expreſſus, ſed integriore, quem habuimus. Ejus verba ſunt: *Trajanus*, inquit, *grandæva ætate, adſcito ad imperium Adriano cive, & propinquo*,

pinquo, abhinc divisa sunt nomina Cæsarum, *& Augusti, inductumque in Rempub. ut duo, vel plures summæ potentiæ dissimiles cognomento, ac potestate dispari sint.* Augustinus in fin. 10. de Trinitate. *Cæsarem cum Augusto commune habuisse purpuræ gestamen, at non idem Diadema.* Quod etiam Zonaras scribit in Michaele Stratiotico. Ammianus Marcel. duobus locis, Cæsarem Augusto esse veluti apparitorem, non residem, sed ultro citroque discurrentem mandato Augusti, *lib.* 14. Verum ad rem. In ceteris omnibus dignitas, & splendor generis, & militia excusat a tormentis, *l.*8.11. *& pen. h. tit.* Et *l.*11. primum nominat eminentissimos, & perfectissimos, quos non vult ob dignitatem, quam sustinent, affici pœnis, aut quæstionibus plebejorum. Et eminentissimos vocat viros illustres, ut in constitutionibus Justin. Tribonianus modo vir eminentissimus, modo vir illustris appellatur. Contineri etiam possunt eo nomine spectabiles, & clarissimi. Eminentissimi igitur sunt viri illustres, & clarissimi, quoniam potissimum hi tres dignitate eminent in rep. perfectissimi sunt inferiores clarissimis. Ammianus Marcel. 21. *Nec sub eo dux quisquam provectus est cum clarissimatu; erant enim,* inquit, *perfectissimi.* Ait autem *l.*11. neque eminentissimos, neque perfectissimos subjici tormentis, & pœnis plebejorum, neque liberos eorum usque ad 3. gradum, si modo liberi omnes eorum illæsam existimationem suam conservarint, *s'ils ont tousiours vescu noblement sans reproche.* Nam si vel unus eorum notatus fuerit infamia, veluti damnatus jud. pub. hoc maculat ceteros, & privilegium illud extinguitur, nec transfertur ad ulteriores. Finge, ex avo eminentissimo, aut perfectissimo esse patrem, & filium, & nepotem, & patrem notari infamia criminis cujusdam famosi; nota patris maculat filium, & nepotem excludit supradicto privilegio, & beneficio, ne subjiciatur pœnis, aut quæstionibus plebejorum. Hæc est sententia *l.*11. in pri[illegible] 1 parte. Subjicit eadem l. in 2. parte: Idem esse observandum in decurionibus, & hoc referre Domitium Ulpian. in *lib. disp.* quod & verum est, hoc enim refert in *l.*2. *ff. de decur.* quæ est ex lib. 1. Disput. Ait, *in decurionibus autem, & filiis eorum hoc observari vir prudentissimus Domitius Ulpianus,* &c. in filiis eorum, inquit, ubi *filiorum* appellatione oportet intelligere omnes liberos usque ad 3. gradum exemplo eminentissimorum, & perfectissimorum. Nam hoc privilegium decurionum non tantum ad filios, sed ad nepotes, & pronepotes transit, ut ostendi *in l. moris, §. pen. ff. de pœnis, & l. si quis filio, §. ejus, ff. de inj. rup. irr. fact. testam.* Ergo in liberis decurionum idem statuemus, quod in liberis eminentissimorum, & perfectissimorum, ut scilicet nota unius noceat posteris, ut posteris auferat privilegium. Verum hoc pugnat omnino cum *d.l. §. in avo.* Cujus tamen auctoritate utitur: Nam ait, *in avo recte Papinianus respondit, ut nota patris non macularetur filius,* quorum verborum non potest esse alia sententia, quam, ut si sit avus decurio, & pater, & filius, & nepos, notato patre, filius non maculetur, aut nepos contagione patris, ut filius nihil sibi metuat, vel honori, quem ducit ex avo decurione. Est eadem species, quam posui ante in liberis eminentissimorum; & tamen in iis liberis decurionum *l.*11. *ait,* idem servari, quod in liberis eminentissimorum, in medium adducta auctoritate Ulpiani, qui tamen longe secus scripsit in *d. §. in avo, l.* 2. *ff. de decur.* quæ est *ex lib. Disputat.* Idem etiam omnino scripsit Ulpianus in *l. emancipatum, §. ult. ff. de senator.* si avus fuerit senator, seu decurio (nam & decurio senator est municipalis) pater autem notatus sit infamia, etiamsi filius sit conceptus post inustam notam patris, dignitatem avi ei prodesse potius, quam nocere infamiam patris. Ergo indistincte seu filius, qui habet avum senatorem, vel decurionem, sit conceptus ante infamiam patris, vel post infamiam patris, infamia patris nihil ei præjudicat. Ulpianus ergo his duobus locis aperte dissentit ab eo, quod proponitur in hac *l.*11. aut negat se id scripsisse, vel sensisse, quod ei hæc *l.* 11. attribuit, ut scilicet quemadmodum in liberis eminen-

A tissimorum, & perfectissimorum nota patris nocet, ulterioribus dignitas avi non prodest: ita etiam in liberis decurionum nota patris maculet ceteros liberos. Non potest res in concordiam adduci ullo modo, legantur glossæ, & interpretes, & ab eis legantur allegatæ innumeræ rationes istius nodi dissolvendi, sed irritæ omnes, & quæ nullius sani hominis judicium expleant. Velim vos observare in hac *l.*11. manifesto Imperatores voluisse ponere differentiam inter liberos eminentissimorum, & perfectissimorum, & liberos decurionum, quoniam ubi dixit de liberis eminentissimorum, adversative subjicit, sive quasi ex adverso, *in decurionibus autem, & filiis eorum, &c.* Hæc sunt verba volentis ponere differentiam, quæ tamen nulla erit omnino, nisi legas negative, *in decurionibus autem, & filiis eorum hæc non observari,* B *&c.* Et, ut ita legamus, compellit me ipsemet Ulpianus, cujus auctoritate utimur non uno in loco, sed duobus in locis, & illo ipso loco, puta disput. qui notatur in hac l.11. Sic igitur posita hac differentia intelligamus majorem integritatem, & castimoniam exigi in genere eminentissimorum. Nec abs re. Nam & horum æquum est mores eminere, & prælucere ceteris omnibus. Itaque eam gentem deturpat, vel unius ex liberis infamia, quod attinet scilicet ad istud privilegium, quod non ita facile admittitur in genere decurionum, res est verissima: in liberis eminentissimorum, & perfectissimorum decus perpetuum exigimus, nec interruptum, ut in ea familia istud privilegium perseveret, ne experiantur pœnas, aut quæstiones plebejorum. Ad hæc est notandum ex *l. pen. hujus tit.* ad quam erat referenda illa C lex 11. quam potius debui facere potiorem, cum lege prima, quam cum *l. pen.* quod sit difficilior: eadem tamen de re, utraque *l.* 11. *& pen.* Et ostenditur *l. pen.* idem privilegium dari principalibus, qui, inquit, principali honore muniti sunt, vel apertius ut in C. Theod. principalitatis honore: qui sunt principales? Ii sunt primi decuriones, qui & primarii curiarum in *l.*39. *C.Th. de decur.* primi Senatores, primi decuriones usque ad decem scilicet. Et ideo iidem sunt principales, & 10. primi curiæ, *l.*52. *&* 54. *C. Th. de hæret.* ad quem honorem principalitatis perveniunt ii tantum, qui sunt perfuncti gradatim in sua patria omnibus muneribus civilibus, ut ostendit *l.*5. *&* 77. *&* 75. *C. Theod. de decur.* Et hoc est, quod ait hæc lex, hanc esse mercedem laboris multorum munerum gestorum pro patria: hoc ait *l. penult.* ut D scilicet principales non subjiciantur pœnis plebejorum, ut a D. Augustino in libris de civitate Dei, Areopagitæ vocantur principales. Et idem privilegium competere ait, si desierint esse decuriones, in memoriam scilicet prioris dignitatis, ut ait *l. ult. ff. de decur.* dum ait eum, qui desiit esse decurio, & postea damnatus est, non posse torqueri, quia plerunque damnati torquentur, ut prodant sceleris participes & socios, *l.* 1. *sup. de falsa mon. l. ult. sup. de malef. & mathemat. l. provinciarum, sup. de feriis.* Adnotandus tantum est, præter superiores notatos casus, quibus, qui in dignitate positi sunt sine delectu torquentur, cum atrocia crimina eis objiciuntur, veluti majestatis læsæ, aut minutæ: præter eos casus, addendus est tantum unus, quo decurio subjici potest tormentis, si ante decurionatum tabellio fuerit, & falsa pleraque E instrumenta conscripserit. Nam si arguatur falsi post decurionatum, ex hac causa subjici potest tormentis, ex *l. si quis decurio, sup. ad leg. Cornel. de fals.* si hoc res exigat, ut quæstio de ea habeatur. Nam ut ait, scripturæ fides, cum id res exigit, per ipsum debet probari scriptorem. Ideoque decurio torquetur eorum nomine, quæ falso dicitur scripsisse ante decurionatum cum tabellio esset. Nam observandum est, decurionem non posse fieri tabellionem, ut in *l. universos, inf. de dec.* Sed tabellio potest misso eo munere decurio fieri, seu conscribi in curiam, & minorem Senatum suæ civitatis. Qua in dignitate torquebitur etiam de eis, quæ cum esset tabellio, dicitur falso conscripsisse, *d. l. si quis decurio, sup. ad leg. Cornel. de fals.* Non omittam, in *l.*9. *h. tit.* vulgo male legi,

ne

ne alienæ forte sordidæ stirpis, &c. Ait *l. 9.* cum quæritur de statu ingenuitatis, etiam exquisitam quæstionem habendam esse, etiam atque etiam inquirendum esse ea de re, quæ est maximi momenti, ne qui sint alieni, forte sordidæ stirpis, irrepant in splendidam familiam, & aliis debitam successionem arripiant. Nam certe veteres libri habent, *ne alieni forte sordidæ stirpis*: & Basilica etiam id confirmant: *ἵνα μὴ ἀλλότριοι τυχὸν*, &c.

AD TITULUM XLII.

DE ABOLITIONIBUS.

OBITER etiam sæpius ante dictum est de accusatorum temeritate & calumnia, quæ coercetur lege Remmia, & de abolitione, sine qua impune institutam accusationem deserere non possunt ex leg. Petronia, & Senatusc. Turpill. cui rei debebatur proprius specialisque tractatus, & vero nunc datur hic titulus, & quatuor qui sequuntur. Hodie hunc tantum titulum explicabo, & sequentem. Hic est de speciali abolitione, sequens de generali. Hic inquam, est de speciali & privata abolitione, quam non impetrari facile ait *lex qui cum natu major*, §. 1. *de bonis libert.* & est venia omittendæ accusationis, vel deserendæ, quam petit accusator a judice, in cujus officio accusationem instituit, *l. abolitionem*, *sup. ad leg. Jul. de adult.* *l. 15. D. de jure fisci.* Nec enim ad abolitionem obtinendam necesse est accusatori adire principem, sed judicem, apud quem instituit accusationem, pro tribunali sedentem, & præsente adversa parte, ut liceat ei desistere, & pœnitere ab accusatione, redditis causis, propter quas desiderat desistere, ut puta allegans, se ad accusationem prosiliisse errore facti, vel inconsulto, aut juvenili calore. (Nam & juvenes, id est, adolescentes ad accusationem admittuntur, præterquam adulterii) se igitur accessisse ad accusationem calore juvenili, ut apud Symmachum, *epist. ult. lib.* 1. Accusator omissionem, id est, abolitionem petit obtentu inconsultæ adolescentiæ suæ pariter atque militiæ. Igitur reddenda est causa judici, exponenda petitæ abolitionis, ut si justa sit, detur perpenso consilio, & causa cognita etiam invito reo, ut in *l. 3. h. tit.* Et justa etiam est causa accusatori petendæ abolitionis, si propinquos suos in reatum, in accusationem deduxerit: quorum postea misereatur, *l. 2. h. tit.* in fine. Itemque si quis suæ, aut suorum injuriæ exsequendæ causa accusationem instituerit, *d. l. 2. & l. quamvis*, *sup. ad leg. Jul. de adult.* Quia hic, qui exsequitur suam injuriam, vel suorum, privatam causam agit, quam cur non omittat, si velit petita venia? At qui publicam causam agit, quia accusationem instituit publico jure, publicum jus temere prodere, atque omittere non potest. Impetrata autem abolitione non potest ab eodem in eundem renovari crimen, ut ait *lex* 1. restaurari crimen, *l. mulier*, §. *ult. ff. ad Senatusc. Turpill.* nisi nutu principali, id est, permissu principis (recte sic legitur, *nutu principali*) accusationem, cujus abolitionem petiit & impetravit, restaurare potest, alias non potest, etiamsi reus post abolitionem impetratam non præstet accusatori fidem, non præstet quod promisit se daturum vel facturum, si abolitione petita accusator desisteret, *l. 3. ad Senatusc. Turpill.* Nam & pactione habita cum reo, qui abolitionem petit, recte petit, si cognatum accusaverit, vel si privatam causam egerit suam injuriam defendens, vel suorum, non etiam si egerit publicam, & extraneum accusarit. Nam abolitio ex compacto partium honeste non petitur, cum publico jure adversus extraneum semel accusatio instituta est & inchoata. Et ita est explicanda *l. 2. h. tit.* Et in illo loco (*sin autem per deceptionem*), certe legendum est, *per depectionem*, trajectis literis, ut in *l. 1. C. Theod. eod. tit.* Et in Basilicis *κατὰ σύμφωνον*. Depectionem vocat pactionem habitam cum reo de petenda abolitione, quæ turpis est, si crimen non fuerit capitale, & quod ita pacti sunt inter se accusator & reus, uterque punitur: honesta autem pactio est, si crimen fuerit capitale. Et quod ita pacti sunt de crimine capitali, accusator tantum punitur, non reus, qui redemit salutem suam, excepto crimine adulterii, & ex non capitalibus, falsi, *l. transigere*, *sup. de transact.* *l. 10. sup. ad leg. Jul. de adul.* At præterea notandum est, abolitionem etiam non dari manifesto calumniatori, qui non errore prosiliit ad accusationem, sed malitia mala, *l. 3. hujus tit.* *l. pen. inf. de calum.* *l. 5. ff. de jure fisci*. Non dari etiam abolitionem, nisi re integra, reo tamen sub custodia officialis facto, sive posito, nondum etiam reo experto carcerem, aut vincula, aut tormenta. Nam si res non sit integra, puta si sit perventum ad tormenta rei, si reo sint injecta vincula & catenæ, non petitur, daturve abolitio invito reo. At si res sit integra, reo tantum posito sub custodia officii, non petitur etiam abolitio invito reo, nisi intra triginta dies, ex quo reus factus est in custodia officii, quod tempus triginta dierum etiam datur reo ad res suas componendas, & ut interim se comparet, & instruat ad sistendum in judicio, *l. 2. sup. de exhib. reis*. Et hæc omnia continentur in *l. 3. h. t.* Simul & hoc, ut non petatur etiam abolitio, nec consensu utriusque partis, si jam torti sunt ingenui homines vocati ad testimonium, & torti quasi sceleris participes. Qui casus est addendus ex *l. 3.* iis, quos exposui heri, quibus liber homo in testimonium vocatus torqueri potest, ut si sit infamis, si vacillet testimonium ejus, si nutet, & subsit in eo suspicio mendacii quædam: itemque si dicatur particeps sceleris: si ingenui homines torti sunt, non est integrum petere abolitionem, si servi torti sunt ad testimonium vocati, aliud est, quia non sunt tanti. Quædam etiam ostendit *l. 3.* esse crimina, quorum abolitio non petitur, ut crimen læsæ majestatis, & desertæ militiæ, & peculatus, id est, interceptæ pecuniæ publicæ. Quæ sola nominat: sed addit generaliter, omniaque quæ in jure veteri continentur. Unde quæres merito, quæ sint alia crimina, quæ jure veteri continentur, quorum abolitio peti non potest. Puto esse eadem crimina, ad quæ non pertinet generalis abolitio, sive indulgentia, quod conveniens esse videatur, & consentiens, ut reis criminum, quibus non prodest generalis abolitio, non prosit etiam specialis. Et a generali abolitione, sive indulgentia, puta, quæ reis tribuitur feriis paschalibus, in *l. 3. sup. de episcop. audient.* excipiuntur non tantum majestatis rei, sed etiam sacrilegi, & adulteri, stupratores, incesti, ne fruantur indulgentia castarum feriarum, & raptores, & violatores sepulchrorum, & adulteratores monetæ, & venefici, malefici, parricidæ, homicidæ, & qui sæpius in idem crimen inciderunt. Ideoque abolitio illa paschalis (qua utimur hodie) datur tantum leviorum criminum reis iis diebus sacris exeundi carcere, non graviorum criminum reis, quæ enumerata sunt. Exstat exemplum illius indulgentiæ apud Cassiodorum in fine undecimi, ubi directa oratione ad commentariensem, sive custodem carceris, ait, ut eos ille reos tantum sibi vindicet, quos ex pietatis causa non relaxat, qui scilicet enumerantur in *l. 3.* & in *l. 1. 3. 4. 6. 7. C. Theod. de indulgent. crim.*

AD TITULUM XLIII.

DE GENERALI ABOLITIONE.

SUPERIOR titulus fuit de speciali & privata. Hic est de generali sive publica, qualis est illa paschalis, quam ante proposui, & si quæ aliæ a principe, vel senatu ultro decernuntur indictis feriis certorum dierum, quibus judicia criminum conquiescant, quibus strepitus criminales conquiescant, & rei leviorum criminum solvantur carcere, aut vinculis, quæ feriæ indicuntur propositis edictis, ut significat *lex* 1. *h. tit.*

tit. Dum ait, *si post abolitionem ex forma solita reorum factam & edicta proposita, &c.* Sic legendum, id est, edicta comprehendentia eam indulgentiam principis, inquiunt Græci, ut quamdiu hæ feriæ durarint, respirent rei, quod fit ob lætitiam aliquam, vel gratulationem publicam, ob rem prospere gestam. Const. Imp. *in l.1.C.Th. de indulg. crim.* concedit indulgentiam omnibus, exceptis iis, qui solent excipi, propter partum Crispi, & Helenæ filiorum suorum. Magna autem est differentia inter specialem abolitionem, & generalem: Nam generalis principaliter datur reis, & consequenter etiam accusatoribus, ut desistere possint, nec etiamsi sint finitæ feriæ, inviti coguntur repetere crimen, *l.Senatusc.ff. ad Senatusc. Turpill.* Specialis autem abolitio datur principaliter accusatori, non reis, quia & invitis reis datur. Item generalis abolitio, datur nemine postulante, specialis, postulante accusatore. Porro generalis finitur feriis finitis, finita publica hilaritate, finitis feriis paschalibus, & rei regrediuntur in carcerem, si velit perferre crimen accusator, quod & perferre potest repetito reo, non quocunque tempore, sed tantum intra triginta dies utiles, dies judiciarios, ex quo finitæ feriæ sunt, *l.aut privatim, §.ult.ad Senatusconf. Turpill.* Post triginta dies repellitur præscriptione publicæ abolitionis, *l.1. & 2. hoc tit.* Impetrata autem speciali abolitione reus repeti non potest, nisi speciali permissu principis extorto precibus oblatis principi, *l.1.tit.super.* In hoc tractatu velim vos observare, non idem omnino esse abolitionem, & indulgentiam, licet hæc nomina sæpe permutentur: Nam apertissime in *l.pen. inf. de calumn.* separatur abolitio ab indulgentia. Et sane licet indulgentiæ nomen sit generale, tamen specialiter accipitur proprie pro ea indulgentia, quæ pœnæ inflictæ, aut infligendæ gratiam facit, ut *l.3. h.tit.* quæ impunitatem delicti tribuit, *l.3. in fin. sup. de episc. aud.* & accusatori silentium indicit perpetuum, ut nec quandoque reum repetere possit, ut *l.9. sup. ad leg. Corn. de fals. l.5. sup. de iis qui sibi adscrib. l.5. ad leg. Cornel. de sicar. l.4. & 7. inf. de sentent. pass.* Et hæc indulgentia perfecta est abolitio criminum, & lex oblivionis: & quandoque princeps decernit publicam delictorum omnium abolitionem, ut apud Vopisc. legimus in Aureliano: de indulgentia valde notandum est, quod ait *l.3. hoc tit.* indulgentiam pœnæ gratiam facere, non etiam abolere infamiam criminis, non etiam restituere famæ, ut Livius 45: *his, qui nos pœna, non crimine liberant, gratiam habemus, &c.* Et Plinius 9. epist. 13. *Si pœna flagitii manifestissimi remittatur, nota certa, quasi censoria inuratur.* Et accommodate in hac l.3. glossa citat etiam illud Ovidii:

Pœna potest demi, culpa perennis erit.

Indulgentia igitur hæc est perpetua; abolitio autem, quæ fit indictis feriis ob publicam lætitiam, aut celebritatem diei, fit tantum pro tempore feriarum, quoniam repeti possunt rei post finitas ferias intra 30. dies utiles. Et hujusmodi est indulgentia, seu abolitio paschalis celebritatis.

AD TITULUM XLIV.

UT INTRA CERTUM TEMPUS CRIMINALIS QUÆSTIO TERMINETUR.

POSTQUAM dixit de speciali, & generali abolitione, qua interveniente, accusator, qui omittit accusationem, non videtur desistere, ut teneatur pœna desertionis ex Senatusconsulto Turpill. *l. si interveniente, ff. ad Senatusconf. Turpill.* Nunc docet, ea non interveniente abolitione, desistere videri eum, qui post inscriptionem, aut litis contestationem negligens est in peragendo reo intra tempus legibus constitutum, quod hodie est biennium. Causa civilis peragenda est intra triennium, *l. properandum, sup. de jud.* causa criminalis intra biennium ex constitutione Justiniani, id est, ex *l.3. hoc tit.* ex quo Tribonianus *in l. in Se-*

A *natusconf. §. qui post, ad Senatusconf. Turpill.* addidit hæc verba, *vel biennio.* Nam olim tempus terminandæ causæ criminalis fuit annus tantum, ut constat ex *tit. C. Theod. ut intra annum criminalis quæstio terminetur*, & ex *l. 2. C. Theod. ad leg. Cornel. de fals. & d. l. in Senatusconf. §. qui post*, dum ait, *anno, vel biennio*, anno, scilicet jure veteri, vel quod addidit Tribonianus ex constitutione Justiniani, biennio, jure novo scilicet, & *l. reus, ff. de munerib. & hon.* quo loco ait, post annum, quam reus est delatus honores petere posse, quia scilicet desiit esse in reatu per negligentiam accusatoris, qui intra annum non pertulit accusationem. Et hodie quidem biennium numeratur a die litis contestatæ, *l. 3. hoc tit.* olim annus numerabatur a die inscriptionis, *l.2. C. Theod. eod. tit.* quæ est *l. 2. h. tit.* in qua Tribonianus illa verba (*a die inscri-*
B *ptionis*) mutavit, & reposuit, *præcedentibus inscriptionibus*, ut *in l. ubi, sup. ad leg. Cornel. de fal.* Hæc verba (*testatæ actionis*) id est, inscriptionis, quæ erant in Codice Theodos. *l. 2. ad leg. Cor. de fals.* mutavit in (*contestatæ accusationis*) propter l. 3. hujus tituli, quæ vult tempus finiendæ causæ criminalis computari a die litis contestatæ. At Basilica in hac *l.2.* retinent illa verba (*a die inscriptionis*) ἀπὸ τῆς ἡμέρας ἐγγράφων. Et potest dici tempus legitimum computari a die inscriptionis, si lis nunquam contestata fuerit, ut *d.l. in Senatusc. §. qui post*, a die autem litis contestationis, si fuerit contestata: Et hoc est verum. Punitur ergo negligentia accusatoris intra tempus legitimum, qui non agit, aut peragit reum, quem semel detulit, & multo magis, qui obdurat in hac negligentia, usque ad extremum diem legitimi temporis, id est, qui
C nec extremo quidem die legitimi temporis judicio adest, quia tunc palam est, eum rem non distulisse, sed plane deseruisse, aut veluti destitisse, ut *l. 2. hoc tit.* ait, *qui destitit.* Pœna autem hujus negligentiæ est infamia, & mulcta quartæ partis bonorum, *l. 1. h. tit.* videlicet, si persona fuerit honestior: humilior autem, & pauper, cui, ut ait *l. 2.* damnum famæ non est injuria, ut *l. si quis injuriam, ff. de injur. l.12. C.Theod. de hæret.* Humilior, inquam, & pauperior ex hac causa datur in exilium, id est, relegatur, ut Græci recte interpretantur, & ea verba nos similiter sumus interpretati in *l.4. sup. ad leg.Jul.de adult.* Hæc tamen pœna, quæ irrogatur ei, qui non peregit litem criminalem intra tempus legitimum, est gravior longe pœna Senatusconf. Turpil. de qua tit. seq. Et tamen, qui hac pœna tenetur, dicitur incidisse
D in Senatusconsultum Turpillianum, ut *l. in Senatusconf. §. qui post, D. ad Turpillian.* ut in *l.2. h.tit.* destitisse, id est, quasi destitisse: Nam hæc culpa & negligentia accusatoris, qui non perfert accusationem intra biennium, est similis, & proxima culpæ notata Senatusconf. Turpill. & l. Petronia, quæ jungitur Senatusconsulto Turpilliano, *l. abolitionem, sup. ad leg. Jul. de adult.* quia scilicet eam legem tempore Neronis tulit Petronius: Turpillianus consul, senatus approbavit. Juris auctores Senatusconsultum designarunt ex nomine consulis, qui hujus juris auctor fuerat, & Turpillianum dixerunt commodius, quã Petronianum.

E

AD TITULUM XLV.

AD SENATUSC. TURPILL.

PŒNA Senatusconsulti Turpilliani, & legis Petroniæ est infamia, & mulcta quinque librarum auri, non quartæ partis bonorum, *l. spurii, §. qui judicii, ff. de decurion. l. 3. §. ult. ff. de prævaricat.* Quæ mulcta pecuniaria redigitur in fiscum, *l. 1. ff. de jure fisci.* Vel etiam est pœna extraordinaria pro motu judicis, ut ait *l. 2. h. tit.* quoniam hodie omnes pœnæ sunt extraordinariæ, hæc autem pœna Senatusconsulto Turpilliano irrogatur accusatori, non negligenti, ut in tit. præcedenti, sed qui animo destitit ab accusatione sine abolitione post rei delationem, & impleta solemnia

accu-

accusationum, id est, post inscriptiones, & satisdationes exercendæ litis; & breviter, qui in totum deposuit animum agendi, & professus est se nolle persequi accusationem, *l. ult. h. tit. l. destitisse, ff. eod.* & hic proprio nomine dicitur tergiversator & desertor, *l. 1. §. 1. & §. suspecti, ff. eod.* Proinde pœna Senatusconsulti Turpilliani irrogatur tergiversatori. Pœna quasi Senatusconsulti, id est, tituli superioris irrogatur moratori, cunctatori, frustratori. Puto & ad Senatusconsulti Turpilliani pœnam pertinere eum, qui postquam implevit solemnia accusationis, quæ ante exposui, intra præfinitum a judice diem litis contestandæ, & edictis evocatus, judicio adesse detrectat, ut *l. 3. & 7. sup. qui accus. non poss. l. qui accusationem, §. destitisse, D. eod.* Et notandum maxime, quod est in *l. quærebatur, D. ad Turpill.* eum non incidere in pœnam Senatusconsulti Turpilliani, qui est exclusus præscriptione temporis, ut si accusator adulterii (quod crimen finitur quinquennio) processit ad accusationem post quinquennium, excludatur præscriptione quinquennii, & ita desistat, hic non incidit in Senatusconsultum Turpillianum; quia coactus non sua sponte desistit, quia sero venit ad accusationem, *d. l. quærebatur*, cui tamen opponitur lex 1. *tit. super. & l. 1. §. accusationem, D. ad Senatusc. Turpill.* Et glossa quidem recte respondit *l. 1.* tituli superioris, at nullo modo, id est, pessime, *l. 1. §. accusationem*: Nam legem primam tituli superioris dicit non loqui de tempore inchoandæ accusationis, de quo *l. quærebatur* loquitur, sed de tempore terminandæ inchoatæ delationis, vel accusationis, vel (ut utamur verbis glossæ) non loquitur l. 1. tit. superioris de tempore accusationis instituendæ, sed de tempore instantiæ: ad *d. l. 1. §. accusationem*, quod respondet, est obliterandum, & perspicue, & facillime dicendum, *l. quærebatur* loqui de eo, qui præscriptione temporis est exclusus, cui nil imputatur, nisi quod sero venerit, non quod destiterit. Lex autem 1. *§. accusationem*, loquitur de eo (ut verba demonstrant) qui potuit excludi præscriptione temporis, veluti quinquennii, si fuisset opposita, & non est exclusus, atque adeo porrexit accusare, qui non potuit desistere impune sine abolitione. Et utitur simili exemplo in eodem crimine adulterii, qui accusat adulterii marem & feminam, excludi potest præscriptione, quod per legem Juliam simul ambos non liceat accusare, sed alium post alium, etiamsi fuerit exclusus hac præscriptione, non incidet in Turpillianum, sed si non exclusus fuerit, si rei passi sint eum agere in utrumque, atque ita litem in utrumque fuerit contestatus, & post pœnitentia ductus desistat sine abolitione, incidit in Turpillianum.

AD TITULUM XLVI.
DE CALUMNIATORIBUS.

TERGIVERSATORIBUS, aut veluti tergiversatoribus, ad quos pertinent tres tituli superiores, adjungit calumniatores, quod est aliud genus accusatorum, qui pœnis legitimis subjiciuntur. Calumniatores sunt, qui scientes dolo malo falsa crimina intendunt, quorum irriti abeunt. Calumnia est irrita accusatio, irrita delatio, *l. 8. h. tit.* si enim non fuerit irrita accusatio, ut puta, si reus fuerit condemnatus, jam de accusatoris calumnia quæri non potest, *l. 1. h. tit.* quod notandum. Non dico, calumniatores esse, qui crimina, quæ intendunt, judici non probant, ut crasso filo more Rhetorum; dicit Demosthenes in Neæram: Accusare, & non probare esse sycophantæ. Nam possunt plerique non probare, & defici probationibus, qui non tamen erunt calumniatores, ut in *l. 3. h. tit. l. 1. §. 1. D. ad Senatusc. Turpill.* Ideoque nec si absolutus sit reus, utique semper accusator damnatur de calumnia. Calumniatores vero præter pœnam, cui se subjiciunt ipsimet per inscriptionem, quæ est talio,

A id est, similitudo supplicii intentati, & formidati reo, ut *l. 7. & ult. h. tit.* etiam lege Remmia in publicis judiciis, id est, si publico judicio sunt calumniati, puniuntur, ut constat ex *l. 1. §. 1. ad Turpill. & l. quæsitum, D. de testibus.* Marcus Tullius pro Roscio Amerino: *Ita quæstus te cupidum esse oportebat, ut horum existimationem, & legem Remmiam putares aliquid valere oportere*; non Memmiam, sed Remmiam, de calumniatoribus, quoniam ea pars orationis est de calumnia. Et puto ex ea lege Remmia esse, ut calumniatoris fronti inuratur litera K, quæ est prima litera hujus nominis calumniatoris, ut veteres scribere solebant, qua ex re *d. lex quæsitum, D. de testibus*, significat calumniatores, qui de calumnia sunt damnati l. Remmia, non esse integræ frontis, quod non dixit per allusionem, sed per veritatem, quoniam eorum
B fronti inuri solebat prima litera sui nominis: Quod etiam significat quidam locus in Oratione Juliani ad Antiochenos, quæ inscribitur Μισοπώγων, dum ænigma Antiocheni in eum proposuissent, quod desiderabunt X, & incessabant Julianum, quod incesseret K, desiderabant nimirum Constantium, & arguebant Julianum, quod persequeretur Christum. Ille ait, jure desideraturos duplex KK, id est, Constantium suum, & notam calumniæ, quod pleraque calumniarentur in eum, & in civitates vicinas. Hoc esse ex lege Remmia, etiam eodem loco Marcus Tullius ostendit; dum paulo post subjicit ad caput calumniatoris literam adfigi, hoc est, K, & inustionem hanc literæ, inustionem esse infamiæ, ut postea *neminem alium*, inquit, *nisi fortunas suas possit accusare.* Pœna igitur legis Remmiæ notatur in *l. 3. hujus tit.*
C cum in ea dicitur esse detrimentum existimationis, & in *l. 8.* infamiæ supplicium, quam pœnam dixit irrogari recte in publicis judiciis. Nam in privatis & extraordinariis, calumniatores puniuntur extra ordinem, pro qualitate admissi, *l. 3. D. ad Senatusc. Turpill.* & damnati, punitique non notantur infamia. Quare *l. 5. h. tit.* ait, in liberalibus causis, quæ sunt privatæ, eos, qui pronuntiantur calumniatores, non periclitari, id est, fama sua non periclitari: & sic pœna tergiversatoris, & moratoris habet tantum locum in publicis judiciis, etiamsi moveantur, ut fit hodie, & agitentur extra ordinem, *l. in Senatusc. §. 1. D. ad Senatusc. Turpill.* non in privatis judiciis, vel extraordinariis, sed eam culpam coerceri in iis judiciis extra ordinem, *l. 1. §. suspecti, l. 7. §. 1. sup. ad Senatusc. Turpill. l. 1. sup. eod. tit. l. 3. de his qui accus. non poss.* Quod prætere-
D rea est in hoc titulo, est facillimum, mulierem non timere pœnam calumniæ, quæ suæ injuriæ causa accusationem instituit, quoniam id facit imbecillitate, & parcitur imbecillitati mulierum, *l. 2. hujus tit.* Excusari etiam heredem, quem testator jussit moriens ex vulnere quodam sibi inflicto exequi mortem suam adversus illum: Nam hic heres, si paruerit, ut necesse habet parere, & non vicerit, non tenetur calumnia. Idemque est in filio, qui vindicare conatus est necem patris, vel matris, *l. 4. hoc tit.*

AD TITULUM XLVII.
DE PŒNIS.

E SÆPIUS ante habita mentio pœnarum exigit, ut proprio titulo ostendatur, quæ sint genera pœnarum, quibus afficere judices quemque possunt, & de iis constituendis, vel exequendis, quæ legibus proditæ definitiones, & præceptiones sint. Pœna est æstimatio delicti, *l. sanctio, D. eod. tit.* vel supplicium peccati, ut e contrario Marcus Tullius in Pisonem ait, *Supplicium esse pœnam peccati*: vel, ut quidam ait, *pœna est* τῶν παθημάτων ἰατρική: quo modo etiam Theologi quidam ἐξομολόγησιν, definiunt. Imponitur vero pœna, vel ut sublatis malis ceteri sint securiores, vel ut is, qui punitur, emendetur, *l. si pœna, D. eod.* vel ut pœna ejus ceteros meliores reddat, *l. 7. sup. ad leg. Fab. l. 1. sup. ad l. Jul. repetund.* Demosthenes in Neæram, ἵνα οἱ ἄλλοι προνοῶσιν

τοιῶνται καὶ φοβῶνται. Denique ut ceteri terreantur exem-
plo *l. capitalium*, §. *famosos*, *D. eod.* Omnis enim pœna,
non tam ad delictum, quam ad exemplum pertinet, quæ
ratio etiam efficit, ut in animantibus mutis, nonnum-
quam pœnæ consumantur, ut Polybius apud Plinium
8. capit. 16. refert in Africa se vidisse Leones, qui homi-
nes appetebant crucifixos, quo ceteri, inquit, metu si-
milis pœnæ absterrerentur eadem noxa. Et Pausan. Elia-
corum 2. Draconem legislatorem etiam in iis, quæ ani-
ma carent, ut si ictu statuæ, quæ cecidit, homo periisset,
exempla edi voluisse. Certe Deum legimus, etiam a feris
hominis occisi sanguinem requirere, Genes. 9. *& tau-*
rum, qui hominem occiderit, obrui lapidibus, nec carnem
ejus esse vescendo, Exod. 21. Et simul cum homine animal
necari, cum quo homo rem fœdissimam, Levit. 20. Sunt
autem hodie in extraordinariis judiciis, vel etiam publi-
cis, aut privatis, de quibus extra ordinem cognoscitur,
fere omnes pœnæ positæ in arbitrio judicantium, ut non
sit mirum, si etiam hodie liceat appellare, & convictis,
vel confessis reis a pœnis, quas judices indicunt. Olim
in publicis judiciis, & privatis quibusdam erant certæ
pœnæ legibus constitutæ, quas nec erat necesse judices
sententia sua exprimere; quia de facto tantum judica-
bant, puta fecisse videri. Quam sententiam tacito intel-
lectu sequebatur pœna legitima, ut *l. si præses*, *D. eod. l. 1.*
§. *Nam si quidem*, *D. ad Senatusc. Turpill. l. castitati*, *sup.*
ad leg. Jul. de adult. l. vim, *initio*, *D. eod. tit.* Nec potuit
judex efficere, quo minus ex turpi causa, sive publico
crimine, cujus causa omnis est turpis, damnatum seque-
retur infamia, & pœna legitima, *l. non potest*, *D. de furt.*
l. Divus Severus, *D. de injur.* Vel si quando judices pœ-
nam legitimam suis sententiis exprimebant ex abundan-
ti, & convictus erat, vel confessus reus, ab ea sententia
tanquam a lege non licebat appellare, *l. si qua pœna*, *D.*
de verb. signific. nisi forte majorem legitima irrogasset,
quo casu reo licebat appellare, vel minorem, quo casu
licebat appellare accusatori, ut D. August. epist. 160. ait,
solere homines, quando cum inimicis eorum convictis
lenius agitur, a mitiore sententia appellare. Quia scili-
cet, ut est in *Novella* 82. judices legibus cautiores esse
non debent. Symmachus in Epistol. Corruptas videri
sententias, si sint legibus mitiores, *& l. servos, in fi. sup. ad*
leg. Jul. de vi, & l. 8. C. Theod. de appellat. puniri judicem,
qui molliorem, quam sit statuta, sententiam protulerit.
Et *l. 19, D. de verb. oblig.* contentos nos esse debere pœnis
legibus comprehensis. Non est autem novum, ut damna-
to reo appellet actor, qui secundam fortunam judicii
tulit, veluti a mitiore sententia, & sic forte, ut appellet
uterque. Nam duos tantum casus exceptos invenio, qui-
bus victori appellare non licet. Unus est in *l. properan-*
dum, §. *sin autem ex gestis*, *sup. de judic.* si secundum absen-
tem per contumaciam sententia sit dicta, quæ tamen ei
in plenum non satisfacit, non poterit appellare, propter
contumaciam. Alter casus est in *l. ult. sup. quand. provoc.*
non est nec si victor de eo tantum queratur, quod nulla,
aut minor ratio habita sit sumptuum factorum in litem,
vel detrimentorum, vel quod reus, qui appellavit tar-
dior sit in inducenda appellatione, quoniam ipse ces-
sante reo potest anteferre causam appellationis citra ap-
pellationem ullam. Dixi initio de pœnis, in hoc titulo
proponi varias definitiones juris. Has, quia hæ sunt fa-
ciles, legat unusquisque, ego unam tantum adnotabo,
quæ est celebrior, & sanctior, quam a Theodosio expres-
sit Divus Ambrosius, id est, *l. 20. h. tit.* ut pœna eorum,
quos princeps jussit affici ultimo supplicio, differatur in
30. diem, nec statim exequatur, hoc est speciale in prin-
cipe, cujus præcepta sæpe emolliuntur modica dilatio-
ne. Nec enim eadem est conditione princeps, qua judex,
ut non possit suam sententiam revocare. D. Augustin. de
Fato: *Judic. est statutum*, inquit, *ne liceat in reum latam*
sententiam revocare. Nunquid & ipse Imperator sub hac
lege erit? Nam ipsi soli licet revocare sententiam, & reum
mortis absolvere, & ipsi ignoscere. At a judice inflicta ca-
pitalis pœna non potest differri, sed statim sine mora ad

A effectum est perducenda, ut definit *lex 18. hoc tit. lex ult.*
sup. de custod. reorum, duplici ratione. Prima hæc est, quia
frustra differtur sententia judicis, quæ a judice mutari, &
revocari non potest. Et altera ratio, ut statim exequen-
dæ sint sententiæ judicum, ne damnatis detur spatium
veniæ impetrandæ a principe, quæ sæpe impetrabatur,
etiam post damnationem, cum executioni mora affere-
batur, & ideo novæ constitutiones volunt, ut damna-
tum velox pœna consequatur. Sublato igitur veteri Se-
natusconsulto facto auctore Tiberio, quo omnis pœna
capitalis differebatur in decimum diem, ut Svetonius,
Tacitus, Dio scribunt, quo jure etiam ferunt hodie Bo-
nonienses uti in Hetruria. Dixi, judicem pœnam sua
sententia dictam, non posse mutare. Ita est: interpreta-
tione tamen eam potest lenire, quia & pœnam lenit,
B *l. pen. D. eod. tit.* ut apud Svetonium in Julio, Consulem
non piget sententiam suam (quia mutare erat turpe)
interpretatione lenire, ut hodie videmus: exempli gra-
tia, quos sententia sua comburi jusserunt, annuentibus
illis prius jugulari. Svetonius Julium Cæsarem, quos
se cruci affixuros ante juraverat, postea prius jugulari
jussisse, deinde suffigi, pœnæ scilicet leniendæ gratia.
Moris autem erat (quod præstat scire) judicem, prius
quam damnaret reum, vestem mutare, prætextam po-
nere, ut Valerius Maximus notat 9. cap. 12. cum scribit
de Licinio Macro repetundarum reo, & Seneca 1. *de ira.*
Etiamsi perversa magistratui vestis sit accingenda ad
damnationem reorum, & classico convocata est concio:
qui locus etiam ostendit, judicem, prius quam reum
damnaret, classico convocasse concionem, ut Tacitus 2.
C Annal. In Pub. Martium Consules extra portam Exqui-
linam, cum classico canere jussissent, prisco more adver-
tere. Et idem Seneca 5. *controvers.* Manus post terga re-
vinctæ, cum ex altera parte classicum caneretur. Moris
etiam erat, damnatos, cum ducerentur ad supplicium,
concutere solitos tinnula sistra, ut agnosci possent, ne
quis obvius in eos impingeret, & ex eorum forte con-
tactu piaculum contraheret, quod Zonaras in Trium-
phi descriptione scribit. Inter genera autem pœnarum,
& ignominiarum in hoc titulo quædam reprobantur,
veluti, ut damnato non inscribatur frons, *l. 17.* quo pla-
ne tollitur, quod heri dicebam, fuisse cautum lege Rem-
mia, ut calumniatoris fronti inscribatur littera K. ut
Christianorum sæpe (auctor est Pontius Diaconus in
Cypriano) & aliorum damnatorum frontibus certas li-
D teras, reatus testes, jussu judicum inscribi solitas, & alii
plerique auctores. Reprobatur etiam in hoc titulo damna-
tio perpetua vinculorum, *l. 6.* hanc esse pœnam servi-
lem, *l. 10. & in d. l. 6.* vix affirmat. At damnatio perpe-
tua in opus publicum jure permittitur, & deportatio-
ni comparatur recte in *l. 1. h. tit.* quia civitatem tantum
aufert, non libertatem, ut *l. sunt quædam*, *& l. capitalium*,
§. *Divus*, *D. eod. tit.* ubi est legendum, sine negatione,
ut Florent. & Basil. legitur. Damnatis in opus metalli ad
tempus libertatem manere, quemadmodum etiam iis,
qui in opus perpetuum damnantur, ubi est intelligen-
dum in opus publicum perpetuum, ut in hac *l. 1.* in opus
perpetuum damnati, id est, in opus publicum perpe-
tuum, non in opus metalli perpetuum, quoniam hæc
pœna & civitatem & libertatem aufert, *d. l. sunt quædam.*
E Opus publicum perpetuum aufert tantum civitatem.
Contra quoque opus metalli temporarium aufert tan-
tum civitatem, *d. §. Divus*, *& l. aut damnum*, §. *in ministro-*
rum, *eodem*, non civitatem & libertatem: quod certe
nec, ut quidam fingit, ego usquam admisi. Opus autem
publicum temporarium, neque libertatem, aut civitatem
aufert, id est, caput non minuit, *l. 6. sup. ex quibus caus.*
infam. l. capitalium, §. 1. *D. de pœnis*: in hoc titulo deest
constitutio Græca in fine a me satis alibi indicata &
explicata. Portio hujus tit. est sequentis constitutio.

AD

AD TITULUM XLVIII.

NE SINE JUSSU PRINCIPIS CERTIS JUDICIBUS LICEAT CONFISCARE.

HUJUS tituli ſententia eſt brevis, etiamſi pœnæ ſint legitimæ & receptæ, atque approbatæ, non tamen omnibus judicibus, eas irrogare licet indiſtincte. Ut ecce ex hoc titulo, qui conſtat una tantum conſtitutione, præſides provinciarum non poſſunt irrogare vice pœnæ publicationem omnium bonorum, ſed ii tantum, qui ſunt in ſumma poſiti adminiſtratione, puta viri illuſtres, ut præfectus prætorio, aut vicarius præfecti prætorio, aut præfectus urbi, *l. 1. §. a præfectis, D. de leg. 3.* Præſides autem provinciarum, qui ſunt clariſſimi, aut perfectiſſimi, non poſſunt irrogare inconſulto principe ſuo jure publicationem omnium bonorum. Quæro, an hac ratione etiam non liceat præſidi provinciæ deportare in inſulam? Et conſtat non licere: quod ſcilicet deportationem ſequeretur, vel tacite publicatio omnium bonorum, *l. 8. tit. ſuper.* Et hoc videtur poſſe dici. Sed tamen ratio eſt vitioſiſſima, quia eadem ratione dici poſſet, præſidem provinciæ non habere jus gladii, aut jus damnandi in metallum, quod hanc quoque pœnam ſequatur publicatio omnium bonorum, & quidem multo magis, exceptis tantum duobus caſibus, quos ſupra habuimus in *l. 1. de mulier. quæ ſe ſervis prop. junx. & l. 1. de raptu virg.* Et tamen conſtat præſidem habere jus gladii, & jus damnandi in metallum, *l. illicitas, §. qui univerſos, D. de offic. præſ.* ex lege Auguſti, ut Dio ſcribit 53. etiam in militem. Quam ſententiam utique per conſequentias ſequitur etiam publicatio omnium bonorum. Nam tacite, & per conſequentias etiam præſes inconſulto principe publicat omnia reorum bona, quibus ſcilicet vitam adimit, aut libertatem ſimul, ac civitatem. Et recte Joannes hoc loco, tacite, & per conſequentias hoc facere judices poſſunt: non directo, & expreſſim poſſunt facere, ut ſunt innumera exempla in jure, in quibus quod expreſſum eſt, non valet, & tacite tamen id recte fit. Ergo vera ratio, propter quam non eſt præſidi provinciæ jus deportandi in inſulam, vel confiſcandi omnia bona, eſt, quia in iis, quæ pertinent ad coercitionem delictorum, quæve ſunt meri imperii, quod lege dicitur dari, *l. 1. in fi. D. de off. ejus, cui mand. eſt juriſd.* tantum habet magiſtratus, quæ ei lex ſpecialiter dedit, nec ſi dederit majora, ideo habet minora, quæ non dedit. Nec hæ argumentationes ſunt in hac quæſtione receptæ, ut cui licet majus, etiam minus liceat, quia hoc totum eſt legis, quæ præſidibus provinciarum circumſcripſit poteſtatem. At lex Auguſti dedit præſidibus provinciarum jus gladii, & jus dandi in metallum, dedit & jus relegandi, *l. relegatorum, §. 1. D. de interdict. & relegat.* & ad id nonnihil facit *lex 2. tit. ſuper.* At jus deportandi, vel confiſcandi non dedit: hæc ſunt verba *leg. inter pœnas, §. 1. D. de interd. & releg.* (deportandi jus judicibus datum non eſt) Ergo quia datum non eſt, non poſſunt deportare, vel confiſcare. Et eadem redditur ratio in *l. ult. de offic. proc. Cæſ.* Procuratores Cæſaris non habere jus deportandi, quia, inquit, ejus pœnæ conſtituendæ jus non habent. Videbitur inepta ratio, & aſſertioni conſimilis, niſi ſic interpretemur, quia hujus pœnæ conſtituendæ jus non habent, id eſt, quia hujus pœnæ conſtituendæ jus non eſt eis datum legibus, ex quarum arbitrio pendet pœnarum ratio.

AD TITULUM XLIX.

DE BONIS PROSCRIPTORUM, SEU DAMNATORUM.

QUOD eſt confiſcare in titulo ſuperiori, in iſto eſt proſcribere, nimirum publicare omnia bona, quod fit, vel expreſſim, vel tacite. Quorum bona expreſſim publicantur, hi proſcripti dicuntur: quorum tacite, damnati: veluti damnati capite, aut deportatione, aut metallo, aut ſimili pœna, quæ inferat capitis deminutionem maximam, vel mediam, id eſt, quæ civitatem & libertatem auferat, vel tantum civitatem, non libertatem. Hanc pœnam, qui ſuſtinent, ſicut omnia priſtina jura, ita & bona tacito jure amittunt, quamvis hoc in ſententia non ſit expreſſum. Bona fiſcus vindicat, & non præſentia tantum bona, ſed etiam futura, ut ſi deportatus in inſulam, poſtea in inſula aliquid adquiſierit, *l. 2. hoc tit.* Quia etſi iis, quæ adquiſivit poſt deportationem, ipſe fruatur, quamdiu vivit, *l. 15. D. de interd. & relegat.* quæ una eſt ex his, quas reſtituimus in Digeſt. ex Baſil. non tamen in iis poſtea adquiſitis bonis alium heredem habere poteſt, quam fiſcum, *l. 2. h. tit.* Cui nil obſtat *lex ſi mandavero, §. is cujus, D. mand.* quæ ait bonis publicatis, quidquid poſtea adquirit, non ſequi fiſcum. Nam ut omittam, quæ alii tradunt, perſpicue verum eſt in eo §. non agi de deportato, quem conſtat capite minui, & ne in bonis quidem poſtea quæſitis alium habere heredem, quam fiſcum, ſed agitur in eo §. de eo, cujus bona publicata ſunt ſine capitis deminutione, id eſt, integro ſtatu, ut ſi ſit relegatus in inſulam, non deportatus, *l. 7. §. ult. D. de bonis damn.* (Qui etiam §. eſt ex reſtitutis) vel etiam, ſi tantum ſit confiſcatus ex cauſa adminiſtrationis, & muneris publici, ex cauſa actus fiſcalis, forte quem geſſit, ut *l. 9. §. ult. hoc tit. l. 3. inf. de ſenten. paſſ.* Hic quidem confiſcatur, ſed ſalvo ſtatu, ſalva civitate, & libertate, id eſt, ſine capitis deminutione, & heredem habere poteſt, puta in bonis poſtea adquiſitis: res eſt perſpicua. Ad hæc eſt notandum bonorum publicationem cadere tantum in eos, qui ſunt ſui juris: quoniam ii ſoli habent bona, ſervi, aut filii non habent bona, quæ damnatione poſſint publicari, quia peculia, ſi quæ habent ii damnati, domini, vel parentes, in quorum ſunt poteſtate, occupant, fiſco excluſo, etiam caſtrenſia, & quaſi. Nam privilegium, quod filiisfamilias in caſtrenſi peculio conſtitutiones dederunt, id capitis deminutione amittunt, perinde ac ſi moriantur inteſtati. Ideoque ſicut filiifamilias mortui inteſtati ſuperſtite patre, ita capite deminuti caſtrenſe peculium pater occupat jure ſuo, ut ſuum, *l. 1. & 3. hujus tit. l. hereditate, D. de caſtr. peculio.* Et in *l. 1. hujus tit.* quod gloſſa notat, alias legi pro (diſponantur) diſpungantur, ut rationes reddantur, ac diſpungantur, ſane rectius eſt, & probatur veteribus libris, & Baſilicis, in quibus ita eſt, ἕως ἂν ὁ λόγος δοθῇ, *quoad ratio reddatur*, inquit, *& purgetur*, addita interpretatione, διαστίξῃ, quod eſt, *diſpungatur*. Et ſententia eſt clariſſima, ut ſi ſervus diſpenſator, vel actor rerum domini capitali crimine ſit damnatus, non plectatur ante redditas domino, & diſpunctas rationes actus ſui, quod tamen *l. 1.* vult velociter expediri, ne per hanc cauſam mora fiat exequutioni ſententiæ, quæ debet eſſe velox, ut in *l. cum reis, ſup. de pœnis.* Item eſt notandum ex *l. 7.* bonorum proſcripti, vel damnati pœna capitali, aut pœna infligente maximam, vel mediam capitis deminutionem, eorum, inquam, bonorum fieri inquiſitionem primam, & inventarium quidem per officium judicis, qui capitis ſententiam dixit. Secundam autem inquiſitionem (nam duplex intervenit inquiſitio) fieri per rationalem rei privatæ, id eſt, per procuratorem Cæſaris, qui & catholicus dicebatur, tanquam generalis. Et ab ea re in *l. 9. in fi. hoc tit.* apparitores ejus

vocan-

vocantur Catholiciani, id eſt, catholici, ſive procuratores Cæſaris, qui eodem loco dicuntur Cæſariani, unde nomen (*Sergent*) Fuit tamen quidam procurator ſpecialis ad bona damnatorum, unus fuit catholicus, plures ſpeciales, ut procurator vigeſimæ hereditatum, & ut dixi, procurator ad bona damnatorum, ut in hac antiqua inſcriptione. *Q. Valerio, Q. filio procuratori ad bona damnatorum*. Puto & per ſpecialem poſſe fieri ſecundam inquiſitionem bonorum proſcripti, vel deportati. Item eſt notandum, quod de ſemiſſe bonorum conſervando liberis damnati patris, vel avi, proditum eſt in *l.10.h.tit.* ut ſi proſcriptus, vel damnatus habeat liberos, pater ſcilicet, vel avus, eis ſervetur ſemis bonorum: non etiamſi damnetur mater, vel avia, tunc enim liberis nil ſervatur, *l.6. h.tit.* quod demonſtrat plane. Et hæc eſt ratio, quia liberis magis debentur bona patris, quam matris, ad quæ jure novo tantum vocantur ex Senatuſconſulto Orphitiano, & conſtitutionibus, non ut ad bona patris jure veteri ex 12. tabul. qui & patri agnati ſunt, non matri, ſed matri ſunt tantum cognati, & conſervatur non tantum ſuis, ſed & emancipatis liberis, ſi modo emancipati ſuis conferant dotem, & donationem eis factam tempore emancipationis, *l.8.* Cetera, quæ emancipati quæſierunt, conferre non tenentur, cum una cum ſuis in hunc ſemiſſem concurrere volunt. Aliæ conſtitutiones vetuſtiores plus dabant liberis damnatorum, imo & parentibus: Namque liberis & parentibus uſque ad tertium gradum ſervabantur omnia bona, *l. 2. Cod.Theod. eod.tit.* quod jus reducit etiam Juſtinianus *Novella* 134. ſemper excepto crimine læſæ majeſtatis, in quo tamen etiam veteres quædam conſtitutiones liberis ſervabant ſextantem, *l. 8. Cod. Theod. eod.* hodie nihil ſervatur, *l. quiſquis, ſup. ad leg. Jul. majeſt.*

AD TITULUM L.

DE BONIS EORUM, QUI MORTEM SIBI CONSCIVERUNT.

Ex hoc titulo intelligimus, non tantum publicari & redigi in fiſcum bona præſcriptorum, ſeu damnatorum, ſed etiam bona eorum, qui in reatu capitali perculſi conſcientia criminis, manus ſibi intulerunt, & mortem conſciverunt, ſcilicet, ſi poſtea (hoc enim exigitur) de crimine probatum & pronuntiatum ſit, *l.3. §.ult. D. eod.tit. l. in fraudem, §. ejus bona, de jur. fiſci*. Et nihil præterea eſt in hoc titulo.

AD TITULUM LI.

DE SENTENTIAM PASSIS, ET RESTITUTIS.

Hic titulus eſt de damnatis, qui beneficio & indulgentia principis ſpeciali, vel generali, id eſt, communi plurium revocantur ab exilio, vel metallo, & in integrum reſtituuntur, quæ reſtitutio plerunque liberat tantum pœna, & reſtituit patriæ, aut ſuæ civitati, liberat calumnia, ut ait *l.10. h. tit.* ſcilicet ne quis poſt reſtitutionem eorum ſtatum in dubium revocare poſſit ob priſtinam pœnam, veluti ob deportationem, ſeu adnotationem præſidis, ut ait *d.lex* 10. quia ſcilicet præſes provinciæ, ut docui in tit.48. non habet jus deportandi, ſed quem cenſet deportandum, adnotat deportandum, & certiorem ea de re facit principem, qui ſæpe ſequitur opinionem præſidis, & deportat reum, *l.inter, §.1. D. de interd.& releg.* Et ita adnotationem præſidis accipere oportet in *d. l.* 10. obliteratis Accurſii omnibus gloſſis. Adnotationem ſcilicet, quam ad exitum perduxerit princeps, reo deportato in inſulam, prout adnotavit præſes. Reſtitutio igitur plerumque damnatum reſtituit tantum patriæ, & libertati, remiſſa pœna, reſtituit civitati, & libertati, non etiam bonis, niſi id ſpecialiter ſit comprehenſum. Sane vix unquam reſtituuntur, quæ ſemel ceciderunt in fiſcum, *l.1. D. ad leg. Jul. de ambitu, l.2. ſup. de requir. reis, l.4. ſup. de bonis proſcrip.* Facile impetratur remiſſio pœnæ, bona non facile impetrantur, niſi ex magno & ſingulari beneficio principis. Generalis ſane indulgentia, qua reſtituuntur omnes exules, verbi gratia, ſolvit tantum pœnas, non etiam tot homines reſtituit bonis. Specialis poteſt ſpecialiter etiam reſtituere bona. Et ſimiliter reſtitutio illa in integrum non reſtituit famæ & honori, niſi ſit dictum ſpecialiter, *l.7. hoc tit.* non reſtituit filium patri, ut in ejus poteſtatem revertatur, non reſtituit ſervum domino, *l.6. & 8. hoc tit.* non etiam reſtituit patri filium, ut filium reſtitutum pater recipiat in poteſtatem priſtinam, *l.9. h. t.* niſi hoc ſpecialiter ſit comprehenſum, vel etiam niſi indulgentia ſpecialiter, quibuſdam expreſſis, ſubjiciatur generaliter & omnibus, ut in *l.1. hoc tit.* Reſtituo te patriæ tuæ, & honoribus, & ordini, & ceteris omnibus. Pleniſſima reſtitutio eſt, quæ reddit etiam bona. Imo etiamſi ſit indulgentia concepta hoc generali verbo tantum (*reſtituo te in integrum*) pleniſſima eſt indulgentia, quia, ut ait *l. pen. D. de conſtitut. Princip.* quæ proprie ad hanc ſpeciem eſt referenda, ut ejus verba demonſtrant, beneficium principis, quod a divina ſcilicet ejus indulgentia proficiſcitur, quam pleniſſime debemus interpretari. Et ita accipere debemus, quod eſt in Inſtitutionibus §. *pari ratione, quibus modis jus poteſt. ſolu.* Reſtitutos ex indulgentia principis per omnia, id eſt, nullo excepto, ſtatum priſtinum recipere; reſtitutos, ſcilicet pleniſſima reſtitutione, vel hoc verbo nudo (*reſtituo te in integrum*) Valde notanda ſunt duo in hoc titulo, primum ad eum, cui bona reſtituuntur, beneficio principis redire omnia onera creditorum, ſi omnia bona ſint reſtituta, quæ ab eo, cum bonis omnibus tranſierant in fiſcum, veluti ſucceſſorem. Quod ſi pro parte ſint tantum reſtituta bona, eorum onerum pars quoque tantum ad eum redit, *l.4. & pen. hoc tit.* At bonis non reſtitutis ulla ex parte, onera creditorum remanent apud fiſcum veluti ſucceſſorem: is debet reſpondere creditoribus proſcripti, vel damnati, etiamſi reſtituto in integrum rem aliquam ex bonis princeps conceſſerit, reſtituique juſſerit, puta fundum illum, aut domum illam, non partem bonorum, ſed rem certam, *l.3. hoc tit. l.5. ſup. de bon. proſcrip.* Eſt magna differentia inter rem, & partem, ut *l.pen. ſup.de heredib. inſtit. §. ſi quis una, Inſtit. de fideicom. hereditat.* Ultimo eſt notandum ex *l. ult.* reſtituto in integrum deportato plena reſtitutione, atque adeo patri in filium reſtituta poteſtate, quam habuit, antequam deportaretur, teſtamentum, quod fecit filius, qui jam venerat in ætatem, & quæcunque interim geſſit, & contraxit filius, cum eſſet ſui juris, quia deportatione patris eſt liberatus patria poteſtate, non reſcindi. Iterum dico, teſtamentum, quod interim fecit, & quæcunque interim geſſit filius juſtæ ætatis, reverſo patre non reſcindi, quamvis ipſe redeat in poteſtatem patriam, & filio impuberi interim datum tutorem non mutari, ſi pater, qui eſt reſtitutus, non ſit frugi homo. Hæc eſt ſententia *l. ult.* quæ non abhorret multum a jure communi: Nam primum ab initio jure datus eſt tutor patrifamilias, id eſt, filio facto ſui juris deportatione patris: Nam filiofamil. non datur tutor. Tutela eſt poteſtas in capite libero .i. in perſona ſui juris. Ergo in hac ſpecie non mirum eſt, ſi maneat tutor, qui ab initio jure eſt datus tutor patrifamilias, maxime ſi pater non ſit homo frugi. Teſtamentum etiam jure factum eſt a patrefamil. qui poſtea quamvis redierit in poteſtatem patris, reſtituto patre pleniſſime, non ideo teſtamentum ejus reſcinditur, ſicut nec cetera, quæ geſſit, quia redit in poteſtatem ſine capitis deminutione. Et notandum eſt, teſtamentum, quod quis jure perfecit, non reſcindi, ſi poſtea jus teſtamenti faciendi habere deſierit, niſi id habere deſierit per cap. deminutio-

nutionem: ſi citra eam jus teſtamen. faciendi habere deſierit, ut ſi redierit in poteſtatem patris, reſtituto patre in integrum, teſtamentum, quod ante fecit, non reſcinditur, ut *l. 7. D. de jure codicill.* Sicut ſi ei, qui jure teſtamentum fecit, poſtea ut prodigo bonis interdicatur, deſinit habere teſtamenti factionem. Sed ſine capitis deminutione, an irritum fit teſtamentum, quod eſt vetuſtius interdictione? Minime, *l. 10. D. qui teſt. fac. poſſ.* Idem eſt, ſi poſt teſtamentum jure perfectum monachus fiat, *Novella* 5. monachiſmo deſinit habere jus teſtamenti faciendi, ſed quod ante monachiſmum fecit, valet, quia monachiſmus non eſt capitis deminutio. Idem etiam eſt, ſi quis poſt teſtamentum jure perfectum cœperit eſſe furioſus, vel ſurdus, vel mutus, A teſtamentum non fit irritum, *l. 6. D. qui teſtam. fac. poſſ. l. 1. §. ſi quis autem, D. de bon. poſſ. ſecun. tab.* Denique teſtamentum jure perfectum non reſcinditur, ſi poſtea teſtator amiſerit jus faciendi teſtamenti, niſi id amiſerit per capitis deminutionem, quæ nulla intervenit, cum filius, qui deportato patre jure fecit teſtamentum, poſtea redit in ejuſdem patris poteſtatem, patre reſtituto, & ſoluto pœna deportationis. Recte igitur Anianus Interpres Cod. Theodoſ. & Cyprianus, & Irnerius, ut hic gloſſa notat, ſtatuunt in hac *l. ult.* teſtamentum non reſcindi, ſicut nec cetera geſta. Male Baſilica & Joannes, reſcindi teſtamentum, non cetera geſta.

F I N I S.